ISSN 2695-5784

SIDe CiED

Libro de Artículos

II Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho

Organización:
Eder Fernandes Monica
Gilvan Luiz Hansen
Guillermo Suárez Blázquez

sidecied.com

Democracia, Totalitarismo y Gestión Institucional

13, 14 y 15 de octubre de 2020

Facultad de Derecho• Campus de Ourense• Universidad de Vigo

Lugar de Edición: Universidad de Vigo
Editores: Universidad de Vigo & Universidad Federal Fluminense

II SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE
DEMOCRACIA, CIUDADANÍA Y ESTADO DE DERECHO

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

LIBRO DE ARTÍCULOS

Instituto Gilvan Hansen

Universidade de Vigo

Universidade Federal Fluminense

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

LIBRO DE ARTÍCULOS: II Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho. MONICA, E. F.; HANSEN, G. L.; SUÁREZ BLÁSQUEZ, G. (Orgs.). - Ourense: Universidade de Vigo, 2020.
2381 p.
ISSN 2695-5784

1. Democracia 2. Derecho 3. Política 4. Ciudadania
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)
Eder Fernandes Monica (UFF)

C) Secretaria

Gabriel da Fonseca e Cunha Hansen (Universidade do Minho)
Laura Magalhães de Andrade (UFF)
Marcella da Costa Moreira de Paiva (DeCiED/UFF)
Natália Maria Ventura da Silva Alfaya (DeCiED / FL)
Rosely Dias da Silva (UEL)

D) Comissão Científica

D1) Comissão Externa

André Hacl Castro (Universidade Estácio de Sá)
Alfonso Murillo Villar (Universidad de Burgos)
Aylton Barbieri Durão (Universidade Federal de Santa Catarina)
Brunello Stanciolli (Universidade Federal de Minas Gerais)
Bruno Stigert de Sousa (Universidade Federal de Juiz de Fora)
Gustavo Silveira Siqueira (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)
Juan Alfredo Obarrio Moreno (Universitat de València)
Klever Paulo Leal Filpo (Universidade Católica de Petrópolis)
Márcio Renan Hamel (Universidade de Passo Fundo)
Marcos César de Souza Lima (Universidade Veiga de Almeida)
Maria José Magalhães (Universidade do Porto)
María Torres Pérez (Universidade de Valência)

D2) Comissão Interna

Adriana Ribeiro Rice Geisler (PUC-Rio / FIOCRUZ)
Alba Simon (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro)
Alejo Manuel Diz Franco (Universidade Nacional de Educación a Distancia)
Antón Lois Fernández Álvarez (Universidade de Vigo)
Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva (Universidade Federal Fluminense)
Carla Appollinario de Castro (Universidade Federal Fluminense)
Carolina Pereira Lins Mesquita (Universidade Federal do Rio de Janeiro)
Célia Barbosa Abreu (Universidade Federal Fluminense)
Clodomiro José Bannwart Júnior (Universidade Estadual de Londrina)
Clóvis Montenegro de Lima (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia)
Daniel Rubens Cenci (UNIJUI)
Daniela Olímpio do Nascimento (Universidade Federal de Lavras)
Elve Miguel Cenci (Universidade Estadual de Londrina)

Eder Fernandes Monica (Universidade Federal Fluminense)
Edson Alvisi Neves (Universidade Federal Fluminense)
Eduardo Manuel Val (Universidade Federal Fluminense)
Enzo Bello (Universidade Federal Fluminense)
Fábio Hansen (Universidade Federal do Paraná)
Fernanda Pontes Pimentel (Universidade Federal Fluminense)
Francisca Fernández Prol (Universidade de Vigo)
Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense)
Gladstone Leonel da Silva Júnior (Universidade Federal Fluminense)
Guillermo Suárez Blázquez (Universidade de Vigo)
José Carlos Garcia (DeCiED)
José Díaz Lafuente (Universidade Complutense)
Julio García Camiñas (Universidade de La Coruña)
Laís Godoi Lopes (Universidade Estadual de Goiás)
Luís Antonio Alves Machado (DeCiED)
Luís Antonio Cunha Ribeiro (Universidade Federal Fluminense)
Luis Rodríguez Ennes (Universidade de Vigo)
Luiz Antonio da Silva Peixoto (Universidade Federal de Juiz de Fora)
Marcelo Pereira de Almeida (Universidade Federal Fluminense)
Márcia Bataglin Dalcastel (Universidade Federal Fluminense)
Margarita Fuenteseca Degeneffe (Universidade de Vigo)
Maria Belén Sánchez Ramos (Universidade de Vigo)
Marta Fernández Prieto (Universidade de Vigo)
Mônica Teresa Costa Sousa (Universidade Federal do Maranhão)
Natália Maria Ventura da Silva Alfaya (DeCiED / FL)
Napoleão Miranda (Universidade Federal Fluminense)
Natália Torres Cadavid (Universidade de Vigo)
Neuro José Zambam (Faculdade Meridional - IMED/RS)
Ozéas Corrêa Lopes Filho (Universidade Federal Fluminense)
Pablo Raúl Bonorino Ramírez (Universidade de Vigo)
Paola de Andrade Porto (Faculdade Lusófona)
Roberto Bustillo Bolado (Universidade de Vigo)
Rubens de Lyra Pereira (DeCiED)
Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro (Universidade Federal Fluminense)
Sérvio Túlio Santos Vieira (Universidade Federal Fluminense)
Simone Vinhas de Oliveira (Universidade Estadual de Londrina)
Susana Álvarez González (Universidade de Vigo)
Tânia Márcia Kale (Universidade Estácio de Sá)
Thiago Rodrigues Pereira (Instituto Novo Liceu)
Virgílio Rodríguez Vázquez (Universidade de Vigo)
Wladimir Tadeu Baptista Soares (Universidade Federal Fluminense)
Wilson Madeira Filho (Universidade Federal Fluminense)
Xosé Manuel Pacho Blanco (Universidade de Vigo)

SUMÁRIO

PRESENTACIÓN 22

PAINEL 1

A CRISE PANDÊMICA E A IMPOSIÇÃO DA VACINAÇÃO COMPULSÓRIA: a objeção de consciência na legalidade constitucional
Benedicto Gonçalves Patrão
Agatha Rosa 25

A (IN)COMPATIBILIDADE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COM A METODOLOGIA CIVIL CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
Luiz Gustavo Tiroli
Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya 43

DIREITO DE MORRER NO BRASIL E NO MUNDO
André Luiz Costa 58

RACISMO E SEXISMO: violência obstétrica
Camila Dorini
Ana Laura Martelli 78

LEVIATÃ DA ERA DIGITAL: colisão entre o direito à privacidade e direitos fundamentais
Celeida Maria Celentano Laporta 101

A ATUAÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NA GESTÃO DO PROGRAMA DE MORADIA DO GOVERNO FEDERAL: estudo dos problemas oriundos dos casos concretos
Fabrízia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy 124

DO VERSO À JURISDIÇÃO: os estigmas dirigidos à mulher na música popular brasileira
Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça Fróes 140

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA PRIVADA DO CIDADÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL DE ESCOLHER DO MOMENTO DA MORTE: um estudo comparado entre Portugal e Brasil
Thiago Rodrigues Pereira
Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha 159

ANÁLISE DA (IN)EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE DISPENSA DA COLAÇÃO NO CONTRATO DE DOAÇÃO ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE
Daniela Braga Paiano
Adenir Theodoro Junior
Ana Luiza Mendes Mendonça 186

PAINEL 2

POVOS INDÍGENAS DO BRASIL: ontem, hoje e amanhã
Aimée Schneider 207

CRISE CLIMÁTICA GLOBAL: o direito humano à migração e os refugiados ambientais
Aline Gomes Mendes
Roberta Oliveira Lima 223

A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
Durcelania Soares
Fábia de Oliveira Rodrigues Maruco 245

A MEMÓRIA DO TERROR
Nadine Borges 259

DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: fome, desenvolvimento humano e dignidade da pessoa humana
Regina Vera Villas Bôas
Durcelania da Silva Soares 274

BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO: uma proposta política de emancipação para pessoas em situação de vulnerabilidade
Renato Santos Gonçalves 296

ASSISTÊNCIA AOS DESAMPARADOS:
o papel das políticas públicas na redução da pobreza extrema e na concretização dos direitos sociais no Brasil
Ruth Ramos
Darlan Alves Moulin 311

A PERSONIFICAÇÃO DOS ANIMAIS COMO UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE
Thiago Rodrigues Pereira
Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca 327

A SOMBRA COMO SEMBLANTE DO REAL:
democracia, pandemia e desigualdades sociais no Brasil
Wellington Fontes Menezes
Alexsandra Massolini 345

PAINEL 3

DESAFIOS DO COMBATE AO DEMOCRATIC BACKSLIDING
Adriana Campos Silva
Christiane Costa Assis 370

O INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE DISSEMINAÇÃO DE UMA NOVA CULTURA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
Alexander Pelissari de Souza
Edsonia J Marcelino Souza
Tania Lobo Muniz 383

***ONLINE DISPUTE RESOLUTION*: uma proposta de gradação entre as plataformas de solução consensual de conflitos de consumo no Brasil**
Fernanda Bragança
Juliana Loss de Andrade
Renata Braga 416

ORÇAMENTO PARTICIPATIVO COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. contribuições para o debate e casos
Claudia Gurgel 438

PARA ALÉM DA PROTEÇÃO JURISDICIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: o emprego dos meios adequados de solução de conflitos
Alexander Seixas da Costa
Célia Barbosa Abreu
Pedro Paulo Carneiro Gasparri 456

ACESSIBILIDADE NA RESOLUÇÃO DIGITAL DE CONFLITOS: um estudo de caso do consumidor.gov.br
Fernanda Bragança 472

MEDIAÇÃO PARA RESOLVER CONFLITOS DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL? problematizando algumas práticas institucionais
Klever Paulo Leal Filpo 490

A EXPANSÃO DA JUSTIÇA: o uso dos meios alternativos de soluções de conflitos de modo online
Isadora Fernanda Latini
Ana Laura Martelli Theodoro 505

CLÁUSULA ESCALONADA NA GESTÃO DE CONFLITOS NO VOTO CONJUNTO DOS ACIONISTAS E INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA SOCIETÁRIA
Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro
Marcella da Costa Moreira de Paiva
Raphael Silva Castro 519

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: diálogo jurisdicional (im)possível
Mariana de Freitas Rasga 537

"SOBRE O POLÍTICO" DE CHANTAL MOUFFE PARA A REINVENÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA: o pluralismo político e o modelo agonístico
Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo
Luiz Gustavo Tiroli 552

PAINEL 4

A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR AXIOLÓGICO INAFASTÁVEL NO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE
Alessandra Trevisan Ferreira
Henrique Adriano Pazzotti 568

JUIZ DE GARANTIAS: um instituto pela aproximação da investigação preliminar brasileira do modelo acusatório
Ozéas Corrêa Lopes Filho
Bárbara Gama Dias Reis Silva
Marina de Oliveira e Castro 589

OS IMPACTOS SOCIAIS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA NA VIDA DOS IDOSOS E PORTADORES DE DOENÇAS GRAVES
Camila Rabelo de Matos Silva Arruda
Diogo Oliveira Muniz Caldas
Lourival Arruda Junior 607

AS TESES REVISIONISTAS DO HOLOCAUSTO: uma análise a partir das reflexões de Paul Ricoeur
Camilo Plaisant Carneiro
Raisa Duarte da Silva Ribeiro 631

AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E DE REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CRIMINALIDADE QUE ASSOLAM O ESTADO BRASILEIRO
Raphael Malaquias de Sá de Souza
Darlan Alves Moulin 652

CÂMARAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NOS NÚCLEOS DE PRÁTICA JURÍDICA: por uma formação acadêmica adequada aos paradigmas sociais
Gilvan Luiz Hansen
Fernanda Franklin Seixas Arakaki
Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes 666

OS VAGABUNDOS DO BEM E CIDADÃOS DO MAL: da bipolaridade política no Brasil
Joaquim Pacheco de Lima 678

A JUDICIALIZAÇÃO DA INTOLERÂNCIA RELIGIOSA E A PUNIÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO: aportes teóricos para a análise dos discursos no campo do Direito
Joyce Abreu de Lira
Dayane Aguiar Teixeira 700

A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA SEGURANÇA PÚBLICA E DO COMBATE AO CRIME: o progresso social e os riscos de uma sociedade de controle
Marcus Vinícius da Silva Pereira de Souza
Rodrigo de Souza Tavares 718

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
Ozéas Corrêa Lopes Filho
Isadora Cardoso Amorim
Thalita Almeida dos Reis 747

DIREITO PENAL E DIVERSIDADE ÉTNICA: o tratamento jurídico reservado aos indígenas no âmbito criminal brasileiro
Victor Hugo Streit Vieira
Luiz Henrique Eloy Amado 759

PAINEL 5

A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS PATENTES EM BIOTECNOLOGIA GENÉTICA E OS DESAFIOS TRANSNACIONAIS
Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa 781

O CONSUMIDOR E OS BANCOS COMERCIAIS NO DIREITO INTERNACIONAL: condutas anticoncorrênciais
Daniel Marinho Corrêa 797

O COMPLIANCE AMBIENTAL: entre certificações e soluções
Daniela Juliano Silva 814

A DINÂMICA DO MERCADO DE CONSUMO A PARTIR DAS MÍDIAS SOCIAIS
Philippe Antônio Azedo Monteiro
Diego Demiciano 831

LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO NO MARANHÃO: o que pode ser feito?
Mylla Maria Sousa Sampaio
Monica Teresa Costa Sousa 848

O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS POR PESSOAS JURÍDICAS: uma decorrência ética
Clodomiro José Bannwart Junior
Patrícia Gasparro Sevilha Greco
Maria Kiiko Higuchi Baos Gasparro Sevilha 866

VULNERABILIDADE DOS PROSUMERS NA ERA DIGITAL
Rossana Marina De Seta Fisciletti 881

PAINEL 6

BITCOIN E A IMPORTÂNCIA DE SEU SISTEMA DESCENTRALIZADO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Alexandre Magno Antunes de Souza
Marcia Bataglin Dalcastel 900

REFORMA TRABALHISTA E CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: o caso dos borracheiros da Bahia
Andressa Lima de Oliveira Silva
Fernando Gabriel Lopes Cavalcante
Carla Apolinário de Castro 921

DEONTOLOGIA ALEMÃ: a inversão dos valores morais
Guilherme de Assis Furtado
Luiz Gustavo Tiroli
Natália Maria Ventura da Silva Alfaya 938

ORÇAMENTO PARTICIPATIVO DO MARANHÃO: aprofundamento da gestão democrática vinculante na construção de políticas públicas
Igor Martins Coelho Almeida 957

GLOBALIZAÇÃO, GLOCALIZAÇÃO E SOBERANIA NACIONAL: por uma harmonização das relações pautadas em pluralidades jurídicas
Jamile Gonçalves Calissi
Renato Zanolla Montefusco 976

CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DE CHANTAL MOUFFE SOBRE POPULISMO E DEMOCRACIA: uma análise das demandas antidemocráticas dos movimentos conservadores brasileiros
Simone Vinhas de Oliveira
Samia Moda Cirino
Vinicius Gomes de Lima 1009

PAINEL 7

ESTADO, EZLN E AUTONOMIA REBELDE NO MÉXICO
Ana Maria Ribeiro da Motta
Ana Gabriela Pereira da Costa 1026

O DESENVOLVIMENTO ENERGÉTICO (IN)SUSTENTÁVEL BRASILEIRO: pontos e contrapontos socioambientais
Andreza A. Franco Câmara
Marcos Átalo de Almeida Souza
Paulo Brasil Dill Soares 1045

O IMPACTO DO DESCARTE IRREGULAR DE MEDICAMENTOS NO BRASIL
Camila Rabelo De Matos Silva Arruda
Diogo Oliveira Muniz Caldas
Lourival Arruda Junior 1066

DE CUNHAMBEBE AO INEA: encruzilhadas para um conselho em território ancestral
Camila Reis Tomaz
Daniel Fonseca de Andrade 1085

PARADIGMAS DA SUSTENTABILIDADE: povo do Aventureiro versus reserva de desenvolvimento sustentável da Praia do Aventureiro (Ilha Grande, Angra Dos Reis – Rj, Brasil)
Córa Hagino
Alba Simon 1106

HUMANUS VIRUS: uma contribuição do pensamento sistêmico-complexo à relação homem/natureza
Evelym Pipas Morgado
Wilson Madeira Filho 1122

EDUCAÇÃO AMBIENTAL PATRIMONIAL POPULAR: uma proposta para o ecoturismo em unidades de conservação na região da Costa Verde
Danilo Rocha Cerqueira
Hedinene Silva da Costa 1147

DEMOCRACIA AMBIENTAL, DIREITOS AMBIENTAIS E LUTAS SOCIAIS
José Adércio Leite Sampaio
Christiane Costa Assis 1174

ENQUANTO PASSA A BOIADA: uma necessária perspectiva ambiental emancipatória
Laone Lago
Wilson Madeira Filho
Napoleão Miranda 1191

AS ENERGIAS RENOVÁVEIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO E SUAS INTERFACES COM O ODS 7 DA ONU
Laura Magalhães de Andrade
Mônica Gonçalves Aderne Freitas 1214

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, SMART CITIES E ODS: interfaces e contrapontos no cenário mundial contemporâneo
Laura Magalhães de Andrade
Pedro Fontes de Paula 1234

CONFLITOS PELO USO DA ÁGUA NO LAGO DE JURUTI VELHO
Lílian Regina Furtado Braga
Lindomar de Jesus de Sousa Silva 1250

SERVIÇOS AMBIENTAIS NO AMAZONAS: desafios e oportunidades para comunidades rurais
Lindomar de Jesus de Sousa Silva
Gilmar Antonio Meneghetti
Lílian Regina Furtado Braga 1270

O JUDICIÁRIO E AS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL: notas sobre a teoria do indigenato *versus* marco temporal
Luiz Henrique Eloy Amado 1290

HAITIANOS E O INSTITUTO DO REFÚGIO AMBIENTAL NO BRASIL: perspectivas sobre racismo ambiental, climático e institucional
Marina Marçal do Nascimento
Thiago Rodrigues dos Santos Pacheco 1320

O CHAMADO DA SELVA: Direitos da Natureza e Direito Animal
Rafael van Erven Ludolf
Wilson Madeira Filho 1339

A FUNÇÃO SOCIAL DO ELEMENTO SUBJETIVO DO COMPORTAMENTO NA RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS DA MINERAÇÃO
Bruno Henrique Tenório Taveira
Wilson Madeira Filho 1360

POBRES E PRETOS NO MEIO DO CAMINHO: resistências do quilombo Queimadas, em Serro, MG, face aos projetos de mineração
Thaís Henriques Dias
Wilson Madeira Filho
Ana Maria Motta Ribeiro 1375

APONTAMENTOS SOBRE ITINERÂNCIA JUNTO ÀS ATIVIDADES MINERADORAS EM MINAS GERAIS
Mara Magda Soares
Wilson Madeira Filho 1399

TODO SÓLIDO, TODO GÁS E TODO LÍQUIDO: o enfrentamento à pandemia em terras indígenas em Rondônia
Nathalia Maria Gonzaga de Azevedo Accioly
Wilson Madeira Filho 1414

PAINEL 8

PAPEL DAS REGRAS INFORMAIS NA SELEÇÃO DE MULHERES PARA AS LISTAS CANDIDATAS À ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA EM PORTUGAL
Anabelly Pontes Cavalcante 1431

A AGROECOLOGIA COMO FERRAMENTA DE EMANCIPAÇÃO DE GÊNERO: protagonismo das mulheres do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra para a justiça social
Andreza Aparecida Franco Câmara
Larissa César Zavatário
Paulo Brasil Dill Soares 1452

GÊNERO E INTERSECCIONALIDADE: uma análise teórica e normativa dos tratados internacionais sobre violência contra a mulher
Andreza A. Franco Câmara
Manoela Ribeiro Bastos..... 1479

O PROJETO LEGISLATIVO DE IDENTIDADE DE GÊNERO NO DIREITO BRASILEIRO: entre a reificação e a subversão da heteronormatividade
Beatriz Kimura de Oliveira Mendes
Samia Moda Cirino
Simone Vinhas de Oliveira 1497

O AFASTAMENTO FORÇADO DAS MULHERES TRANSEXUAIS DAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS
Bianca Figueira Santos
Eder Fernandes Monica 1519

A ANDROGENIA DA CIÊNCIA MODERNA COMO OBSTÁCULO PARA INSERÇÃO E PROMOÇÃO DAS MULHERES NO MUNDO ACADÊMICO
Fernanda Meneghini Machado 1546

A IDEOLOGIA DE GÊNERO: liberdade de expressão ou discurso opressor?
Simone Vinhas de Oliveira
Samia Moda Cirino
Marcelo Luan Lopes Jarreta 1560

DESIGUALDADE DE GÊNERO NO BRASIL: considerações a partir da campanha "Adolescência primeiro, gravidez depois"
Karen de Sales Colen
Natália Caroline Soares de Oliveira 1575

A TUTELA DA DIVERSIDADE: os precedentes constitucionais e efetivação de direitos no Brasil
Natalia Silveira Alves 1594

FEMINICÍDIO: fato e conceito permeado por práticas nem sempre alinhadas
Sandra Maria Pinheiro Ornellas 1612

A MORTE DE ALAN TURING: uma reflexão sobre a heteronormatividade realizada através da criminalização da homossexualidade
Thiago Opolski
Ana Maria Motta Ribeiro 1633

PAINEL 9

OS DESAFIOS DA EDUCAÇÃO NO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO
Fernanda Franklin Seixas Arakaki
Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes
Bernardo Henrique Pereira Marcial 1643

O DILEMA DA ERA DA INTERNET NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: a solução brasileira
Paulo Roberto Binicheski
Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva 1662

O DIREITO À PRIVACIDADE EM UMA ESFERA PÚBLICA INTERCONECTADA EM TEMPOS DE PANDEMIA POR CORONAVÍRUS
Clóvis Montenegro de Lima
Fátima Santana da Silva
Márcio da Silva Finamor
Simone Brilhante de Mattos 1678

A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DO CONHECIMENTO E O PROCESSO DE BOLONHA
Córa Hagino
Fernando Gama de Miranda Netto 1691

PESQUISA EMPÍRICA SOBRE AÇÃO AFIRMATIVA NA FACULDADE DE DIREITO UFF: um recorte, uma leitura
Erli Sá dos Santos.....1709

CONSTRUINDO A REPUTAÇÃO EMPRESARIAL COM USO DA BS ISO 31100: redes sociais e Lei Geral de Proteção de Dados
Ezequiel Anderson Junior
Gabriela Amorim Paviani
Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini 1733

O USO DAS REDES SOCIAIS NA GESTÃO PARTICIPATIVA DO SANEAMENTO BÁSICO NO MUNICÍPIO DE BELFORD ROXO-RJ
Gleice Clara Araújo Lírio
Laura Magalhães de Andrade.....1750

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA NA ERA DA PÓS-VERDADE: as implicações da desinformação no ambiente virtual
André Pedroso Kasemirski
Daniela Braga Paiano
Alessandra Cristina Furlan.....1774

JUSTIÇA E TECNOLOGIA EM ÉPOCA DE COVID-19
Marina Cancio de Mattos Pires
Mylla de Barros Crespo
Lívia Pitelli Zamarian Houaiss.....1795

A OUVIDORIA PÚBLICA: uma análise à luz da soberania popular, transparência e participação
Maria Victória Braz Borja Rodrigues.....1827

AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E O TRATAMENTO DE DADOS GENÉTICOS PELOS PLANOS DE SAÚDE
Melissa Mayumi Suyama Ferrari
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador 1847

EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA GLOBAL POR PANDEMIA DE COVID-19: desinformação, controvérsias e validação discursiva da informação
Clóvis Ricardo Montenegro de Lima
Nancy Sánchez-Tarragó
Mariangela Rebelo Maia.....1869

DA POSIÇÃO DE PREFERÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: há um princípio da irresponsabilidade civil?
Paulo Roberto Binicheski
Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva 1887

O PAPEL DA MÍDIA NO COMBATE AO RACISMO
Leonardo Oliveira Silveira Santos Martins
Paola de Andrade Porto 1902

A DEMOCRACIA PEDE SOCORRO: fragilidade da teoria da comunicação diante da ameaça da rastreabilidade
Fernando Gama de Miranda Netto
Simone de Oliveira Souza
Larissa Silva Ramos Pereira 1923

AS INSTITUIÇÕES DE MÍDIA E A TENSÃO ENTRE DOMINAÇÃO E EMANCIPAÇÃO SOCIAL
Gabriel da Fonseca e Cunha Hansen
Gilvan Luiz Hansen 1938

PAINEL 10

O CASO DO EMPREGADO INDÍGENA EBER LEON PEREIRA SOB A ANÁLISE DO DUPLO *JUS PUNIENDI*
Ronaldo Joaquim Lobão
Renata Vieira Meda
Carla Sendon Ameijeiras Veloso 1953

O PROCESSO DE TRABALHO PETROLEIRO
Fernando Gabriel Lopes Cavalcante
Carla Appollinário de Castro 1971

TELETRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PÓS-PANDEMIA: uma nova realidade
Diogo Menchise Ferreira 1987

ACIDENTE DE TRABALHO E DANO MORAL NA REFORMA TRABALHISTA
Fernanda dos Santos Vilas Boas
Fernando Gabriel Lopes Cavalcante
Carla Appollinário de Castro 2004

O DIREITO DO TRABALHO E A REPÚBLICA DE WEIMAR À BRASILEIRA
Francisco de Assis Macedo Barreto.....2021

JUSTIÇA DO TRABALHO NO SÉCULO XXI: obstáculos e desafios para a garantia jurisdicional dos direitos sociais
Malu Medeiros Cortasio
Renata da Silva Santos
Thais Miranda de Oliveira 2034

A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA E OS ACORDOS EXTRAJUDICAIS: discursos, essências e contradições
Carolina Pereira Lins Mesquita
Fernanda Pereira Esteves.....2041

TRABALHO E CAPITAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: uma falsa dicotomia
Pedro Paulo Carneiro Gasparri 2065

ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NA CADEIA PRODUTIVA DA MODA: correntes invisíveis em um mundo nada *fashion*
Carla Sendon Ameijeiras Veloso
Renata Meda Vieira
Leonardo Rabelo de Matos Silva.....2082

ELIMINAÇÃO SEGURA DO AMIANTO NO BRASIL: uma dialética entre o papel regulador do Estado e as condições de defesa e proteção os consumidores e usuários de serviços públicos
Claudia Márcia Costa
Viktor Ruppini Prado 2101

ATRIBUIÇÃO DE MÉDICOS DE FAMÍLIA PELO SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE PORTUGUÊS NO CONCELHO DO PORTO: uma crise institucional?
Vivian Molina Perfeito Caetano 2118

PAINEL 11

O NEOCONSTITUCIONALISMO NA ÓTICA HABERMASIANA: o papel da Constituição como centralizadora do agir comunicativo
Luiz Gustavo Tiroli
Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya.....2141

AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS BRASILEIRAS NO CENÁRIO ATUAL DE PANDEMIA VIRAL
Caio Magalhães Baldini Figueira
Gabrielle Carvalho Araujo
Samara Cristina Fernandes da Silva.....2158

PODER ECONÔMICO E CONSTITUIÇÃO: parâmetros para o intérprete-julgador na aplicação da mutação constitucional
Daniel Marinho Corrêa.....2175

A MITIGAÇÃO DA TAXATIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: reflexões sobre o ativismo judicial
Isabela de Campos Mourão
Joyce de Abreu Lira.....2190

O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: busca pela efetividade dos direitos humanos
Juliana Carvalho Pavão
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.....2205

A CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE WEIMAR (1919) E O ESTADO SOCIAL DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1931
Marco Aurelio Peri Guedes.....2224

FEDERAÇÃO E UNITARISMO: notas sobre a experiência autonômica hispano-brasileira
Marco Aurelio Peri Guedes.....2273

DISCURSO DE ÓDIO E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL
Jhulia Ferreira Medeiros
Roberta Oliveira Lima.....2328

CALIN: una propuesta de estudio decolonial sobre relaciones etnico-raciales y anticiganismo en el sistema de justicia brasileño
Phillipe Cupertino Salloum e Silva 2347

LUTAS SOCIAIS E PODER JUDICIÁRIO: uma análise à luz do neoliberalismo
Leticia Galan Garducci
Tamina Batan Rody Lima 2364

PRESENTACIÓN

Cuando hablamos de la actualidad, en nuestras clases en las Universidades donde operamos, mencionamos la velocidad de las transformaciones y la aceleración de los procesos de producción de bienes y conocimientos. Sin embargo, tales transformaciones, o al menos la velocidad con la que ocurren, raramente son percibidas por las personas en el día a día, inmersas en sus actividades y problemas, hasta el punto de naturalizar los fenómenos circundantes y prestar poca atención a cómo ocurren. La mayoría de la gente actúa de manera similar, en términos de reacción, a la percepción del movimiento del planeta: la tierra, y nosotros con ella, nos movemos a una velocidad considerable todos los días, pero no medimos los impactos de este movimiento.

Pero la naturaleza ha tenido su curso a lo largo de los milenios y, en determinados momentos, se nos "invita" a mirar el mundo que hemos construido y diseñado de una forma totalmente diferente a la rutina con la que lo afrontamos.

¿Y qué tiene esto que ver con nuestro II SIDeCiED?

El II Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho (II SIDeCiED) se realizó en un contexto absolutamente inédito: fuimos, como humanidad, golpeados por el fenómeno de una pandemia a nivel planetario, fenómeno que nos obligó a reconfigurar agendas, espacios, relaciones, tecnologías, prioridades. La naturaleza nos obligó a reestructurar nuestra propia existencia, así como a repensar nuestra presencia en las instituciones y su presencia en nuestras vidas.

El II SIDeCiED, programado para ser presencial en abril de 2020, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo, Campus de Ourense, tuvo lugar de forma remota, a través de plataformas digitales, en octubre de 2020. ¡Y fue un éxito!

De las más de 150 Comunicaciones presentadas en el evento y publicadas como Resúmenes en las Actas del evento, aparecieron alrededor de 120 artículos completos, que ahora conforman el presente Libro de Artículos de la II SIDeCiED. Este libro es una prueba de que, incluso ante la adversidad, las Universidades e Instituciones que organizan el Seminario creen en el conocimiento científico y en la capacidad de construir alianzas académicas como la forma más eficaz de afrontar los problemas globales. Y esa convicción es compartida con todos los que creyeron en este proyecto interinstitucional con dimensión internacional, muchos de los cuales se muestran aquí, como autores de los artículos de esta publicación.

Esperamos que el éxito alcanzado en las dos ediciones de SIDeCiED, en 2019 y 2020, pueda servir de combustible para la realización de nuevas ediciones del evento, durante los próximos años. Gracias a todos por su comprensión, colaboración, cooperación y solidaridad expresadas a lo largo del viaje que hizo realidad el II Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho.

Ourense, España, diciembre de 2020.

Gilvan Luiz Hansen
Guillermo Suárez Blázquez

1

PAINEL 1
O direito privado ante os movimentos sociais e novas configurações institucionais

A CRISE PANDÊMICA E A IMPOSIÇÃO DA VACINAÇÃO COMPULSÓRIA: a objeção de consciência na legalidade constitucional

Benedicto Gonçalves Patrão
Universidade Federal Fluminense, Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado, Niterói-RJ, Brasil
e-mail: benedictopatrao@id.uff.br

Agatha Rosa
FIOCRUZ, Mestre em Ciências; UFRJ, Bacharel em Biologia; Universidade Federal Fluminense, Bacharelanda em Direito, Rio de Janeiro - RJ, Brasil.
email: agatharosa@id.uff.br

Resumo: Muitos foram os eventos capazes de dizimar populações humanas em nossa história. Dentre as enfermidades, varíola, peste bubônica e cólera, todas possuíam a comum característica da fácil disseminação e, portanto, esteve-se durante séculos à deriva de um processo natural de seleção dos indivíduos capazes de debelar a infecção *per se*. Isso, contudo, mostrou-se contrário aos avanços das ciências médicas, que levaram, ainda no final do séc. XVIII, ao desenvolvimento da vacina, procedimento de imunização voltado à capacitação do corpo humano para identificar agentes infectocontagiosos e reagir contra eles. A imunidade de rebanho ocorre quando uma parte considerável da população se encontra imunizada para uma determinada doença, de maneira natural ou induzida, impedindo a circulação de determinado agente patogênico. Pessoas que não podem ser vacinadas acabam sendo protegidas de maneira indireta, mas é preciso, contudo, que haja uma consciência coletiva para a manutenção desse sistema. Em sentido similar, os indivíduos que se insurgem contra tal medida também são beneficiados, mas à proporção que aumenta a recusa coletiva na vacinação, a imunidade de rebanho vai sendo perdida eis que maior o número de indivíduos suscetíveis. Sob outro prisma, é possível vislumbrar que uma obrigatoriedade vacinal imposta pelo poder público pode ter reflexos tanto na violação à integridade física quanto intelectual da pessoa, que se vê compelida a uma atuação desconforme sua liberdade de pensamento. Partindo dessas premissas, e considerando o atual contexto de pandemia, o presente trabalho procura discorrer sobre os limites que circundam o exercício da autonomia privada e o dever de solidariedade e responsabilidade social diante do desenvolvimento de uma vacina para a covid-19, sobretudo por se mostrar como medida apta a compensar as restrições do isolamento social.

Palavras-chave: vacinação, obrigatoriedade, autonomia privada, interesse coletivo.

INTRODUÇÃO

O presente artigo foi escrito em controverso período. De fato, a pandemia da COVID-19 no ano de 2020 trouxe questionamentos até então ignorados. Na seara das relações de consumo, por exemplo, trouxe a possibilidade de redução de preços nas mensalidades escolares por ocasião do ensino remoto. No âmbito das liberdades individuais, trouxe restrições à livre locomoção e ao direito de reunião. No âmbito da competência legiferante, a emergência de discussões mais elementares, em que a Suprema Corte precisou reafirmar a previsão constitucional sobre a competência concorrente dos entes federativos para legislar sobre questões de saúde pública. Em todo caso, a justificativa era clara: por mais amargo que pudesse ser o remédio, evitava-se o risco de propagação exponencial da enfermidade.

De certo, as restrições às liberdades individuas merecem especial atenção. A preocupação tem, inclusive, razões históricas: o processo de urbanização nacional, por exemplo, é marcado pela supressão dos direitos fundamentais diante do argumento sanitário e de uma suposta proteção do bem comum (PATRÃO, 2016). No caso, o Rio de Janeiro oitocentista, então capital da República, espelhava-se no ideal ilustrado da *belle époque* parisiense, ao mesmo tempo em que, para as classes populares, a destruição dos cortiços na região central da cidade teve como pano de fundo a intenção de embelezamento e saneamento da cidade. Edificava-se o espaço público de convivência propício para as relações sociais da família de elite. O resultado foi a demolição de 1.800 prédios em quarteirões populares, onde predominavam cortiços e estalagens, deixando cerca de 20 mil pessoas desabrigadas (ARAÚJO, 1993, p. 237).

Na época, a cidade se transformava em exemplo de civilidade, até mesmo com ares de exagero, como relata Nicolau Sevcenko (1989) sobre o episódio da criação de uma lei de obrigatoriedade do uso de paletó e sapatos para todas as pessoas, sem distinção, no município: "o objetivo do regulamento era pôr termo a vergonha e a imundície injustificáveis dos sem mangas-de-camisa e descalços nas ruas da cidade". Em tom de pilhéria, a revista Fon-Fon, de 13 de julho de 1909, estampa em uma de suas colunas tal proposição do Legislativo municipal, como se pode ver nas figuras 1a e 1b abaixo.

Figura 01a – Revista Fon-Fon!

Rio--Primôr da Elegancia

O Conselho Municipal pretende decretar que todo o cidadão carioca ande calçado e de paletot.

E' uma idéa de truz, que vae transformar todo este grande Rio de Janeiro em uma esparramada

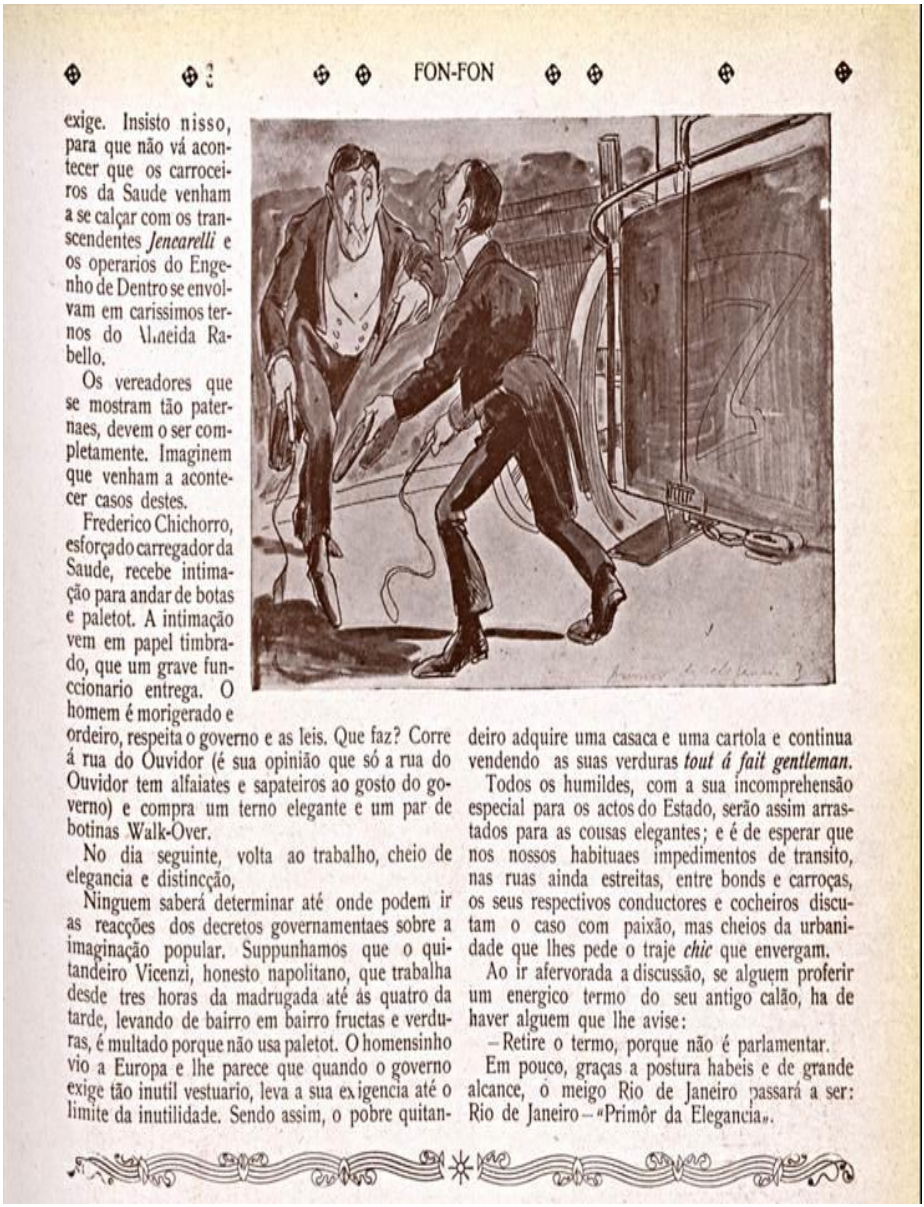
Rua do Ouvidor. Eu não li o projecto, mas creio que lhe falta especificar as marcas das botas e a fazenda do paletot, que devem ser usadas em cada

bairro. Alguem que venha da Tijuca (bairro elegante e frio), naturalmente calçado com Walk-Over ou Clark, ao chegar no Estacio mudará as botas, para as da fabrica Condor, mais adequadas ao chão que vae pizar; se vem de fraque Raunier ou Valle, logo que avistar a rua Machado Coelho mesmo alli num corredor qualquer, o cidadão deve tirar tão luxuoso paletot para envergar um simples *veston* do «Primor da Elegancia».

Seria justo que o Conselho Municipal estabelecesse tambem a perfeita correspondencia entre cada bairro da cidade e as roupas e calçados que

Fonte: Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional, Fon-Fon !, fls. 13-14.

Figura 01b – Revista Fon-Fon!



FON-FON

exige. Insisto nisso, para que não vá acontecer que os carroceiros da Saude venham a se calçar com os transcendentes *Jenearelli* e os operarios do Engenho de Dentro se envolvam em carissimos ternos do Madeira Rabello.

Os vereadores que se mostram tão paternaes, devem o ser completamente. Imaginem que venham a acontecer casos destes.

Frederico Chichorro, esforçado carregador da Saude, recebe intimação para andar de botas e paletot. A intimação vem em papel timbrado, que um grave funccionario entrega. O homem é morigerado e ordeiro, respeita o governo e as leis. Que faz? Corre á rua do Ouvidor (é sua opinião que só a rua do Ouvidor tem alfaiates e sapateiros ao gosto do governo) e compra um terno elegante e um par de botinas Walk-Over.

No dia seguinte, volta ao trabalho, cheio de elegancia e distincção,

Ninguem saberá determinar até onde podem ir as reacções dos decretos governamentaes sobre a imaginação popular. Suppunhamos que o quitandeiro Vicenzi, honesto napolitano, que trabalha desde tres horas da madrugada até ás quatro da tarde, levando de bairro em bairro fructas e verduras, é multado porque não usa paletot. O homensinho vio a Europa e lhe parece que quando o governo exige tão inutil vestuario, leva a sua exigencia até o limite da inutilidade. Sendo assim, o pobre quitandeiro adquire uma casaca e uma cartola e continua vendendo as suas verduras *tout á fait gentleman*.

Todos os humildes, com a sua incomprehensão especial para os actos do Estado, serão assim arrastados para as cousas elegantes; e é de esperar que nos nossos habituaes impedimentos de transito, nas ruas ainda estreitas, entre bonds e carroças, os seus respectivos conductores e cocheiros discutam o caso com paixão, mas cheios da urbanidade que lhes pede o traje *chic* que envergam.

Ao ir afervorada a discussão, se alguem proferir um energico termo do seu antigo calão, ha de haver alguem que lhe avise:

– Retire o termo, porque não é parlamentar.

Em pouco, graças a postura habeis e de grande alcance, o meigo Rio de Janeiro passará a ser: Rio de Janeiro – «Primôr da Elegancia».

Fonte: Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional, Fon-Fon !, fls. 13-14.

O iluminismo urbano, ao promover na sociedade brasileira um novo sentimento de ascensão social, por meio do contínuo estabelecimento de laços

comunitários, determinou que os hábitos familiares seguissem padrões de civilidade baseados no discurso higiênico da medicina sanitarista. Na perspectiva da disciplina jurídica dos espaços de convivência íntima e comunitária, a política higiênica perpetrada pelo poder público, ao longo do século XIX, não obstante o discurso oficial de promoção da saúde e bem-estar dos citadinos, harmonizou-se com o ideário urbano iluminista (PATRÃO, 2016, p. 14).

Para o pensamento ilustrado, a cidade era vista como um lugar de virtudes e centro irradiador das ideias que difundiriam o progresso e a civilização entre os povos (SCHORSKE, 1997, p. 76), tanto que o termo *civilização* normalmente se correlacionava com as expressões *polidez* e *civilidade*, ao englobar um duplo entendimento, qual seja (1) *um valor*, em que qualquer homem almejava pertencer a uma determinada realidade reconhecida como civilizada; e (2) *um ideal*, sendo parte de um processo evolutivo, que possibilitaria à humanidade alcançar determinado estado civilizatório (CARVALHO, 2008, p. 41):

Foi em seu sentido ideal, percebido enquanto processo, "que a idéia de civilização se impôs ao longo dos séculos das Luzes" (CARVALHO, 2008, p. 42). Aflorou o sentimento cosmopolita, que "envolvia uma noção de eliminação das fronteiras dos países em favor de uma única cultura ilustrada, partilhada pelos homens educados e cultos em todo o mundo", cujo centro irradiador desta cultura era a cidade ilustrada (CARVALHO, 2008, p. 45). A cidade das luzes, portanto, exprimia valores e preocupações provenientes de uma nova forma de encarar o mundo a partir da razão, determinantes para a remodelação do espaço privado das habitações e do próprio ambiente público.

Alcançar o objetivo *civilizatório*, requisito imprescindível para que uma nação atinja a grandeza e prosperidade dos países mais *cultos*, pressupunha solucionar os diversos problemas sociais existentes na cidade, entre eles, as habitações populares que porventura extrapolassem os limites impostos pelos ideais de civilidade. Encarada nos padrões do sanitarismo positivista como *classe perigosa*, a construção da cidade das luzes nos trópicos importou o afastamento das camadas menos favorecidas para as regiões periféricas. Alijada da área central, para a família pobre, restou o subúrbio e a favela (PATRÃO, 2016, p. 15).

Vislumbram-se, por evidente, os descompassos entre o tratamento dado à família elitista e aquele dispensado aos demais estratos sociais inferiores. Em relação aos últimos, a intervenção travará uma luta contra a infração à saúde, com implicações na esfera criminal, em que escravos, mendigos, loucos, vagabundos e demais *desajustados* – entre eles, as crianças e os adolescentes infratores e

ejetados – serão merecedores de outras políticas médicas, restritos aos espaços de segregação higienizados, como prisões e manicômios (PATRÃO, 2016, p. 15).

Assim como no passado, o discurso higiênico ainda hoje direciona suas preocupações na limitação das liberdades individuais. Com a pandemia da COVID-19, o simples deambular pela calçada se tornou objeto de intervenção policial. Aumenta-se a complexidade do debate quando exsurgem dúvidas direcionadas à aparente solução da crise pandêmica: a vacinação. A Lei nº 13.979/20 determina, de forma expressa, a possibilidade de compulsoriedade na vacinação. O presente artigo irá refletir se, sob o prisma de proteção dos direitos fundamentais, indivíduos maiores e capazes poderão, sobrevindo a disponibilização de uma vacina contra a COVID-19, recusar-se à submissão a tal medida de saúde pública, por objeção de consciência à obrigação sanitária.

O tema trazido à colação, evidentemente, não traduz mero capricho argumentativo, nem tentativa de minimizar a gravidade da crise sanitária, apologia à desobediência de medidas sanitárias, tampouco diminuir a importância da vacinação. Ao contrário, sem desmerecer a importância da vacinação como fundamental política pública de saúde, resta ponderar que a objeção de consciência tem proteção constitucional (art. 5º, inciso VIII, CRFB/88). Será demonstrado que a recusa à tal obrigação jurídica encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, sem que ocorra qualquer malefício à erradicação do vírus e, por conseguinte, ao interesse público.

1. Aspectos legais da vacinação: cenário atual

Por meio da Lei nº 6.259/75 (regulamentada pelo Decreto 78.231/76), o Brasil estabeleceu o Programa Nacional de Imunizações (PNI), sob o comando do Ministério da Saúde, para ser o responsável pela organização das políticas nacionais de vacinação de doenças imunopreviníveis. Segundo Renata Rothbarth (2018, p. 11), o objetivo máximo dos programas de imunização é a erradicação de uma doença de um determinado território, consequentemente dificultando a contaminação de indivíduos não vacinados. Portanto, percebe-se que, apesar de empregada individualmente, os efeitos da vacinação são perceptíveis em escala populacional, carecendo de uma adesão coletiva para que os seus efeitos positivos possam ser alcançados.

No âmbito do PNI, o Decreto supramencionado traz em seu art. 29 que "é dever de todo cidadão submeter-se e os menores dos quais tenha a guarda ou

responsabilidade, à vacinação obrigatória" (Brasil, 2020a), sendo estas previamente definidas pelo Ministério da Saúde. E, além disso, também dita que "só será dispensada da vacinação obrigatória, a pessoa que apresentar Atestado Médico de contraindicação explícita da aplicação da vacina" (BRASIL, 2020). Na prática não há qualquer previsão de sanção mais explícita.

Atualmente existem diferentes ações em trâmite junto ao Supremo Tribunal Federal buscando discutir questões relacionadas à vacinação, sua obrigatoriedade quanto à submissão individual e a obrigatoriedade que parte do dever governamental em adquiri-las. Destaca-se dois destes casos recentes:

a) Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário (ARE) de nº 1.267.879/SP:

Em Plenário Virtual realizado no dia 28 de agosto de 2020, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu o caráter constitucional e a repercussão geral do agravo em recurso especial 1.267.879/SP, cujo tema está relacionado a saber se os pais podem deixar de vacinar os seus filhos, tendo como fundamento convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais. Ou seja, restou firmado peça Corte o caráter relevante e transcendente da vacinação obrigatória, e não poderia ser de outra forma.

O caso recorrido iniciou com a proposição de ação civil pública pelo Ministério Público de São Paulo em face dos pais de uma criança para que fossem obrigados a regularizar a carteira de vacinação dela. Em primeira instância os genitores ganharam com o fundamento de que possuem liberdade para guiar a educação e a saúde o filho, principalmente pelo fato da não submissão ao calendário ser uma decisão consciente dos pais. Já na segunda instância o recurso do *Parquet* foi acolhido com fundamento na inexistência de qualquer evidência quanto aos riscos da vacinação, bem como pelo fato de que o movimento antivacina é prejudicial à cobertura imunológica de doenças infecciosas. Houve, portanto, uma ponderação pelo juízo *ad quem* entre a liberdade dos pais e o interesse público na vacinação, culminando na possibilidade de busca e apreensão da criança se houvesse o descumprimento da decisão.

Já em sede de recurso extraordinário, os pais defendem ser prescindível a vacinação da criança, que está em boas condições de saúde e segue com acompanhamento médico. Essa opção é decorrente da filosofia vegana seguida por eles, sendo, por consequência, contrários a intervenções medicinais invasivas.

Na visão do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, o caso está imbricado por diversos interesses, o que perfaz a transcendência necessária à repercussão geral. Do ponto de vista social, ganha importância em razão das políticas de vacinação infantil determinadas pelo Ministério da Saúde e da própria natureza do direito pleiteado, já do ponto de vista político, ganha corpo por conta do crescimento do movimento antivacina no Brasil, que tem contribuído para a diminuição da cobertura imunológica da população brasileira, e jurídico, porque relacionado à interpretação e alcance das normas constitucionais que garantem o direito à saúde de crianças e da coletividade, bem como a liberdade de consciência e crença.

Na oportunidade, deixou claro o relator que a questão está ligada à discussão dos limites da liberdade dos pais na escolha dos meios pelos quais irão garantir a saúde dos filhos, segundo suas convicções morais, filosóficas, políticas e/ou religiosas, em relação ao cumprimento do calendário de vacinação determinado pelas autoridades sanitárias. Reside, portanto, a controvérsia constitucional na "definição dos contornos da relação entre Estado e família na garantia da saúde das crianças e adolescentes, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais".

Apesar de não estar diretamente relacionado à vacina contra o novo coronavírus, em sua manifestação o relator foi bastante feliz em citar a pandemia da COVID-19 quando abordou a repercussão política do tema, notadamente quanto à diminuição da cobertura vacinal em âmbito nacional decorrente do aumento dos casos de não vacinação. Deixando, assim, a entender que tal movimento pode ser um percalço à futura política de vacinação contra a COVID-19.

Apesar de o caso tramitar sob segredo de justiça, circulam informações sobre a manifestação do Procurador-Geral da República, Augusto Aras, no sentido de a vacinação ser um direito da criança, mesmo contra as convicções pessoais dos pais. Até o momento de publicação deste artigo não havia sido determinada data para julgamento.

b) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 6587

O contraponto à ação supramencionada pode ser exemplificado pela ADI 6578/20, ajuizada em 21 de outubro de 2020 pelo Diretório Nacional do PDT, cuja finalidade é a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, III, "d" da Lei

nº 13.979/20. Tal dispositivo, segundo afirma o partido político, "viola frontalmente diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, gerando lesões irreparáveis a direitos fundamentais, em especial ao direito à vida, à saúde e à liberdade individual". Entende o partido que atitudes mais proativas dos órgãos de governo não são exclusividade da União, competindo também aos estados e aos municípios.

A referida Lei, fruto das movimentações de combate à pandemia, surgiu com o propósito de dispor sobre as medidas para enfrentamento da COVID-19, emergência de saúde pública de importância internacional. Com o objetivo de proteger a coletividade, diversas medidas foram elencadas e, dentre elas, a apresentada pelo dispositivo supramencionado, isto é, que as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, a determinação da realização compulsória de vacinação.

A tese do requerente é de que o do art. 3º, III "d" da Lei nº 13.979/20 viola frontalmente a os arts. 5º, *caput*, 6º e 196 da Constituição Federal, isto é, incorre em inconstitucionalidade material por afronta às garantias fundamentais da vida, liberdade e saúde, que implicam, consequentemente, na diminuição do princípio da dignidade da pessoa humana. Partindo da premissa de que "neste momento inicial inexiste segurança quanto aos efeitos colaterais das vacinas e nem certeza quanto à sua eficácia contra o COVID-19, já que assumidamente diversas etapas obrigatórias para a segurança de vacinas deixaram de ser realizadas", não há que se falar em vacinação compulsória. Ora, a contrário senso, o partido acaba, então, admitindo a possibilidade da realização da medida sem espaço para a autonomia privada em situações de maior segurança? Destaca-se o questionamento.

Como já mencionado, a tese principal da referida ADI é que as vacinas para a COVID-19 estão sendo produzidas de forma não transparente e demasiadamente rápido, o que impossibilita que a sua eficácia e segurança sejam efetivamente comprovadas. Desta forma, a facultatividade da vacinação seria a medida mais justa a ser tomada, sob pena de a compulsoriedade equivaler a um "verdadeiro teste em massa". Como fim último a liberdade individual ganharia maior peso ante a compulsoriedade de uma medida potencialmente lesiva.

Cabe ressaltar, contudo, que o referido partido político não traz informações técnicas que baseiem seu julgamento sobre a celeridade inerente à produção das vacinas para o novo coronavírus, tampouco sobre a falta de eficácia. No entanto, menciona que a pressão exercida por alguns países para a produção da vacina por

determinados laboratórios enseja discussões quanto à mitigação de responsabilidade dos mesmos.

Até o momento de finalização deste artigo, a ação teve do ministro relator, Ricardo Lewandowski, a consideração da importância da matéria para a emergência de saúde pública decorrente do surto do coronavírus, determinando a aplicação do rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999.

2. Ponderações científicas: esclarecimentos sobre a vacinação e a imunização de rebanho

Doenças imunopreviníveis são aquelas cuja manifestação pode ser evitada por meio do induzimento do sistema imunológico dos indivíduos. Dentre as diferentes maneiras de se concretizar o Direito à Saúde previsto em nossa Constituição, a implementação de políticas públicas de imunoprevenção de doenças infectocontagiosas é, sem dúvida, uma delas.

Foi por meio da observação que o homem, antes mesmo de descobrir os microrganismos patogênicos, percebeu que alguns de seus semelhantes, após contato com determinada moléstia e cura, não voltavam a apresentar os sinais e sintomas típicos quando ocorresse um contato posterior. Ou seja, desenvolviam uma espécie de blindagem à doença. Os primeiros registros relacionados ao desenvolvimento artificial da imunidade remontam ao séc. VII, em que populações indianas consumiam o veneno de serpentes em busca de minimizar os efeitos deletérios advindos de um possível encontro com o réptil (PLOTKIN, 2014).

A variolização foi outro mecanismo desenvolvido em busca de impedir a infecção por varíola, mas sua origem não é muito precisa (PLOTKIN, 2014). Conhecida como mãe da vacinação, esta técnica correspondia à "injeção" subcutânea, em pessoa sadia, da secreção de pústulas de varíola de uma pessoa acometida pela doença com o objetivo de manter a primeira livre dos mesmos sintomas. A vacinação veio substituir essa prática, surgindo após a publicação dos resultados da pesquisa de Edward Jenner em 1798, que se baseou na inoculação do vírus correspondente naturalmente infectante de bovinos em pessoa saudável, que, por sua vez, permaneceu imune à infecção pela varíola humana (CANOUÏ & LAUNAY, 2018).

A vacina tem por princípio básico a indução de uma proteção duradoura e eficaz contra um determinado agente patogênico (principalmente bactérias ou vírus) responsável pelo desenvolvimento de uma doença infecciosa, e isto sem causar sintomas clínicos ou efeitos colaterais (RAPPUOLI et al., 2011). Essa indução ocorre através de um mimetismo da interação real que ocorreria entre o referido agente e o sistema imunológico humano, permitindo a ativação de uma resposta adequada para debelar a falsa infecção e posteriormente uma verdadeira, o que inclui, consequentemente, a ativação dos atores celulares responsáveis pela memória (CANOUÏ & LAUNAY, 2018).

O resultado da pandemia de COVID-19 tem nos mostrado os efeitos da infecção por um patógeno em uma população totalmente suscetível, que nunca teve contato com a variante corrente. A princípio, a imunidade adquirida, seja por infecção natural ou induzida, proporcionaria uma imunização a nível individual. Ou seja, aquele que superou a ação do agente infeccioso (natural) ou modificado em laboratório (não gera infecção) cria imunidade em forma de memória imunológica, produzindo uma ação mais rápida e efetiva diante de um posterior contato com o patógeno, por vezes despercebido.

A vacinação tem por efeito mediato uma espécie de amplificação do controle que, uma vez realizada em um percentual significativo da população, extrapola o indivíduo e acaba por reduzir a circulação do patógeno devido à diminuição do número de indivíduos suscetíveis e à redução da quantidade de hospedeiros disponíveis para a multiplicação do agente infeccioso (SANTOS, 2015 p. 218). O momento no qual essa imunidade individual passa a surtir efeitos em escala populacional origina o que se conhece por imunidade de rebanho (ou imunidade coletiva), ou proteção de rebanho de forma mais correta (RASHID et al. 2012). Em outras palavras, ela se refere à proteção indireta angariada por indivíduos suscetíveis quando parte suficiente da população já se encontra imunizada (RANDOLPH e BARREIRO, 2020).

Dois cenários são passíveis de ocorrência quando um indivíduo infectado é inserido numa população. Primeiramente, possuindo a população uma quantidade significativamente grande de indivíduos suscetíveis, maior será o cabedal de atuação e espalhamento do agente infeccioso. Por outro lado, sobreleva destacar que a existência de indivíduos imunes funciona como uma espécie de bloqueio à propagação da doença (não pode transmiti-la), e quanto mais indivíduos imunes, menor a probabilidade de um contato efetivo entre indivíduos infectados e suscetíveis (RANDOLPH e BARREIRO, 2020).

O ponto no qual a proporção de indivíduos suscetíveis cai abaixo do limite necessário para a transmissão é chamado de imunidade de rebanho (ANDERSON e MAY, 1985). Quando uma determinada população tem indivíduos suscetíveis em quantidade menor do que aquela necessária para promover eventos de infecção, tais suscetíveis passam a se beneficiarem indiretamente da imunidade da qual gozam diretamente os demais. Atingida a imunidade de rebanho, sua eficácia passa a depender da manutenção dessa imunidade adquirida.

Nesse sentido, é importante destacar que a imunidade gerada para fazer face à alguma doença possue uma duração bastante alta, como é o caso do sarampo, sendo, portanto, a imunidade de rebanho estável. Em outros casos de mazelas infeciosas, contudo, essa imunidade indireta apresenta oscilações no tempo e que podem provocar surtos, como no caso da de *pertussis*, rotaviroses, e da gripe (RANDOLPH e BARREIRO, 2020).

3. Covid-19: a inviabilidade da imposição de uma vacinação compulsória

Como relata Fernanda Schaffer (p. 420), a diferenciação entre vacinação compulsória, obrigatória e facultativa subsiste no grau de liberdade do indivíduo em não se submeter à tal política de saúde. Por facultativa temos a categoria de vacinação que decorre da livre adesão dos sujeitos, como no caso das vacinas de necessidade prática, sendo amplo o exercício da autonomia individual. Já no caso das vacinas obrigatórias, ainda é permitida certa dose de autonomia, podendo haver leis que tragam restrições de direitos para o caso de não submissão. Por fim, a vacinação compulsória seria aquela na qual não sobeja qualquer espaço para o exercício da vontade individual do sujeito, podendo haver, inclusive, apoio no uso da coação física.

Foi nesta última categoria que a Lei nº 13.979/20, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia de COVID-19, enquadrou a imunização. Conforme, art. 3º, III, d, para o enfrentamento da referida doença, as autoridades poderão adotar a determinação de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas. Daí, resta a indagação: pessoas que recusem a vacinação por objeção de consciência encontram proteção constitucional diante da determinação prevista na referida lei ?

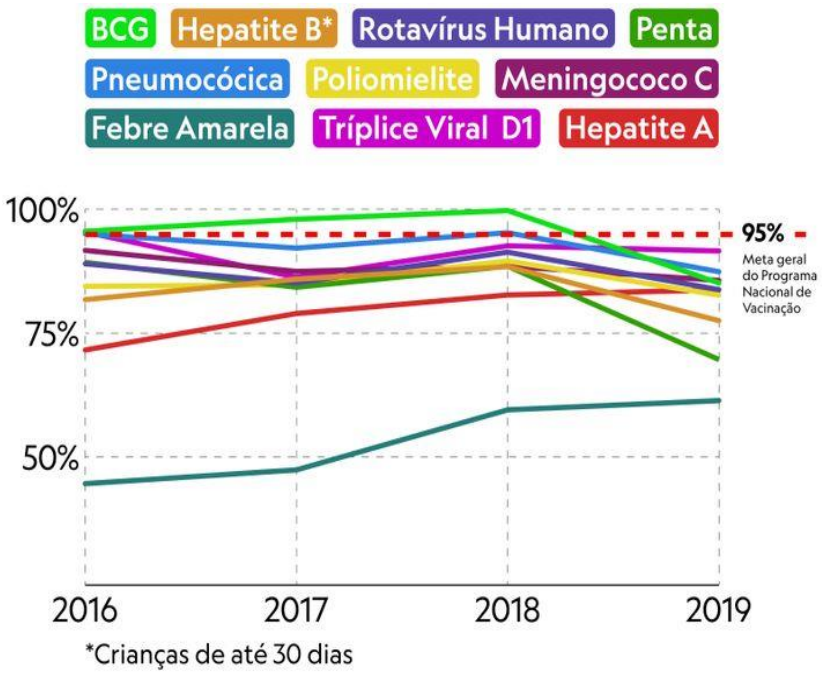
A objeção de consciência, como espécie do direito de resistência, "é a recusa ao cumprimento dos deveres incompatíveis com as convicções morais, políticas e filosóficas" (BUZANELLO, 2011, p. 174). Trata-se da "soma de motivos alegados por alguém, numa pretensão de direito individual em dispensar-se da obrigação jurídica imposta pelo Estado a todos, indistintamente" (BUZANELLO, 2011, p. 174). Especificamente na objeção de consciência à obrigação sanitária e tratamento médico, entende-se que seria a "recusa aos tratamentos sanitários obrigatórios impostos pelo Estado ou tratamento médico, quando limitam a liberdade individual ante uma decisão coletiva para prevenir determinada enfermidade". (BUZANELLO, 2011, p. 177).

De forma preambular, afasta-se a ideia de que a recusa à vacinação implicaria em prejuízo imediato à saúde da coletividade. Apesar de ainda haver poucas certezas acerca do comportamento epidemiológico e molecular da nova variante viral, estudo recente aponta que o limite da imunidade de rebanho estaria em torno de 0.67 no caso da COVID-19, mas podendo variar para mais ou menos, conforme outros estudos por este mencionados. Logo, aproximadamente 67% da população precisaria estar imune ao novo coronavírus para que ele pare de circular (RANDOLPH e BARREIRO, 2020).

Ou seja, mesmo havendo pequena parcela da população que se recuse a ser vacinada, o vírus da COVID deixaria de circular em razão da imunização vacinal da maior parte da coletividade, conforme análise técnica exposta na tópico anterior.

A *contrario sensu*, seria necessário que 30% (trinta por cento) da população arguisse a objeção de consciência à obrigação sanitária para que, de fato, houvesse o comprometimento da imunização de rebanho. Trata-se, por evidente, de número improvável de ser alcançado, especialmente se comprarmos à média histórica da cobertura vacinal de outras enfermidades, muitas delas superiores a 80% (oitenta por cento) da população.

Figura 02 - Cobertura vacinal no Brasil



Fonte: Sistema de Informações do Programa Nacional de Imunizações/SUS

Entretanto, mesmo imaginando a baixa adesão à vacinação, outra questão pragmática vem à tona: seria viável exercer o poder punitivo do Estado para a imposição de penas restritivas de liberdade ou de direitos em desfavor de 30% (trinta por cento) ou mais da população ? Evidente que não. Apenas regimes totalitários impõem determinados comportamentos sociais por meio da força e do medo. A questão de fundo perpassa por uma maior e melhor conscientização coletiva sobre a importância da vacinação do que pela opção ao aparelho repressor do Estado. Afirmar por dispositivo legal que determinada medida sanitária, essencialmente invasiva como a vacinação, é compulsória e/ou obrigatória é absolutamente inócua, diante da plena impossibilidade, seja legal ou prática, de real e efetiva punição de uma massa populacional.

Destaca-se, por fim, a proteção constitucional à objeção de consciência, "pois reflete a liberdade de crença e de pensamento, não de uma liberdade geral, mas de uma liberdade singular não pautada na igualdade entre os indivíduos" (BUZANELLO, 2011, p. 174). Por meio da nova hermenêutica constitucional, torna-se essencial vislumbrar o significado da juridicidade em algo sensível a

qualquer modificação da realidade em volta. Buscam-se, assim, opções para assegurar a felicidade pessoal, mediante a mínima intervenção do Estado na vida privada e maximização da promoção das liberdades individuais.

Do compromisso contemporâneo daí advindo, salientam-se características que repercutem atualmente no Direito, tais como: (1) o pluralismo de fontes e de sujeitos, (2) a proteção dos hipossuficientes, (3) o método narrativo na elaboração das normas; (4) a efetividade dos direitos fundamentais, de decisivo papel no âmbito das relações intersubjetivas; (4) o mínimo intervencionismo estatal na vida privada. No caso, algumas crenças ou concepções políticas ou filosóficas, por exemplo, não permitem a vacinação, tanto que uma simples questão de objeção particular pode se transformar em desobediência civil, como foi o caso da Revolta da Vacina, no Rio de Janeiro, em 1904 (BUZANELLO, 2011, p. 177).

CONCLUSÃO

Há muito se encontra consolidada a ideia da repersonalização do Direito, que conduz ao reconhecimento da primazia das situações existenciais, buscando dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Do ponto de vista finalístico, ao menos, o direito se despede da consideração de ser mero mecanismo de conservação da realidade existente, pois passa a ser instrumento de realização da justiça, de inclusão social, de concretização da solidariedade social, de garantia à dignidade da pessoa humana. Contempla, em especial, uma dimensão emancipatória do ser humano frente ao exercício do poder de polícia do Estado.

Faz-se necessário, por evidente, ponderar o interesse coletivo. Porém, incabível subjugar o núcleo duro e inatingível das liberdades individuais, sob o argumento de promover o *interesse da maioria*. Não nos faltam exemplos históricos em que o Estado, arvorando-se do papel de porta voz do povo, perpetrou o arbítrio. O povo não é o Estado e, como já afirmava a filósofa Ayn Rand, a menor das minorias é o indivíduo. A salvaguarda do regime democrático e da dignidade do ser humano pressupõe combater a superposição do argumento de proteção do interesse coletivo a qualquer preço, que acaba por impedir, na hipótese da objeção de consciência, a promoção de valores existenciais do indivíduo e que encontram proteção constitucional.

No caso da vacinação contra a COVID-19, a importância de sua efetivação como política pública é fundamental. Porém, a importância social não implica em outorgar ao Estado poderes irrestritos e discricionários, utilizando-se do aparelho repressor como meio coercitivo para promover a vacinação compulsória. A compulsoriedade prevista na Lei nº 13.979/20, em perfunctória análise, é flagrantemente inconstitucional.

Como primeiro argumento, afasta-se a alegada necessidade de vacinação de 100% (cem por cento) da população, bastando que, segundo o estudo acima citado, cerca de 70% (setenta por cento) esteja imunizada para que seja alcançada a imunização de rebanho. Refuta-se, portanto, que a objeção de consciência, neste caso, não poderá ser arguida em razão do perigo de contaminação de terceiros. O segundo argumento é de ordem pragmática: se o percentual de imunização de rebanho não for alcançado, pretende o Estado promover a persecução em massa com base no artigo 268 do Código Penal ? Adotar-se-á medidas restritivas de direito para milhões de pessoas que não se vacinarem ? Demonstra-se que a vacinação perpassa muito mais por uma política pública de conscientização do que essencialmente de repressão, especialmente quando a coação e medo não exprimem os objetivos de uma sociedade democrática.

Por fim, de ordem técnica, a arguida inconstitucionalidade encontra esteio no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) e nos direitos fundamentais que garantem a liberdade de consciência (art. 5º inc. VI, CRFB/88), a objeção de consciência (art. 5º, inciso VIII, CRFB/88) e a preservação da intimidade (art. 5º, inc. X, CRFB/88). Trata-se de prerrogativas individuais que integram o conceito dos direitos fundamentais ao estabelecer que há um direito à salvaguarda de diretos inatingíveis, que não pode ser objeto de intervenção do Estado, além de exigir prestações estatais positivas, com o intuito de garantir a dignidade humana. Pode-se afirmar que, sem a mínima proteção a tais direitos, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade, de tal forma que o núcleo essencial da dignidade não possa retroceder aquém de um limite, do qual absolutamente ninguém pode ser privado.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Roy; MAY, Robert. *Vaccination and herd immunity to infectiousdiseases*. Nature vol. 318, páginas 323–329, 1985. DOI: https://doi.org/10.1038/318323a0

ARAÚJO, Rosa Maria Barbosa de. *A vocação do prazer: a cidade e a família no Rio de Janeiro republicano*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

BRASIL. *Decreto n. 78.231 de 12 de agosto de 1976. Regulamenta a Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975*. Diário Oficial da União de 13 de agosto de 1976. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d78231.htm, Acesso em: 30 de novembro de 2020.

BUZANELLO, *José Carlos*. *Objeção de consciência: uma questão constitucional*. Revista de. Informação Legislativa. Brasília a. 38 n. 152 out/dez 2001

CANOUÏ, Etienne; LAUNAY, Odile. *Histoire et principes de la vaccination*. Revue des Maladies Respiratoires, vol. 36, páginas 74-81, 2019. DOI: https://doi.org/10.1016/j.rmr.2018.02.015

CARVALHO, Marieta Pinheiro de. *Uma idéia ilustrada de cidade – As transformações urbanas no Rio de Janeiro de D. João VI (1808-1821)*. Rio de Janeiro: Odisséia, 2008.

JEYANATHAN, Mangalakumari, et al. *Immunological considerations for COVID-19 vaccine strategies*. Nat Rev Immunol, vol. 20, páginas 615–632, 2020. DOI: https://doi.org/10.1038/s41577-020-00434-6

SANTOS, Norma; ROMANOS, Maria Teresa; WIGG, Marcia. *Virologia Humana*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

SCHAEFER, Fernanda. *Vacinação Obrigatória: entre o interesse individual e o social: a possibilidade de responsabilização civil em caso de recusa à imunização, páginas 417-427*. In: Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais. RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. Indaiatuba, São Paulo: Editora FOCO, 2020.

SCHORSKE, Carl. *La idea del ciudad em el pensamiento europeo: de Voltaire a Spengler*. *In:* Separata punto de vista, nº. 30, Buenos Aires, 1997.

SEVCENKO, Nicolau. *Literatura como missão: tensões sociais e criação cultural na Primeira República*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

PATRÃO, Benedicto Gonçalves. *De Debret a Marc Ferrez: higiene na família carioca oitocentista*. Rio de Janeiro: Folha Seca, 2016.

PLOTKIN, Stanley. *History of vaccinations*. PNAS, vol. 111(34), páginas 12283-12287, 2014. DOI: https://doi.org/10.1073/pnas.1400472111

RANDOLPH, Haley; BARREIRO, Luis. *Herd Immunity: Understanding COVID-19*. Immunity Primer, vol. 52(5), páginas 737-741, 2020. DOI: https://doi.org/10.1016/j.immuni.2020.04.012

RASHID, Harunor; KHANDAKER, Gulam; BOOY, Robert. *Vaccination and herd immunity: what more do we know? Current Opinion* in Infectious Diseases, vol. 25(3), páginas 243-249, 2012. DOI: 10.1097/qco.0b013e328352f727

RAPPUOLI, Rino; BLACK, Steve; LAMBERT, Paul. *Vaccine Discovery and translation of new vaccine technology*. The Lancet, vol. 378, páginas 360-368, 2011. DOI: https://doi.org/10.1016/S0140-6736(11)60440-6

ROTHBART, Renata. *Vacinação: direito ou dever? A emergência de um paradoxo sanitário e suas consequências para a Saúde Pública*. Dissertação de mestrado, Programa de Pós-graduação em Saúde Pública, Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, 2018.

A (IN)COMPATIBILIDADE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COM A METODOLOGIA CIVIL CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Luiz Gustavo Tiroli
Acadêmico de Direito da Universidade Estadual de Londrina
gustavo_tiroli@hotmail.com.

Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya
Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pesquisadora do grupo *Democracia, Cidadania e Estado de Direito - DeCIED* e junto ao Instituto Gilvan Hansen - IGH. Docente da Escola de Direito das Faculdades Londrina – EDFL.
naty.alfaya@gmail.com.

Resumo: A superação do formalismo jurídico dividiu a doutrina em relação a finalidade da norma na contemporaneidade. A metodologia civil-constitucional sustenta que a finalidade da norma consiste em cumprir a legalidade constitucional, interpretando o direito à partir de uma perspectiva unitária e sistemática. De outro lado, tem-se a metodologia da análise econômica do direito, inspirada no pragmatismo filosófico, determina que a norma tem um caráter meramente instrumental, sendo necessário compreender as consequências econômicas da sua aplicação, objetivando o melhor interesse da coletividade, ultrapassando os anseios dos indivíduos. Sendo assim, haveria possibilidade de se construir uma perspectiva teórica que balizasse a compatibilização entre as duas perspectivas metodológicas? Objetiva-se perquirir sobre a possibilidade de compatibilização entre a análise econômica do direito e a metodologia civil constitucional. O trabalho utiliza a técnica de revisão bibliográfica e o método histórico-indutivo. A pesquisa será desenvolvida por meio da abordagem qualitativa. O primeiro tópico versa sobre a análise econômica do direito, suas características e principais escolas. O segundo discorre sobre a metodologia civil constitucional a partir de Pietro Perlingieri. O terceiro perquire sobre a (in)compatibilização das metodologias, tendo como exemplo o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil brasileiro. Nas considerações finais, vislumbra-se que a análise interdisciplinar é a mais viável para a construção da harmonização entre as teorias, valendo-se da análise econômica do direito não como uma metodologia autônoma, mas como um instrumento à serviço da consolidação de um direito, que tenha como finalidade alcançar os valores constitucionais e evitar os ativismos e arbitrariedades do juízo na aplicação do direito ao caso concreto.

Palavras-chave: Análise econômica do direito; Metodologia civil-constitucional; Direito constitucional; Estabilidade institucional; Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

A finalidade da norma tem sido o principal objeto de debates na doutrina contemporânea, sobretudo a partir da superação do formalismo jurídico. Surgem assim, duas principais concepções: a corrente civil-constitucional, que compreende que a finalidade da norma consiste em concretizar os valores emanados do texto constitucional, ainda que seja necessário se sobrepor as regras, tratando da aplicabilidade da força normativa da Constituição. E de outro lado, tem-se uma metodologia de compreensão do fenômeno jurídico alicerçada no pragmatismo filosófico denominada de análise econômica do direito, em que a finalidade da norma é compreendida a partir de suas consequências econômicas, visando privilegiar o interesse social sobre a realização pessoal.

Neste aspecto, haveria possibilidade de se construir uma perspectiva teórica que balizasse a compatibilização entre as duas perspectivas metodológicas? De que maneira a análise econômica do direito pode ser enquadrada na legalidade constitucional? Objetiva-se compreender os principais aspectos da análise econômica do direito e sua possível compatibilidade com a metodologia civil-constitucional para a estabilidade institucional da prestação jurisdicional no Estado brasileiro.

Para a compreensão desses fenômenos, o trabalho utiliza-se da técnica de revisão bibliográfica e do método histórico-indutivo, que corresponde a extração discursiva do conhecimento, através da demonstração das características da análise econômica do direito, generalizando premissas menores até chegar em sua relação com a axiologia constitucional. A problemática da pesquisa será desenvolvida por meio da abordagem qualitativa, com intuito de analisar os objetivos em uma perspectiva descritiva e exploratória, a partir da técnica de revisão bibliográfica da literatura pertinente ao assunto.

Na consecução do objetivo acima delineado, o primeiro tópico aborda as principais características da análise econômica do direito e sua conceituação no aspecto jurídico-normativo contemporâneo, percorrendo sucintamente sobre as duas principais escolas que desenvolveram pesquisas e contribuíram para a construção dessa metodologia de compreensão do fenômeno jurídico. Na sequência delineia-se sobre a perspectiva teórico-metodológica do direito civil constitucional, conceituando e elencando as características dessa corrente,

sobretudo a partir do principal representante, Pietro Perlingieri.

Por fim, perquire-se sobre o art. 944, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, analisando sua aplicação à luz da análise econômica do direito e da legalidade constitucional. Discorrendo sobre a (in)compatibilidade da análise econômica do direito com a metodologia civil-constitucional, no intuito de verificar a possibilidade de harmonização das concepções rumo a construção do equilibro teórico entre as metodologias, de modo a avançar na compreensão quanto a finalidade da aplicação da norma jurídica no cenário contemporâneo.

1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: CONCEITO E PRINCIPAIS ESCOLAS

A conceituação de Análise Econômica do Direito está relacionada a uma metodologia de compreensão do fenômeno jurídico fortemente influenciada pelo pragmatismo filosófico e pela lógica consequencialista, de modo que o foco do estudo não seja a investigação do fenômeno causador, mas o fim que se objetiva alcançar e os meios necessários a serem empregados para tal concretização. Sendo assim, há uma determinada valorização da experiência em detrimento da dogmática e do formalismo jurídico.

A análise econômica do direito objetiva prever os impactos da norma jurídica na economia, valendo-se de instrumentos como as técnicas de econometria e as teorias econômicas, pode-se prever os efeitos das sanções legais no comportamento social dos indivíduos, "pois as sanções se assemelham aos preços de tal modo que as pessoas reagem àquelas da mesma forma que a esses" (TEIXEIRA; SINAY; BORBA, 2014, p. 192). "Encaram-se as instituições legais não como elementos alienígenas do sistema econômico, mas sim como variáveis a ele pertencentes, e analisam-se os efeitos que as alterações nessas variáveis provocam na economia como um todo" (MARISTELLO PORTO, 2013).

Nesta perspectiva, destaca-se a Escola de Chicago, liderada por Richard Posner, sendo considerada a mais radical por compreender a eficiência como o fundamento ético do direito, ou seja, a aplicabilidade da norma e a sua interpretação estariam condicionadas a máxima efetividade que se poderia alcançar no caso concreto. Os conceitos de justiça e de eficiência se confundem, tal radicalismo fez com que seus adeptos abandonassem tal concepção e adotassem o pragmatismo jurídico, compreendendo que a norma jurídica não se constitui

como um fim em si mesma, mas sendo um incentivo para atingir determinados objetivos que são delineados pela concepção de justiça.

> O pragmatismo jurídico vai rejeitar o conservadorismo político, na forma como são associadas as ideologias liberais (como o direito de propriedade), e vai defender a ideia de que a norma jurídica não é um fim em si mesmo, devendo funcionar como um incentivo para atingir objetivos (mais eficientes) perseguidos pela noção de justiça. Sendo assim, diante do caso concreto, o juiz vai analisar as consequências e tomar a decisão que, considerados os valores que regem o ordenamento jurídico, alcance a maior eficiência (TEIXEIRA; SINAY; BORBA, 2014, p. 194).

A Escola de Yale, tendo como principal expoente o italiano Guido Calabresi, tem como objetivo compreender de que maneira o sistema jurídico e normativo pode minimizar os custos de acidentes. Neste aspecto, o direito utilizando-se dos conceitos da economia, objetiva construir o senso de justiça baseado nos custos e benefícios que a aplicabilidade da norma jurídica ocasionaria para a sociedade, ou seja, "primeiro, elas [as normas] devem ser justas; segundo, elas devem reduzir os custos dos acidentes" (CALABRESI, 1970, p. 24).

A análise econômica do direito é alicerçada em algumas características específicas que permitem delinear o movimento, tais como o conceito de escassez, a maximização racional e a eficiência. Por escassez compreende-se o núcleo central da economia, ou seja, dado que os recursos disponíveis não são infinitos, deve-se adotar uma postura que compreenda que determinadas escolhas impelem a outras consequências não escolhidas, abre-se mão de uma coisa para se ter outra. A título de exemplo, as políticas públicas são instrumentos utilizados pelo governo para alocar recursos em determinadas áreas em detrimento de outras, ou seja, a destinação de recursos para a saúde incorre na não aplicação desses recursos na segurança (SALAMA, 2010).

A maximização racional "baseia-se na ideia de que o ser humano sempre tenta maximizar seus ganhos (seu bem-estar, sua felicidade, seus interesses pessoais etc.) em qualquer esfera de sua vida, e não apenas em assuntos financeiros, que digam respeito aos lucros monetários" (TEIXEIRA; SINAY; BORBA, 2014, p. 188). Neste sentido, para a análise econômica do direito, o indivíduo só age mediante o estímulo de visualizar a obtenção de ganhos superiores as perdas, decisão tomada mediante reflexão e racionalização em torno do custo-benefício. Tal perspectiva é criticada por economistas, tais como Amartya Sen (2012), ganhador do prêmio Nobel de economia em 1998, que concebe que a abordagem,

baseada no auto interesse, afasta a incidência da ética no processo de tomada de decisão.

Por fim, a eficiência consiste na maximização de riqueza a partir de raciocínios que considerem o custo-benefício de determinada ação. Por eficiência entende-se a ampliação do tamanho do "bolo da riqueza", enquanto que a justiça/equidade corresponde ao processo de "divisão do bolo" (POLINSKY, 2003). Sendo assim, a busca pela eficiência na perspectiva da análise econômica do direito estaria de acordo com os preceitos constitucionais, haja vista que erradicar a pobreza e minimizar as desigualdades sociais e regionais constituem objetivos da República consubstanciados no art. 3°, inciso III da Constituição Federal de 1988.

> O direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição. Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade, (...) Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federa de 1988, que a elevou, como se vê, à posição de um dos objetivos fundamentais da República (PIMENTA, 2006, p. 25).

Entretanto, as críticas entorno da aplicação desse princípio no direito está relacionada ao processo decisório e a formação dos agentes julgadores.

> Buchanan (2000) também critica a utilização do conceito de eficiência econômica como um norte, no estudo e na aplicação do direito. O autor argumenta que, além de a lei não ter como função maximizar riquezas, os juízes também não têm formação adequada (em economia) para aplicar corretamente os postulados e as teorias econômicas nos casos concretos (TEIXEIRA; SINAY; BORBA, 2014, p. 190).

A eficiência pode-se subdividir ainda em outras duas correntes, dada a sua importância para a análise econômica do direito: eficiência de Pareto e eficiência de Khaldor-Hicks. A primeira diz respeito a uma premissa básica, a eficiência só se concretiza se for possível ampliar as condições de vida de um indivíduo sem incorrer na piora de outrem. Tal perspectiva acentua as desigualdades sociais, haja vista que a alocação de recursos em um único indivíduo está correto à medida que não se deve retirar dele para realizar a redistribuição, haja vista que esta ação incorreria na piora de vida deste com os recursos centralizados.

> A renomada Professora da USP Rachel Sztajn nos preleciona que o de Pareto é mais comumente utilizado e significa que os bens devem ser transferidos de quem os valoriza pouco, em favor daqueles indivíduos que mais os valorizam. Deste modo, haveria eficiência, de acordo com Pareto, sempre que houvesse uma transação que viesse a melhorar a situação de uma pessoa, sem que a de outra pessoa fosse piorada (PIMENTA; LANA, 2010, p. 107).

O segundo, baseia-se em uma premissa mais elaborada, haverá possibilidade de eficiência ainda que a vida de alguns indivíduos piore em detrimento da melhora de outrem, desde que haja a previsão de compensação desse desequilíbrio. Entretanto, assim como a perspectiva de Pareto, a eficiência segundo Khaldor-Hicks foca na construção da riqueza, sem preocupar-se com a efetiva distribuição (SALAMA, 2008).

> Tem-se a eficiência de Kaldor-Hicks, portanto, quando o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total. Haverá um ganho real no bem-estar da sociedade quando a redistribuição da riqueza importe que os agentes econômicos não desejem retornar à posição original, embora ainda recebessem, em dinheiro, o valor correspondente ao acréscimo em seus bens e serviços (PIMENTA; BOGLIONE, 2008, p. 101).

Tanto em uma perspectiva quanto noutra, a aplicação da análise econômica do direito sem uma postura crítica e reflexiva por incorrer no afastamento da tutela dos direitos fundamentais e inviabilizar a concretização da legalidade constitucional. O fim último do ordenamento é a proteção a pessoa humana, não se pode admitir que o indivíduo esteja a serviço da eficiência, mas ao contrário, perquirir formas de garantir que a análise econômica do direito seja um instrumento para a concretização dos direitos fundamentais em consonância com a axiologia constitucional.

2 A PERSPECTIVA TEÓRICO-METODOLÓGICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL EM PIETRO PERLINGIERI

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais passaram a irradiar normatividade para todo o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que outrora sendo apenas limitadora para o processo de desenvolvimento da legislação infraconstitucional; a Constituição torna-se vetor hermenêutico, devendo, assim, a ordem jurídica ser interpretada a partir do epicentro axiológico emanado do arcabouço constitucional.

Houve uma inversão do alvo de preocupações do direito dogmático tradicional, de modo que a proteção da pessoa humana se tornou o fim último do direito. Para o ministro Luiz Edson Fachin (2003, p. 17-18), a "Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdade do século XIX, em especial do Código Napoleônico", migrando para uma concepção que valoriza a subjetividade, a dignidade e o desenvolvimento humano nas relações interpessoais. Neste contexto, o Código Civil de 2002 fora alcançado pelos valores constitucionais, impactando a sua construção e interpretação, que outrora vinculado ao caráter patrimonialista, galgou para concepções relativas a tutela da pessoa humana.

> Eis o que sustentamos: opera-se, pois, em relação ao Direito dogmático tradicional, uma inversão do alvo de preocupações do ordenamento jurídico, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana, como instrumento para seu pleno desenvolvimento. Nossa tese, pois, é a de que a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegiam a subjetividade, o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais. É por isso que cabe enfatizar a concepção plural de família presente na Constituição, apta a orientar a melhor exegese do novo Código Civil brasileiro (FACHIN, 2003, p. 33).

Pietro Perlingieri, expoente e precursor dos estudos relacionados à metodologia do direito civil constitucional, propõe uma reformulação do estudo do direito, ao sustentar que o direito é uma ciência social que não pode ser compreendida dissociada da filosofia, da história e da sociologia (NOGUEIRA, 2010). Além de ter contribuído "para a consolidação de uma metodologia que vem se revelando um importante instrumento para a concretização dos valores existenciais privilegiados pela Lei Maior e para a consequente constitucionalização do Direito Civil", sustentado que a norma, sendo clara ou não, deve ser interpretada conforme os valores e princípios "do ordenamento, e deve resultar em um processo argumentativo não somente lógico, mas axiologicamente conforme às escolhas de fundo do ordenamento" (PERLINGIERI, 2002, p. 597).

A metodologia de interpretação do fenômeno jurídico denominada de direito civil constitucional sustenta que se deve compreender os institutos históricos e tradicionais do direito civil à luz da axiologia constitucional. "Isto significa reler todo o ordenamento jurídico à luz da Constituição e dos valores fundamentais nos quais ele se baseia" (PERLINGIERI, 2019, p. 07).

Os paradigmas do direito civil necessitam ser iluminados pela Constituição Federal, de modo que "não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil, mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares" Neste sentido, "o que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas" (SCHREIBER, 2019, p. 53).

Para tal, torna-se fundamental compreender o conceito de ciência jurídica pela perspectiva da função prática, a fim de impedir que se incorra em uma ciência jurídica abstrata, que não se adere à realidade (política, social, econômica), mas considerando a necessidade de resolver os problemas concretos dos seres humanos. Entretanto, tal concepção não está vinculada ao pragmatismo jurídico, que por natureza, renega o próprio direito, e sua natureza de dever-ser.

Também não se trata de jusnaturalismo, pois a necessidade "em se aplicar a uniformidade em prol da legislação constitucional, utilizando todas as potencialidades ínsitas ao ordenamento jurídico, no respeito substancial ao mesmo" não decorrem da abstração, tais preceitos axiológicos emanam de uma decisão política e ética presentes nas normas constitucionais, elegidas pela sociedade em determinada quadra histórica (PERLINGIERI, 2019, p. 7). Para Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 107), tais valores são "extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza".

Não se tratando de pragmatismo jurídico e nem jusnaturalismo, a metodologia civil constitucional sustenta que o direito civil não pode ser compreendido como um conjunto de valores isolados da realidade em que está e fechado em si, uma vez que este compõe o "sistema solar" em que o "sol" é a Constituição Federal (LORENZETTI, 1998, p. 45). A autonomia privada, que outrora norteava a práxis do direito civil, não deixa de existir e atuar, mas a sua funcionalidade é redirecionada para a concretização dos valores constitucionais (TEPEDINO, 2015).

> A norma não assume só seu significado em si mesma ou no Código em que se insere, mas sim no sistema ao qual pertence (no caso do Direito Civil, o Código Civil e a Constituição Federal). A Carta Constitucional representa o momento da realidade interna do ordenamento jurídico. Significa que não é mais possível distinguir o Direito Constitucional do Direito Civil, que não é mais possível se falar em Direito Público e Direito

> Privado. Todo o ordenamento jurídico tem os mesmos valores e os mesmos princípios fundamentais para todo o sistema. A verdadeira interpretação jurídica não pode ser literal, não pode ser lógica: deve ser sistêmica e axiológica (PERLINGIERI, 2019, p. 4).

Por isso, entende-se ordenamento jurídico como um conjunto de normas destinadas a viabilizar a ordem de uma determinada sociedade segundo um determinado contexto histórico e social. É centralizado, lógico, orgânico, sistemático e sobretudo uno, não se limita exclusivamente ao direito positivado. A unidade somente poderá ser assegurada a partir da centralidade entorno do texto constitucional, detentora da tábula de valores da sociedade (MORAES, 2003). A exemplo do ordenamento jurídico italiano, Perlingieri sustenta que alguns direitos civis não encontram respaldo, tutela, disciplina ou regulamentação no Código Civil, mas muitas vezes no texto constitucional. "Alguns direitos ou deveres, que no plano das relações sociais e civis se traduzem em situações existenciais mesmo de relevância civilística, não encontram disciplina no Código Civil, mas naquele Penal ou nas leis "especiais" do Direito Administrativo". Desta forma, faz-se necessário sustentar a confirmação da unidade do ordenamento.

> Tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação desse processo complexo há de ser feita à luz dos princípios emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas (TEPEDINO, 2015, p. 229).

Deste modo, a metodologia do direito civil constitucional estabelece que, diante da complexidade das realidades sociais e da necessidade do direito trazer respostas a situações cada vez mais diversificadas, os institutos clássicos do direito civil devem ser relidos à luz da axiologia constitucional, em obediência as escolhas políticas e éticas da sociedade, sobretudo a partir do princípio da dignidade humana, em face da relativização da dicotomia entre o direito público e o direito privado.

3 A (IN)COMPATIBILIDADE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COM A METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Dado a conceituação e explanação acerca da metodologia de interpretação do fenômeno jurídico denominada de civil constitucional, faz-se necessário acentuar que tal perspectiva não admite que o poder econômico ou que matrizes meramente econômicas sejam capazes de vincular a atuação do legislador na

elaboração das leis e do agente julgador na aplicação das normas, valendo-se da economia como condicionante da hermenêutica. Uma visão metodológica balizada exclusivamente por argumentos econômicos contraria a legalidade constitucional, "pela sua unilateralidade e pela sua substancial função individualista, materialista e conservadora" (PERLINGIERI, 2002, p. 63).

O receio de Pietro Perlingieri em relação à denominada "*economic analysis*" é que ela possa aglutinar a teoria global do direito pela perspectiva da racionalidade instrumental do mercado, limitando a ciência jurídica e desconsiderando os aspectos e consentimentos políticos que estão relacionados ao processo de elaboração e aplicação do direito.

Para tanto, elenca quatro considerações que devem ser observadas a fim de se concretizar a possível compatibilidade entre a análise econômica do direito e a legalidade constitucional. Primeiro, a motivação humana não pode ser analisada exclusivamente sob o prisma mercadológico, haja vista a pluralidade de manifestações, não sendo possível reduzi-la a argumentos utilitaristas. Segundo, o direito da economia deve ser interpretado através das leis do mercado, mas admitir intervenções políticas que possibilitem a construção da justiça social. Terceiro, aprioristicamente, a análise econômica do direito é incompatível com a concretização da dignidade da pessoa humana e com a tutela dos direitos da personalidade. Quarto, a análise econômica do direito descuida de observar a resolução dos conflitos a partir das particularidades objetivas e subjetivas (PERLINGIERI, 2002).

Em que pese as considerações de Perlingieri, o autor não descarta a possibilidade da análise econômica do direito ser utilizada como um instrumento para a concretização da legalidade constitucional, desde que observe-se os elementos que precisam ser considerados ao tentar-se construir uma ponte que possibilite uma compatibilização entre as perspectivas metodológicas.

Sendo assim, na perspectiva da axiologia constitucional tem-se como arcabouço basilar a dignidade da pessoa humana prevista como fundamento da República no art. 1°, inciso III da Constituição Federal de 1988, que poderia barrar a aplicação da análise econômica do direito como metodologia autônoma, mas não afastar sua utilização como ferramenta acessória, por ser considerada útil no processo de aperfeiçoamento da aplicação do direito no caso concreto.

Por um lado, tem-se a escola da análise econômica do direito que vislumbra a eficiência como fundamento da justiça e objetiva analisar e perquirir

sobre as consequências práticas da aplicação da norma, visando o bem coletivo em detrimento da realização individual. Por outro, tem-se a escola da axiologia constitucional, que visa priorizar os princípios e os valores constitucionais e sua aplicação na concretização da dignidade da pessoa humana, epicentro axiológico do ordenamento jurídico brasileiro.

> Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância no vácuo da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no direito, hoje, tudo se tornou relativo, ou ponderável, sim, mas em relação ao único valor capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana (MORAES, 2003, p. 149).

Neste contexto, tanto legislador como o intérprete devem promovem a axiologia constitucional e não permitir que a busca pela eficiência ofusque a tutela da dignidade da pessoa humana. Todavia, em que pese a aparente contradição entre as concepções sobre o fenômeno jurídico contemporâneo, a análise interdisciplinar constitui-se na mais viável para a construção da harmonização entre as teorias, valendo-se da análise econômica do direito não como uma metodologia autônoma, mas como um instrumento à serviço da consolidação de um direito que tenha como finalidade alcançar os valores constitucionais e evitar os ativismos e arbitrariedades do juízo na aplicação do direito ao caso concreto.

Destarte, perquire-se sobre o art. 944, parágrafo único do Código Civil brasileiro que determina que "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização" demonstrando uma determina preocupação do legislador com os efeitos econômicos da aplicabilidade da norma jurídica, tendo no dispositivo uma demonstração da realização de uma leitura do fenômeno jurídico a partir da análise econômica do direito.

Todavia, a redução, na análise do caso concreto, não pode ser arbitrária, pois os gastos efetivados em prevenção somados ao valor da indenização não poderão jamais ser inferiores ao custo ideal de prevenção aferido. Do contrário, a decisão será ineficiente do ponto de vista econômico.

> Segundo a regra de Hand, se os gastos com prevenção forem inferiores à probabilidade de dano multiplicada pelo custo médio do dano, a conduta será considerada culposa. Haverá casos, contudo, em que a diferença entre os gastos de prevenção, de um lado, e a resultante da multiplicação da

> probabilidade do dano com o custo desse dano, de outro lado, será irrelevante. Nesses casos, teria vez o parágrafo único do art. 944 do CC (TEIXEIRA; SINAY; BORBA, 2014, p. 194).

De qualquer forma, na aplicação do caso concreto e em face da formação acadêmica do juiz, tem-se adotado a perspectiva de que a indenização deve, em regra, medir-se pela extensão do dano, limitado pelo patrimônio mínimo das partes, fundamentando a decisão com base no direito à propriedade privada e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social que deverão ser ponderados na análise do caso concreto. Neste aspecto, em que pese a problemática na aplicação da metodologia, não se pode afastar sua importância como instrumento de aplicação e aprimoramento do direito. (MONTEIRO FILHO, 2008).

> Não se nega que possa ser útil o emprego de esquemas e critérios microeconômicos para "escrutinar o direito" e para avaliar a congruidade de seus institutos. É, todavia, necessário ter a consciência que se é verdade que a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, ela sozinha não consegue representar a especificação e a complexidade da ciência jurídica (PERLINGIERI, 2002, p. 64).

Assim sendo, perquire-se sobre os espaços de consenso entre a análise econômica do direito e a axiologia constitucional, e sobretudo a possível harmonização entre as concepções teóricas. A metodologia civil-constitucional ocupa-se de compreender o fenômeno jurídico a partir da axiologia constitucional, de modo que os princípios e valores emanados da Carta Magna devam ser aplicados nas relações jurídicas entre os indivíduos e para com o Estado. Entretanto, tal perspectiva sem uma determinada criteriologia poderia incorrer em arbitrariedades e ativismos judiciais quando o juízo adota uma postura proativa que ultrapassa as suas competências institucionais, trazendo instabilidade para o sistema jurídico e consequentemente para a democracia.

> Não há razão para que se elimine a avaliação de eficiência na escolha entre duas soluções justas. Aliás, não raramente a solução justa será a solução eficiente, por uma própria coincidência prática entre os valores impostos pela ordem jurídica e a equação proposta pela teoria econômica. Às vezes essa coincidência não ocorrerá e acabará por prevalecer a solução justa, embora ineficiente. Não é possível saber a priori quando e em que medida a eficiência será útil à tomada da decisão; é certo, porém, que a sua consideração ou, em termos mais gerais, a consideração das consequências da decisão, pode ser proveitosa (MENDONÇA, 2012, p. 119).

A harmonização entre as perspectiva metodológicas poderiam contribuir para a redução de ativismos judiciais a medida em que, na aplicação da

axiologia constitucional na perspectiva da escola civil constitucional, o juízo adota critérios que possam ser encontrados na perspectiva da análise econômica do direito, sendo esta última um instrumento da primeira, não podendo nunca ser concebida como metodologia autônoma de aplicação do direito, haja vista que pela lógica da legalidade constitucional, faz-se necessário a compreensão do ordenamento jurídico como sistema integrado e uno.

CONCLUSÃO

A análise econômica do direito e a escola civil-constitucional são metodologias que objetivam compreender o fenômeno jurídico a partir de perspectivas divergentes, a primeira preocupa-se com o caráter pragmático da aplicação da norma jurídica, analisando os efeitos que o direito gera na economia, enquanto que a segunda tem como fundamento a consolidação dos valores e princípios constitucionais, sobretudo a tutela da dignidade da pessoa humana na aplicação do direito.

Todavia, no aparente conflito entre estas concepções metodológicas, não pode o legislador ou o intérprete permitir que a máxima efetividade da força normativa constitucional seja dirimida em face da eficiência, uma vez que esta serve ao indivíduo e não o contrário. Sendo assim, a discussão interdisciplinar pode aprimorar a prestação jurisdicional, não permitindo que a análise econômica do direito seja concebida como uma metodologia autônoma, mas como um instrumento efetivo e viável na consolidação da axiologia constitucional.

A análise econômica do direito seria um instrumento de efetivação e consolidação da axiologia constitucional tutelada pela perspectiva civil constitucional, uma vez que a primeira foca nas consequências, enquanto que a segunda ocupa-se dos valores e dos princípios, possibilitando que ao decidir, o juízo possa ter critérios para aplicação do direito ao caso concreto, sem contudo incorrer em ativismos e arbitrariedades resultantes da aplicação das perspectivas de maneira autônoma no sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, A. B. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, jul.-dez. 2006.

CALABRESI, G. *The cost of accidents* – a legal and economic analysis. New Haven: Yale University Press, 1970.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

MARISTELLO PORTO, A. J. *Análise Econômica do Direito* (AED) – Apostila do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio. Colaborador Guilherme Mello Graça. Segundo semestre de 2013.

MONTEIRO FILHO, C. E. R. Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: faChin, L. E. (coord.). *Embates jurídicos e utopias contemporâneas*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana*: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (org.). Constituição, direito fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Estudos em homenagem a Pietro Perlingieri análise da obra: o direito civil na legalidade constitucional. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. v. 38. n. 02: 581-604, 2010. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/18524-Texto%20do%20artigo-70051-1-10-20120216%20(3).pdf. Acesso em: 29 maio 2020.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoes-privadas/. Acesso em: 29 mar. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. O princípio da preservação da empresa em crise económico financeira em Direito & Economia. *Revista Faculdade Mineira de Direito* (PUCMG), vol. 11, p. 101, 2008.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

POLINSKY, M. A. *An introduction to law and economics*. 3. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2003.

SALAMA, B. M. Apresentação. In: SALAMA, B. M. (coord.). *Direito e economia*: Textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019.

SEN, A. K. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TEIXEIRA, Pedro Farias; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. *A análise econômica do direito na axiologia constitucional***.** Rio de Janeiro: Biblioteca do BNDES, 2014. Disponível em https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3685/2/A%20an%C3%A1lise%20econ%C.dsa AcessoAcess3%B4mica%20do%20direito_P_BD.pdf. Acesso em: 07 fev. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. *Boletim Científico*. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.17, p. 223-235 – out/dez., 2015.

DIREITO DE MORRER NO BRASIL E NO MUNDO[1]

ANDRÉ LUIZ COSTA
Universidade Estácio de Sá, Professor e Pesquisador Produtividade, Ciências Jurídicas, Rio de Janeiro, Brasil.
andreluizcostadir@gmail.com

Resumo: Este artigo é parte da dissertação de mestrado defendida em 2019 na Universidade Veiga de Almeida. O valor supremo da vida é limitado pela certeza da morte. Diversos são os infortúnios que se apresentam como obstáculos para usufruir uma vida plena. É consensual que a medicina evoluiu nos últimos anos, com avanços científicos em diversos diagnósticos, mas algumas enfermidades ainda permanecem sem explicação, sem cura ou com dificuldades de tratamento, gerando dor e sofrimento aos seus portadores. Como resultado, a solução para algumas pessoas parece ser a morte assistida, o que implica a inserção do problema na esfera jurídica. O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a aplicação das leis que protegem os direitos da personalidade, aí incluída a dignidade da vida e, eventualmente, da morte. Como objetivos específicos, o de verificar se a morte é um direito e estudar como a técnica da ponderação pode ser utilizada para garantia do direito à morte. A metodologia da pesquisa é a revisão integrada dos autores que abordam o tema, bem como da legislação pertinente.

Papalvras-chave: Morte assistida; Dignidade humana; Direitos da personalidade.

INTRODUÇÃO

A afirmação dos Direitos Humanos sempre implicou em manifestações contrárias ao cerceamento da vida por entender que se trata de um direito inato do ser humano, considerado como o bem maior que uma pessoa pode ter. Dessa forma, revelar o desejo de morrer ainda é um tabu, mesmo quando a vida não goza do patamar mínimo existencial, que é a dignidade e o bem estar. Porém, morrer pode ser considerado algo bom, uma libertação para uma pessoa, por exemplo, cansada de sofrer, entrevada há anos em uma cama com graves limitações e dores.

[1] Agradecimento ao apoio financeiro do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA.

Os Direitos Humanos surgiram com a perspectiva de tornar a vida humana um bem maior e vem ao longo dos séculos se desenvolvendo em suas mais variadas vertentes, garantido ao homem o máximo de possibilidades na luta que enfrenta consigo memo.

Não há como quantificar as pessoas que podem estar neste momento querendo acabar com o sofrimento que as incapacita de viver plenamente, desejando uma morte honrada para si com o objetivo de fazer cessar tal sofrimento, querendo livre e conscientemente deliberar sobre a própria vida, mas, pelo direito posto, não há norma que autorize expressamente os cidadãos a optarem pela morte.

No Brasil, as leis disciplinam o direito à vida, mas não a escolha sobre a morte. Contudo, esta pode ser observada de forma reflexa, implícita, pois se trata de direito natural que decorre da própria vida.

Justifica-se o interesse desta pesquisa em analisar a morte assistida sem colidir com a ordem imposta pelo Estado e com o entendimento social.

A investigação tem como objetivo geral: promover uma reflexão sobre a dignidade da pessoa humana confrontando com 'direito à morte' digna. O objetivo específico é o de traçar um procedimento para viabilizar a garantia proposta, com base no Direito Comparado, especialmente dos países que admitem que o indivíduo busque a tutela da morte no Poder Judiciário, como a Bélgica, por exemplo.

Para instrumentalizar a pesquisa, será desenvolvida pesquisa bibliográfica, tendo como fontes livros, monografias, artigos científicos, publicações periódicas, impressos diversos, assinadas por autores contemporâneos, mas sem se esquivar das lições dos clássicos, em âmbito nacional e internacional. Será realizada também pesquisa documental em sítios eletrônicos de organismos e instituições que exerçam atividades relacionadas aos assuntos objeto de estudo, assim como na legislação brasileira e estrangeira sobre os temas.

1.Direito da personalidade no Brasil

O Direito é um fenômeno profundamente social e revelador de sua própria sociedade. Toda mudança na sociedade representa seu caráter inovador perante si próprio, mas que não deixa de sofrer influências do direito positivado

que historicamente se contextualiza com as inovações sociais (FACHIN, 2012, p. 206).

É por esta razão que o próprio direito escolhe o que é valor ou não no seio social, trazendo a inovação, nem sempre boa, nem sempre justa, mas originária, pois advém do Direito positivado histórico com os valores sociais.

Afirma Kellehear (2013, p. 15) que todo ser humano conhece e sabe o que seja a morte, afirmando que morrer dura apenas alguns segundos ou ocasionalmente minutos. A morte representa o fim da pessoa, o fim de sua personalidade, o fim da vida vivida.

A Constituição Federal de 1988 preconiza o direito à vida como algo inviolável com fundamento na Dignidade da Pessoa Humana. Quando acaba a dignidade e começa uma vida indigna, devem ser ponderados o direito à vida e o direito à liberdade para optar pela própria morte. Frente ao ordenamento jurídico, este último é o mais difícil de ser concretizado por aquele que deseja uma "morte boa".

O direito de personalidade não é somente imprescritível, mas também oponível *erga omnes,* o que significa dizer que o titular desse direito pode requerer uma abstenção social geral de violação do seu próprio direito, que não se caracteriza pelo viés patrimonial.

Em que pese à irrenunciabilidade ao direito de personalidade humana, esta característica mostra-se relativa, já que por exigência médica é possível dispor do próprio corpo, ainda que para fins de transplantes.

É importante ressaltar que o direito de optar pela morte não se trata de mais um direito subjetivo abstrato, mas, sim, algo que deve ser posto como possibilidade ao cidadão como opção que faz no decurso (final) de sua vida, sem relativizar as escolhas humanas por meios legislativos. A garantia da autonomia da pessoa deve ser assegurada não apenas pela via da judicial, uma vez que se trata de um dos direitos mais importantes da personalidade, ao lado do direito à vida.

Suicídio é diferente da morte assistida (onde há uma equipe médica e assistência psicológica para avaliar as razões pelas quais o indivíduo deseja a morte).

A morte assistida deve ser classificada como espécie de direito de personalidade aplicado apenas a casos excepcionais, com o objetivo de dar

efetividade completa à dignidade da pessoa humana. Embora seja "velado", trata-se de um direito de primeira geração, oponível contra o Estado, afinal, o Poder Legislativo brasileiro não se ocupa em investigar se caberia um espaço para o cidadão decidir sobre a própria vida.

Os direitos da personalidade não eram protegidos pelo Código Civil de 1916, devido ao seu caráter eminentemente patrimonialista, com proteção destacada aos bens e à propriedade. A evolução da sociedade deu espaço para elevar a pessoa humana, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Os direitos naturais do ser humano passam a ser positivados, tais como a vida, a honra, o afeto, a solidariedade, a liberdade, etc. A Constituição de 1988 enfatizou o homem como sujeito de direitos e garantias, a tutela de interesses privados se deu também em razão do fato de que o Código Civil de 1916 estava obsoleto diante do salto de evolução da sociedade, especialmente a partir da década de sessenta, quando Miguel Reale foi chamado para capitanear um novo código.

Com o Código Civil de 2002, foi trazido o Livro I das pessoas, delineando os direitos da personalidade em codificação específica, definiu os entre os artigos 11 a 21, especificando que tais direitos são "intransmissíveis e irrenunciáveis". Contudo, o Código com vigência em 2003 não trouxe grandes novidades. Conforme Tepedino (2001, pp. III-V), o legislador foi "engenheiro de obras feitas", pois consagrou direitos que já estavam previstos desde outubro de 1988.

A moralidade moderna não compreende os avanços da medicina. E exatamente por esse motivo na Primeira Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada nos dias 12 e 13 de setembro de 2002, o enunciado número 2, referente à Parte Geral do Código Civil, deixa claro o entendimento em que há necessidade de se contextualizar novas leis: "Artigo 2º: Sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprogenética humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio". O texto deixa claro, já no ano de 2002, que muito seria modificado quanto ao conceito de personalidade.

Após a Constituição de 1988, um dos maiores desafios apresentado talvez seja entender o que vem a ser a tutela da pessoa humana em sua dignidade. A tarefa é extremamente árdua, pois devem convergir a Constituição, sua dinâmica em relação aos cidadãos, o Código Civil e diversas concepções que se

formam sejam doutrinariamente ou no âmbito do Judiciário, que é provocado constantemente com demandas sobre a personalidade das pessoas.

A inovação em relação à pessoa é perfeitamente vista nos direitos fundamentais que se irradiam em todos os outros ramos do Direito. Neste viés, a Constituição Cidadã se apresenta como um organismo vivo altamente influenciador dos diversos entendimentos para cada caso e em determinado momento, sem se tornar repetitiva, mas com forte carga influenciadora, especialmente diante dos desafios apresentados pela contemporaneidade, a exemplo de questões ligadas à tecnologia e a genética humana.

As novas descobertas e o aprimoramento das já concebidas se mostram presentes, razão pela qual o Estado moderno recebe um papel importante: "Ele passa a ser visto como a união das liberdades humanas criadoras da entidade necessária para garantir a paz e a segurança com o dever de respeitar a propriedade, os direitos individuais e a dignidade humana" (FISCILETTI, 2020).

A personalidade, antes de tudo, depreende-se do conceito de pessoa. Em que pese haver inúmeros entendimentos, pessoa pode ser definida como homem ou mulher na categoria filosófica; cada ser humano considerado na sua individualidade física ou espiritual, portador de qualidades que se atribuem exclusivamente à espécie humana, quais sejam, a racionalidade, a consciência de si, a capacidade de agir conforme fins determinados e discernimentos de valores (PESSOA, vocábulo, 1999, p. 1557). Assim, a personalidade é considerada como transformadora da própria essência humana e, portanto, é um atributo.

2. Morte assistida no Direito Comparado

A expectativa de vida das pessoas em diversas partes do mundo vem aumentando rapidamente, graças aos grandes avanços da medicina, que permite maior longevidade e de doenças crônicas que conseguem maior controle. Dados da *The Sightlines Project* apontam que nos EUA a proporção de adultos com idade superior a 65 anos aumentará cerca de 14,5% da população (2014) para 21,7% da população até 2040. O número de pessoas com 85 anos ou mais deverá triplicar, de 6,2 milhões em 2014 para 14,6 milhões em 2040.

Observando essas transformações, a *Kaiser Family Foundation* (KFF - fundação americana voltada para pesquisa de informações confiáveis sobre questões nacionais de saúde) realizou pesquisa no intuito de compreender as

expectativas das pessoas sobre o futuro e os esforços que fazem para planejar o evento se ficarem seriamente doentes.

Os pesquisadores da KFF ouviram pessoas com doenças graves, com limitações funcionais, a partir de 65 anos ou com membro da família com doença ou falecido recentemente. Entre outros pontos, a pesquisa observou o planejamento sobre as doenças e medidas concretas que os entrevistados tomaram para se preparar para o envelhecimento, aposentadoria e desejos de como seus entes queridos e provedores de serviços médicos deveriam agir caso ficassem seriamente doentes.

Para confrontar os resultados da pesquisa nos EUA, os pesquisadores coletaram dados de outros países: Itália, Japão e Brasil e constataram o seguinte:

> Pouco mais da metade dos americanos (56%) disseram conversaram seriamente com um cônjuge, pai, filho ou outro ente querido sobre seus próprios desejos de cuidados de fim de vida em algum momento, mais do que as ações na Itália (48%), Japão (31%) e Brasil (34%). (...) A maioria dos americanos (71%) diz preferir morrer em casa do que em um hospital, hospício ou casa de repouso, mas uma parcela menor (41%) espera fazê-lo. Italianos, brasileiros e japoneses apresentam dados semelhantes entre seus desejos e expectativas. Entre as pessoas que estavam envolvidas na tomada de decisões médicas por um ente querido falecido nos últimos cinco anos, a grande maioria dos americanos (89%) disse que tinha uma boa ideia de quais eram os seus desejos para os cuidados de fim de vida. Em contraste, na Itália, no Japão e no Brasil, pelo menos um terço dos envolvidos na tomada de decisões médicas relatou que não sabiam quais eram os desejos de seus entes queridos.

É importante apresentar a problemática da morte no seu aspecto jurídico no Direito Comparado. Apresenta-se um breve estudo de como a temática é abordada na Holanda, Bélgica, Suíça, Luxemburgo, Colômbia, Alemanha, para após observar o debate no Brasil.

2.1 Holanda

Conforme publicado no jornal El Pais, a Holanda foi pioneira na regulamentação da eutanásia. Conforme noticiado, somente no ano de 2017, foram registrados 6.091 casos. Ou seja, 4% de todas as mortes registradas no país. Três fatores parecem acelerar este processo. O aumento da idade da

população, maior esclarecimento sobre o assunto e a melhoria de comunicação entre médicos e pacientes.

Porém, conforme noticiado, 83% dos pedidos de eutanásia na Holanda no ano de 2017, forma de pessoas que sofriam de câncer, doença de Parkinson e esclerose múltipla. Na Holanda e na Bélgica, país vizinho, que também autoriza a eutanásia, o papel dos médicos são de auxílio regulamentado, mas fiscalizados pelas autoridades, antes mesmo do ato, que dão a palavra final sobre o procedimento.

A Holanda foi o primeiro país a despontar com estudo apurado sobre eutanásia. A morte assistida é disciplinada desde 1973, a partir do episódio da médica holandesa Geertruida Postma, condenada por realizar "homicídio por compaixão" em sua genitora, atendendo às súplicas desta em 1971, devido ao considerável grau de incapacidade depois de sofrer um AVC. Este caso abriu um debate, fazendo com que vários médicos apoiassem a atitude de Postma, inclusive, afirmando que já haviam realizado procedimentos semelhantes.

A *Artsenfederatie KNMG Medical Federation* (federação com mais de 59.000 médicos e estudantes de medicina) informa que a eutanásia e o suicídio assistido, são considerados como "término ativo da vida a pedido voluntário e bem informado do paciente" e embora sejam tipificados no Código Penal holandês, há exceções que admitem, desde que atendidos diversos requisitos, entre eles:

- Somente médicos podem realizar a eutanásia.

- Somente em casos em que o paciente e o médico tenham esgotado todas as opções e o sofrimento do paciente não possa ser remediado ou aliviado por nenhum outro meio (sofrimento insuportável sem perspectiva de melhoria).

- Não há direito à eutanásia para pacientes na Holanda e os médicos não têm obrigação de realizar a eutanásia.

Após 30 anos de debates sobre o tema foi aprovada em 2001 a legislação holandesa sobre o término da vida a pedido e suicídio assistido, a WTL – *Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding* (2018, s/p), que em suas disposições adverte que os médicos devem buscar opinião de outro médico (consultor).

Em cumprimento dessa diretriz, a KNMG disponibilizou uma rede médicos especialistas independentes, conhecidos como médicos SCEN (*Support*

and Consultation on Euthanasia in the Netherlands), para dar apoio, informação e consulta formal (KNMG, 2017, s/p).

Existem, ainda, os denominados 'Comitês de revisão' para que os médicos relatem a eutanásia a um dos cinco comitês para que seja avaliado se o procedimento cumpriu rigorosamente os critérios. Na hipótese de descumprimento, o médico poderá ser processado. O artigo segundo da citada legislação holandesa (WTL, 2018, s/p) aborda os cuidados que devem ser observados pelos médicos a fim de possibilitar a eutanásia e o suicídio assistido (tradução livre):

> **a.** convicção de que havia um pedido voluntário e deliberado do paciente,
>
> **b.** convicção de que havia sofrimento desesperado e insuportável do paciente,
>
> **c.** de que informou o paciente sobre a situação em que se encontrava e sobre as suas expectativas,
>
> **d.** que o paciente acredita que para a sua situação não havia outra alternativa razoável,
>
> **e.** que consultou pelo menos um outro médico independente, que observou o paciente e este deu sua opinião por escrito,
>
> **f.** que teve os cuidados necessários ao agir sobre o término da vida a pedido ou no suicídio assistido medicamente.

Outro debate da Holanda gira em torno da vida concluída "*voltooid leven*", sobre pessoas idosas que acreditam que sua vida chegou a completude.

A KNMG, através de relatório publicado em 2017, analisa a questão como sendo "indesejável" e que uma lei proposta nesse sentido pode gerar efeitos sociais indesejáveis, como "sentimentos de insegurança entre os idosos e estigmatização da velhice"[2]. A federação considera que a lei da eutanásia tem

[2] "O governo propõe permitir, por meio de uma lei, que pessoas idosas com sentimentos de "vida completa" possam obter assistência com o suicídio. Esta lei então atende pessoas idosas 'saudáveis' com um desejo de morte deliberado e atual, que precisam de um término ativo da vida. Esta lei viria a existir juntamente com a atual lei de eutanásia, que se concentra em pessoas que sofrem de sofrimento sem esperança e insuportável que tem uma base médica. Uma proposta tão abrangente tem muitas objeções fundamentais e práticas. Essas objeções levam a federação de médicos da KNMG, após extensas consultas com os apoiadores, a concluir que a proposta do gabinete para chegar a uma lei que torne o suicídio assistido em uma "vida completa" é indesejável". Tradução livre. Documento disponível em:

funcionado bem e que os médicos a executam de forma rigorosa e transparente, mas outra legislação além dessa seria capaz de por em risco a atual prática de eutanásia.

Ademais, segundo o KNMG, o conceito de 'vida completada' tem uma conotação positiva no debate social, mas, na prática, a preocupação deve estar nas pessoas vulneráveis, "que experimentam solidão e perda de significado e que muitas vezes dependem da ajuda dos outros" (KNMG, 2017, s/p).

O órgão defende que ao invés de se investir em uma nova maneira de ajudar com o suicídio, deveria ser concentrado o investimento em soluções que abordem o problema, dando assistência aos idosos, não com a possibilidade da morte e, sim, oferecendo uma "ampla gama de possibilidades que analisem o que os idosos realmente precisam" (KNMG, 2017, s/p).

No Direito holandês a eutanásia se baseia no princípio de respeito pelas pessoas e pela compaixão (Jong, Dijk, 2017, 11), não sendo imprescindível que o paciente tenha enfermidade terminal ou expectativa de vida limitada para cumprir os critérios de diligência exigidos.

2.2 Bélgica

Na Bélgica os debates sobre o direito à morte são avançados, sendo possível, inclusive, o pedido de eutanásia infantil, não havendo qualquer limitação de idade.

A eutanásia e o suicídio assistido foram legislados na Bélgica em 2002, através da Lei da Eutanásia (*Loi relative à l'euthanasi*e), A Lei belga conceitua a eutanásia como 'ato praticado por um terceiro, que intencionalmente termina a vida de uma pessoa a seu pedido', trazendo hipótese rígidas para admissão da prática por médicos que constatem que (art. 3º, § 1º, tradução livre):

> - o paciente é maior de idade ou menor emancipado, capaz e consciente no momento de sua aplicação;
>
> - o pedido foi formulado de maneira voluntária, ponderada e repetida, não sendo resultante de pressão externa;

<https://www.knmg.nl/web/file?uuid=25d53b2c-be4a-4496-a40c-f38f0d07c452&owner=5c945405-d6ca-4deb-aa16-7af2088aa173&contentid=66344&elementid=1941296>. Acessado em: 26 dez. 2018.

> - o paciente está em uma situação médica sem esperança e relata sofrimento constante e insuportável físico ou psíquico que não pode ser apaziguado e que resulta uma condição acidental ou patológica grave ou incurável; e que está em conformidade com as condições e procedimentos prescritos na Lei.

É necessário que haja constatação segura, através da informação ao paciente que pede voluntariamente pela eutanásia sobre seu estado de saúde, sua expectativa de vida e possibilidades terapêuticas e suas consequências, sobre se é persistente o sofrimento físico ou psicológico do paciente e a vontade é reiterada, depois de repetidas entrevistas espaçadas para observar a evolução do paciente. Há, ainda, necessidade de consultar outro médico quanto à natureza grave e incurável do paciente que assegure o constante, insuportável sofrimento físico ou psíquico e se a morte não ocorrerá provavelmente em um curto espaço de tempo.

A lei dispõe que deve ocorrer pelo menos um lapso temporal de um mês entre o pedido por escrito do paciente e a eutanásia.

Caso o paciente não tenha condições seu pedido por escrito, a lei dispõe que seu pedido deve ser registrado por escrito por uma pessoa de sua livre escolha, desde que esta não possua qualquer interesse material na morte do paciente. Essa pessoa menciona o fato de que o paciente não é capaz de formular sua solicitação por escrito, indicando as razões. Nesse caso, a solicitação é registrada por escrito na presença do médico, e a referida pessoa menciona o nome desse médico no documento. Este documento deve ser colocado no arquivo médico. O paciente pode revogar sua solicitação a qualquer momento, caso em que o documento é retirado do prontuário e retorna ao paciente.

A lei também se preocupa com a situação do farmacêutico que fornece a substância para a realização da eutanásia, advertindo que este não comete nenhuma ofensa quando o faz com base numa receita em que o médico menciona explicitamente que está de acordo com a lei.

Em fevereiro de 20143, a Bélgica alterou sua Lei de Eutanásia para admitir que seja realizada em criança, em qualquer idade, a pedido realizado por

[3] Article 1er. La presente loi règle une matière visée à l'article 78 de La Constitution. Art. 2.A l'article3 de La loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, lês modifications suivantes sont apportées: a) dansle § 1er, alinéa 1er, le premier tiret est remplacé par ce qui suit: "— le patient est majeur ou mineur émancipé, capable ou encore mineur

ela, o que gerou muitos debates, especialmente do segmento de pediatria, pelo fato de não acreditarem que o menor teria capacidade suficiente para definir sobre a interrupção da própria vida (RTBF.BE, 2014).

De acordo com o relatório da Comissão Federal de Controle e Avaliação da eutanásia (CFCEE - *Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie*) da Bélgica, entre 2016 e 2017 foram realizadas três eutanásias em menores de 18 anos (9, 11 e 17 anos). O relatório informa que foram 2.028 pedidos de eutanásia em 2016 e 2.309 em 2017, demonstrando que a prática tem aumentado no país.

As discussões sobre eutanásia na sociedade belga não chegaram ao fim, especialmente depois de um dos membros da CFCEE, o neurologista Ludo Vanopdenbosch, ter renunciado seu cargo em março de 2018. O neurologista publicou uma carta com os motivos do desligamento e apresentado denúncias às falhas da Comissão em processar judicialmente a eutanásia em uma paciente com demência e estágio avançado e Parkinson a pedido da família (*Le Journal du Médecin.*), quando a lei dispõe que seja a própria pessoa a formalizar o pedido. A partir das declarações do médico, outros profissionais de saúde e acadêmicos se manifestaram pela imposição de um controle mais rigoroso nos casos de morte medicamente assistida em pacientes psiquiátricos (HERREMANS, 2017, p. 16-18).

2.3 Suíça

Na Suíça o Código Penal de 1942, via de regra, não admite o suicídio assistido, especialmente se houver vantagem para o seu colaborador. Contudo, há uma interpretação de que, exceto nesse caso, é permitido qualquer pessoa

doté de la capacité de discernement et est conscient au moment de sa demande;"; b) dansle § 1er, alinéa 1er, dansle troisième tiret, les mots "majeur ou mineur émancipé" sont insérés entre les mots "lepatient" et les mots "se trouve"; c) le §1er, alinéa 1er, est complété par un quatrième tiret redige comme suit:"— le patient mineur doté de la capacité de discernement se trouve dans une situation médicale sans issue de souffrance physique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui entraîne Le décès à brève échéance, et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable". Disponível em: https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20140228_frnl.pdf. Acessado em 20 dez. 2020.

ajudar, desde que o declarante tome a iniciativa (PESTALOZZI-HENGGELER, 1961).

A morte voluntária assistida pode ser realizada se a pessoa tiver pleno discernimento e que por um período de tempo tenha expressado o constante desejo de morrer.

Organizações suíças sem fins lucrativos oferecem ajuda para aquele que deseja morrer: EXIT Deutsche Schweiz, EXIT ADMD, Eternal Spirit, LifeCircle, EX-Internacionale Dignitas (os dois últimos ajudam estrangeiros).

Para receber a ajuda, o paciente deve sofrer de uma doença sem provisão de cura e que provoque sofrimento insuportável ou que seja excessivamente limitante. Devido ao menor rigor, a Suíça tem se tornado um local para o chamado "turismo do suicídio" ou "turismo da eutanásia".

Em maio de 2018, aos 104 anos, o australiano David Goodall, cientista e pesquisador da Universidade de Edith Cowan, viajou até a Suíça para realizar seu suicídio assistido, embora não sofresse de doença terminal, afirmava que sua qualidade de vida não era boa. Em entrevista coletiva para o Australian Broadcasting Corporation (2018), o cientista divulgou sua opção pela morte para que sua história encorajasse os australianos a adotarem a morte assistida, uma vez que na Austrália, o estado de Victória passou a admitir a morte assistida, através da Lei "*Voluntary Assisted Dying Bill 2017*", com vigência a partir de 2019, mas só na hipótese de doentes terminais.

A própria pessoa deve finalizar a vida, devendo ter consciência e capacidade para tomada dessa atitude. Como a substância ministrada é alcalina e queima quando é engolida, a Eternal Spirit, por exemplo, opta por ministrar o medicamento via infusão intravenosa e, após o profissional preparar a agulha, cabe ao declarante consumar abrindo a válvula para que a substância penetre em sua veia (GAÚCHAZH, 2018).

2.4 Luxemburgo

Luxemburgo surge como terceiro país da União Europeia a possuir uma legislação que põe fim à vida de um doente terminal que o solicite e aborda os cuidados paliativos. A lei de março de 2009 (*Euthanasia, palliative care and assisted suicide*) define a eutanásia como um procedimento médico pelo qual um médico intencionalmente termina a vida de outra pessoa a pedido expresso e voluntário

deste último. O suicídio assistido consiste em ajudar outra pessoa a cometer suicídio, inclusive fornecendo os meios necessários para esse fim. Já os cuidados paliativos objetivam aliviar a dor física e outros sintomas, levando-se em consideração o sofrimento psicológico, social e espiritual do paciente, no sentido de preservar a melhor qualidade de vida possível, até o momento da morte, incluindo licença laboral para o acompanhante cuidar do paciente (LE GOUVERNEMENT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, 2019, s/p).

A eutanásia e a morte assistida visam "dar, ou ajudar a dar morte a uma pessoa com uma doença incurável, para encurtar seu período de sofrimento e agonia".

O legislador descreve os requisitos para que se faça o pedido legal de eutanásia ou suicídio assistido, bem como as medidas a serem tomadas pelo médico que recebe um pedido de eutanásia e suas obrigações (LE GOUVERNEMENT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, 2019, s/p).

A questão perpassa pela liberdade de escolha em relação aos planos de fim de vida e a proteção dos médicos que concordam em acessar seu pedido de eutanásia ou suicídio assistido, garantindo sua objeção de consciência, podendo se recusar a realizar a eutanásia ou o suicídio assistido, informando dentro de 24 horas as razões de sua recusa. Há dificuldade de encontrar no país médicos que aceitem dar andamento no procedimento, razão pela qual os nativos interessados viajam para realizar o procedimento na Bélgica (LUXEMBURGUER WORT).

A Lei de Luxemburgo dispõe como pré-requisitos para pedir eutanásia ou suicídio assistido que o paciente: esteja ciente no momento de sua solicitação; seja capaz, maior de idade (ou seja, não ter sido considerado incapaz de tomar suas próprias decisões pelo tribunal); tomou sua decisão sem pressão exterior; esteja em uma situação médica sem saída, sem perspectiva de melhora após um acidente ou patologia; sofra desta situação física ou psicologicamente de forma constante e insuportável, sem perspectiva de melhora.

A lei não admite a eutanásia ou suicídio assistido em menores ou pessoa incapaz sob tutela ou curadoria: pais, guardiões ou curadores não podem pedir por eles (LUXEMBURGUER WORT).

2.5 Colômbia

Na Colômbia, em 1997, a morte piedosa foi debatida pela Corte Constitucional na "Sentencia C-239/97", que estabeleceu diferenças entre morte piedosa e por eutanásia. Na morte piedosa há que se falar em condições objetivas, como a de que o paciente esteja experimentando sofrimento intenso, de ferimentos ou doença grave ou incurável, mas não pelo fato de ter se tornado em improdutivo, ressaltando, ainda que a intenção é a de fazer cessar a dor do sofredor sem qualquer esperança de acabar com seu sofrimento, desde que haja a manifestação de vontade (COLOMBIA, 1997, s/p). A sentença exortava o Congresso para que regulasse sobre a morte digna.

Em 2014, novamente a Corte Constitucional abordou o tema, através da Sentença T-970-2014, reiterando a necessidade do Congresso da República que regulasse o direito fundamental de morrer dignamente, de acordo com pressupostos e critérios estabelecidos na referida sentença.

Naquelas alturas, a Corte Constitucional estava com alguns antecedentes que serviriam de base para determinação da elaboração de regulamentação em 30 dias: a tutela de saúde promovida pela Sra. Júlia (autora da ação), em 2013, que faleceu durante o curso do processo em primeira instância COLOMBIA, 2014, s/p).

Outro caso amplamente divulgado caso de José Ovídio González, diagnosticado em 2010 com câncer de boca, o que tornou sua vida insuportável pela perda de boa parte do osso do rosto e dificuldade em se alimentar. O seu pleito de morte foi viabilizado em 2015, pela Resolução n. 1216 editada pelo Ministério da Saúde da Colômbia (COLOMBIA, 2015, s/p).

A resolução reconhece o direito de uma pessoa morrer dignamente[4], desde que seja capaz de entender a situação em que se encontra e atestada por laudo técnico de um médico especialista que demonstre o caráter progressivo e irreversível da enfermidade, com prognóstico fatal ou relativamente breve, que não seja suscetível de um tratamento de eficácia comprovada ou que não tenha mais a eficácia que permita modificar a expectativa de cura. Na hipótese de

[4] A resolução dispõe que as condições para o exercício do direito de morrer estão definidas nas citadas sentença: *"Articulo 1°. Objeto. Por medio de la presente resolución se imparten directrices para la conformación y funcionamiento de los Comités Científico-Interdisciplinarios para el Derecho a Morir con Dignidad, los cuales actuarán en los casos y en las condiciones definidas en las sentencias C239 de t997 y T-970 de 2014".*

controvérsia sobre o diagnóstico de enfermidade terminal, poderá requerer uma segunda opinião ou a opinião de um grupo de especialistas, conforme artigo 2º e parágrafo único da Resolução n. 1216.

Importante observar que o artigo 4º da Resolução adverte que previamente ao exercício do direito de morrer com dignidade, deve-se verificar se foi assegurado ao paciente o direito aos cuidados paliativos ou quando a pessoa opte por desistir desses cuidados.

2.6 Alemanha

O suicídio assistido, a eutanásia indireta e a passiva são admitidos na Alemanha, sob determinadas condições. A lei alemã (*Das neue Sterbehilfegesetz*, das am 10. dezember 2015) proíbe expressamente a eutanásia ativa. Contudo, o tema ainda produz muita polarização. E uma das razões está no fato de se admitir que o paciente ingira por si só uma substância letal, desde que esta seja tomada sem qualquer ajuda, estando o médico livre de responsabilidade penal nesse caso (DEUTSCHER BUNDESTAG, 2017, s/p).

Um dos casos que reacendeu a polêmica no país foi o que envolveu o ex-secretário de Justiça de Hamburgo, Roger Kusch, que publicou um vídeo onde auxilia Bettina S. de 79 anos a morrer ingerindo um coquetel fatal de medicamentos em seu apartamento em Würzburg. A idosa afirmava o medo de acabar sua vida em um asilo como motivação para o suicídio.

A legislação não possui regras claras impedindo a mediação comercial da prática da eutanásia. Organizações e associações como "Euthanasia Germany" e "Dignitas Germany" podiam oferecer suicídio assistido, mediante cobrança de uma taxa. A lei foi alterada criminalizando assistência profissional ao suicídio (DRZE).

Outro ponto que gera dúvidas é o fornecimento de substância letal para os doentes terminais em casos excepcionais, tema decidido favoravelmente pelo Tribunal Administrativo Federal em 2017, mas o Ministério da Saúde não implementou a sentença por entender que não é tarefa do estado apoiar ativamente atos de suicídio pela aprovação administrativa da aquisição dos medicamentos letais (DRZE).

O tribunal se pronunciou no caso de Bettina Koch, ex-médica que ficou paralisada do pescoço para baixo, precisando respirar artificialmente e em função da insuportável dor, decidiu recorrer ao suicídio através da obtenção legal de 15

gramas de pentobarbital sódico na Alemanha, pleiteando em 2004, mas tendo seu pleito negado.

Por não ter conseguido, a médica teve que ir para a Suíça. Após sua morte, Ulrich Koch,marido da médica continuou com a demanda por doze anos nos tribunais, até conseguir decisão favorável do Tribunal Administrativo Federal (HANDELSBLATT, 2012), em março de 2017, dispondo o órgão que o direito de personalidade inclui o direito de uma pessoa grave doente terminal decidir como e em que momento sua vida deve terminar (STUTTGARTER-NACHRICHTEN, 2017, s/p), dividindo opiniões na Alemanha.

2.7 Portugal

Em Maio do ano 2018 o parlamento português rejeitou quatro projetos (PARLAMENTO PORTUGUÊS) que disciplinavam a favor da eutanásia. O total de 115 dos 229 parlamentares presentes rejeitaram os projetos, com quatro abstenções, conforme noticiado pelo jornal Correio da Manhã (2018, s/p).

Alguns foram os motivos alegados para rejeição dos projetos. Entre eles está o fato de que a despenalização da eutanásia não daria direito a qualquer pessoa tirar a vida de outra. Assim como o fato de que conceder a despenalização não daria autonomia ao doente e sim reforçaria o poder de terceiro sobre a vida de outrem. Por fim, observou a maioria dos parlamentares, em síntese, que a dignidade da vida não se assegura com o direito à garantia de morte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A morte gera debates e preocupações desde a antiguidade e em todas as culturas conhecidas, uma vez que há desconhecimento sobre o que exatamente ocorre após a mesma.

A dignidade humana se correlaciona com a personalidade, estando ligada aos atributos da pessoa, incluindo o livre arbítrio. Sem garantir os atributos da pessoa, não há o que se falar em dignidade, pois tornaria tal princípio inócuo. Deve se ampliar o discurso do direito à vida, destacando que a morte é sua consequência natural e, portanto, se trata de um direito. Tal verificação gera uma nova compreensão dos direitos fundamentais e pode impactar a segurança jurídica das gerações futuras, com uma melhor proteção *ante mortem* e *post mortem*.

O papel do Estado deve se ater na regulação de interesse coletivo, como sepultar ou cremar os cadáveres, por exemplo, mas deve abrir espaço para decisões de interesse privado, que dizem respeito ao direito da personalidade, como no caso de decidir sobre a própria morte, tal qual ocorre no âmbito do Direito Comparado. Em diversos países a morte assistida é regulamentada, como Holanda, Bélgica e Luxemburgo, que autorizam a eutanásia, com requisitos legais e fiscalização das autoridades.

Debater sobre o direito à morte assistida e seu encaminhamento no ordenamento jurídico tem o sentido de esclarecer os limites para determinadas situações. A abertura para tais reflexões por si só representa um grande avanço. A sustentabilidade do conceito de morte é de extrema importância, ao qual se extrai a essência de que a morte está presente no próprio conceito de vida e, por essa razão, está também garantida por lei, amparada pela obrigação de não-intervenção por parte do Estado por ser direito da personalidade e, sobretudo porque se trata de um direito implicitamente assegurando pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

AUTRALIAN BROADCASTING CORPORATION. Disponível em: <https://www.abc.net.au/news/2018-05-09/dr-david-goodall-has-no-hesitations-about-dying-in-switzerland/9744610>. Acessado em 01 jan. 2019.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acessado em 20 nov. 2018.

COMMISSION FÉDÉRALE DE CONTRÔLE ET D'ÉVALUATION DE L'EUTHANASIE. Disponível em: <https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/fr/organe-d%27avis-et-de-concertation/commission-federale-de-controle-et-devaluation-de-leuthanasie>. Acessado em 02 jan. 2019.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-239/97.** Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>. Acessado em 02 jan. 2019.

COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. **Resolución n. 1216 de 2015.** https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%c3%b3n%201216%20de%202015.pdf

CORREIO DA MANHÃ. **Deputados chumbam eutanásia no parlamento: maioria dos parlamentares votou contra diplomas da esquerda. Projeto do PS chumbado por cinco votos de diferença**. Disponível em: <https://www.cmjornal.pt/politica/detalhe/parlamento-comeca-debate-sobre-eutanasia-sentido-da-votacao-e-incerto>. Acessado em 02 nov. 2018.

COSTA, André Luiz. **O direito à morte assistida e seu encaminhamento no ordenamento**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2019.

DEUTSCHER BUNDESTAG. **Historische Debatten** (18): Kontroverse über die Sterbehilfe. Disponível em: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/sterbehilfe/529962>. Acessado em 02 jan. 2019.

DZRE. *Deutsche* **Referenzzentrum für Ethik in den Biowissenschaften.** Disponível em: <http://www.drze.de/in-focus/euthanasia/legal-regulations>. Acessado em 02 jan. 2019.

EL PAÍS. **Internacional.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/31/internacional/1504197638_959922.html>. Acessado em 31 dez. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 206.

FISCILETTI, Rossana Marina De Seta. **A Quarta Revolução Industrial e os novos paradigmas do Direito do Consumidor.** Rio de Janeiro: Mídia Jurídica, 2020.

GAÚCHAZH . Suíça. **Australiano de 104 anos sem doença terminal opta pelo direito de morrer.** Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2018/05/australiano-de-104-anos-sem-doenca-terminal-opta-pelo-direito-de-morrer-cjgzishot00ss01pchv3hgn7x.html>. Acessado em 02 jan. 2019.

HANDELSBLATT. Disponível em: https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/urteil-zur-sterbehilfe-der-lange-kampf-des-ulrich-koch/6895800.html?ticket=ST-393161-

NAOBiYLTOi2iglLttey0-ap1>. Acessado em 02 jan. 2019.

HERREMANS, Jacqueline. Point surl'euthanasie et les patients psychiatriques. In: **Association pour le Droit de Mourir dans la Dignité**. Bulletin trimestriel. 3ᵉet 4ᵉtrimestres 2017, nᵒˢ145-146, p. 16-18. <http://www.admd.be/wp-content/uploads/2018/04/Bulletin_145-146.pdf>. Acessado em 01 jan. 2019.

JONG, Antina de; DIJK, Gert van. Euthanasia in the Netherlands: balancing autonomy and compassion. **World Medical Journal**, n. 3, vol. 63, out. 2017.

Disponível em: https://www.knmg.nl/web/file?uuid=182dcb73-3bb3-4317-b88a-f3f2e7f3f130&owner=5c945405-d6ca-4deb-aa16-7af2088aa173&content-tid=68859. Acessado em 20 dez. 2020.

KELLEHEAR, Allan. **Uma história social do morrer.** São Paulo: Unesp, 2013, p. 15.

KNMG. Disponível em: <https://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/euthanasia-in-the-netherlands.htm>. Acessado em 26 dez. 2018.

KNMG. **Euthanasia in the Netherlands: balancing autonomy and compassion.** World Medical Journal, n. 3, vol.63, out. 2017. Disponível em: <https://www.knmg.nl/web/file?uuid=182dcb73-3bb3-4317-b88a-f3f2e7f3f130&owner=5c945405-d6ca-4deb-aa16-7af2088aa173&content-tid=68859>. Acessado em: 26 dez. 2018.

LE GOUVERNEMENT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG. *Grand* **Duchy of Luxembourg!** Disponível em: <https://guichet.public.lu/fr/citoyens/sante-social/fin-vie/euthanasie-soins-palliatifs.html >. Acessado em 28 dez. 2020

LE GOUVERNEMENT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG. **S'informer sur une demande d'euthanasie ou d'assistance au suicide.** Disponível em: **<**https://guichet.public.lu/fr/citoyens/famille/euthanasie-soins-palliatifs/fin-de-vie/euthanasie-assistance-suicide.html>. Acessado em 27 dez. 2020.

LE JOURNAL DU MÉDECIN. Disponível em: <https://www.lejournaldumedecin.com/actualite/pourquoi-j-ai-demissionne-de-la-commission-euthanasie/article-column-33411.html?cookie_check=1546026690>. Acessado em 03 jan. 2019.

LEI VOLUNTARY ASSISTED DYING BILL 2017. Disponível em: <https://www.parliament.vic.gov.au/publications/research-papers/download/36-research-papers/13834-voluntary-assisted-dying-bill-2017>. Acessado em 02 jan. 2019.

LUXEMBURGUER WORT. **Luxemburgo já permite a eutanásia, mas ainda há quem vá à Bélgica para morrer.** Disponível em: <https://www.wort.lu/pt/luxemburgo/luxemburgo-j-permite-a-eutan-sia-mas-ainda-h-quem-v-a-belgica-para-morrer-5b0eb542c1097cee25b8a464>. Acessado em 02 jan. 2019.

LOI RELATIVE À L'EUTHANASIE. Disponível em: <https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20020528mb_frnl.pdf>. Acessado em 20 dez. 2020.

PARLAMENTO PORTUGUÊS. Assembleia da República. **Atividades legislativas**. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar>. Acessado em 04 jan. 2019.

PESSOA. **Novo Aurélio Século XXI***:* O dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1557.

PESTALOZZI-HENGGELER, Anton. **Euthanasia under the Swiss Penal Code,** 15 Sw L.J. 393 (1961). <https://scholar.smu.edu/smulr/vol15/iss3/3> . Acessado em 01 jan. 2019.

RTBF.BE. **Euthanasie: trois mineurs d'âge euthanasiés depuis la loi de 2014.** Disponível em: <https://www.rtbf.be/info/belgique/detail_euthanasie-trois-mineurs-d-age-euthanasies-depuis-la-loi-de-2014-rapport-cfcee?id=9974899>. Acessado em 02 jan. 2019.

STUTTGARTER-NACHRICHTEN. Disponível em: <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.debatte-um-sterbehilfe-selbsttoetung-auf-wunsch-nur-im-extremfall-gibt-es-das-gift-legal-page2.2b263e8b-5fa3-4219-acbc-ad9c7d788ed7.html>. Acessado em 02 jan. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: o duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. Editorial. **Revista trimestral de direito civil,** n. 7, 2001, pp. III-V. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/volume/RTDC.Editorial.v.007.pdf>. Acessado em 11 nov. 2018.

THE SIGHTLINES PROJECT. Disponível em: <longevity.stanford.edu/financial-security/>. Acessado em 04 jan. 2019.

WET TOETSING LEVENSBEËINDIGING OP VERZOEK EN HULP BIJ ZELFDODING. Disponível em: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0012410/2018-08-01>. Acessado em 20 dez. 2020.

RACISMO E SEXISMO: Violência Obstétrica

Camila Dorini
Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Graduanda em Direito,
Presidente Prudente, São Paulo, Brasil, camisdorini@hotmail.com

Ana Laura Martelli
Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, Professora de Direito Civil,
Presidente Prudente, São Paulo, Brasil,
analaura.martelli@gmail.com

Resumo: O presente trabalho pretende debater sobre a constante violência obstétrica praticada contra parturientes. Consta-se, uma a cada quatro brasileiras foram vítimas de violência durante o período gestacional e/ou no parto. Apesar da extrema gravidade da situação, ainda é ínfima a porcentagem de casos de violência obstétrica remetidos ao judiciário. Fato este que revela a absurda falta de aplicabilidade de políticas públicas e de fiscalização do Sistema de Saúde. Sendo necessário reeducar a visão social sobre o parto, substituindo discursos de hospitalização do processo reprodutivo pelo de humanização da assistência obstétrica. Na América Latina condutas como a episiotomia é praticada em 90% dos partos, porém, evidências científicas comprovam que esse procedimento somente é necessário em cerca de 10% a 15% dos casos. Não bastasse isso, os números agravam-se ainda mais quando se trata de mulheres negras vítimas desse tipo de violência. Assim, o estudo se ocupará da investigação da violência obstétrica no direito brasileiro, com ênfase na mulher negra e em alguns países da América Latina. Para tanto, serão utilizadas pesquisas doutrinárias brasileira e estrangeira (América Latina), jurisprudenciais e legislativas.

Palavras-chave: Violência Obstétrica; Racismo Estrutural; Sexismo; Ifraproteção; Direitos Reprodutivos.

INTRODUÇÃO

O presente artigo relaciona o racismo institucional, a sociedade patriarcal e o sexismo como causas da incidência de violência obstétrica contra mulheres negras no Brasil e na América Latina.

Mulheres foram socializadas para aceitar uma versão histórica criada para perpetuar o imperialismo racial e sexual como a supremacia branca e o

patriarcado.

Superar barreiras que distanciam mulheres implica em confrontar a realidade do racismo e reconhecer que as mulheres negras foram submetidas a formas de opressão que nenhuma mulher branca precisou aguentar.

O corpo da mulher visto como objeto é resultado dos resquícios da sociedade patriarcal, o que induz ao tratamento desumano, arraigado de condutas imorais e desnecessárias.

Para a construção deste trabalho utilizou-se o método científico indutivo, por meio de pesquisa bibliográfia, aludindo a julgado internacional e as recomendações da Organização Mundial da Saúde.

O objetivo buscado é a ampla divulgação da ocorrência da violência obstétrica, para assim, os casos tomarem maiores repercuções, produzindo diminuição nos altos números de incidências, porcentagem que somente aumenta quando os olhares são voltados para parturientes negras. As mulheres precisam ter conhecimento sobre seus direitos reprodutivos e sexuais, para assim, poderem escolher sobre os processos a serem efetuados durante o parto.

Como será apresentado, entre as forma de violência obstétrica está a realização do procedimento da cesárea sem a devida necessidade médica e sem a explicação sobre os malefícios que tal processo pode causar para a parturinete e o feto. Apesar das contraindicações da Organização Mundial da Saúde, os indíces desse procedimento estão se elevando na América Latina, evidenciando a intensificação dos processos de interventivos durante o parto.

Destarte, ausência de debates, de propagações de informações, e a falta de responsabilização do Estado, dos diversos profissionais da área da saúde e dos hospitais, são extensores desse problema.

1. Contextualização histórica

A disparidade de tratamentos, de oportunidades, entre indivíduos brancos e negros são resquícios do contexto histórico que legitimou a escravidão de pessoas negras no Brasil. Diante disso, pensamentos ligados à inferioridade e coisificação formaram uma imagem carregada de inverdades da população negra.

"A população negra havia sido escravizada e não era escrava –palavra que denota que essa seria um condição natural, ocultando que esse grupo foi colocado ali pela ação de outrem" (RIBEIRO, 2019, p.8).

O trajeto histórico faz-se essencial para a compreensão da sociedade atual, a qual finge acreditar no mito democracia racial, se intitulando antirracista.

Como é sabido, a sociedade colonial brasileira teve duração de três séculos (1530 a 1888), a Lei de 13 de maio de 1888, Lei Áurea, diploma legal que extinguiu a escravidão no Brasil, não inseriu os indivíduos libertos como mão de obra qualificada no mercado de trabalho, restando à periferia, o tratamento subumano.

"O status da mulher branca no patriarcado era de propriedade, mas ela não era subjugada à desumanização e brutal opressão como era das negras" (HOOKS, 2020, p.204).

Durante a escravidão mulheres negras foram submetidas as mais diversas formas de tortura, utilizaram do estupro como método de terrorismo, como forma de desmoralizar e desumanizar as mulheres negras. Em seu livro Bell Hooks descreve a história de Ann, na qual o castigador exigiu que ela se despisse completamente antes de açoitá-la. Mas Ann percebeu que ele tinha a intenção de estuprá-la, e então resistiu. "Sua resistência o enfureceu e ele respondeu: Garota, você precisa se render a mim. Eu terei você agora; ainda que seja só para te mostrar que posso". (HOOKS, 2020, p.53).

Com o fim da escravidão, as mulheres negras se tornaram mulheres livres, no entanto, estavam diante de uma nova forma de abandono social, como o desemprego, prostituição e a marginalização social.

A análise histórica do século XIX evidência a imagem da mulher branca como virtuosa, sem sentimentos sexuais, e a mulher negra como pecadora sexual, personificação do mal feminino.

> Ensinaram-nos que Colombo descobriu a América; que indígenas eram escalpeladores, assassinos de mulheres e crianças; que pessoas negras eram escravizadas devido à maldição bíblica de Cam, segundo a qual Deus, "ele mesmo", decretou que elas seriam lenhadoras, lavradoras e responsáveis por carregar água. Ninguém falava sobre África como berço da civilização, sobre pessoas africanas e asiáticas que vieram para a América antes de Colombo. Ninguém mencionou os assassinatos em massa de nativos americanos como genocídio ou os estupros de mulheres

> nativas americanas ou africanas como terrorismo. Ninguém discutiu escravidão como alicerce para o crescimento do capitalismo. Ninguém descreveu a reprodução forçada de mulheres brancas para aumentar a população branca como opressão sexista. (HOOKS, 2020, p.194)

Doutrinas religiosas sexistas alegavam que as mulheres seduziam os homens, dessa forma, a culpa pelo abuso sexual sofrido pelas mulheres negras eram delas mesmas, rotuladas como Jezebel, pois desviavam os homens da pureza de espírito para o pecado.

Sendo que, o tempo percorreu séculos, no entanto, as mulheres negras permaneceram sofrendo preconceito por conta do racismo estrutural (muitas vezes velado, mas existente), do sexismo e dos demais eixos de subordinação. Quanto mais hipossuficiente a mulher, seja economicamente, socialmente ou academicamente, mais humilhante e desumano é o tratamento oferecido a elas.

A princípio o movimento feminista trouxe como pauta a exploração do corpo das mulheres, assim, antes de qualquer igualdade de gênero, mulheres precisavam ter acesso aos seus direitos reprodutivos, ao seu corpo.

Dentre os cenários de preconceito contra a mulher negra está a violência obstétrica, prática recorrente entre as gestantes, índice que aumenta quando falamos de mulheres negras. Falsos estereótipos, como: mulheres negras são mais resistentes a dor; mulheres pretas têm quadris mais largos e, portanto, são parideiras por excelência, causam propagação da violação de direitos das parturientes negras.

O termo violência obstétrica geralmente é visto somente como questão de gênero, assim, acaba havendo superinclusão, o que se torna prejudicial quando se percebe que a maioria das mulheres vítimas de violência obstétricas são negras.

De maneira excepcional a escritora Bell Hooks em seu livro "O feminismo é para todo mundo", fala sobre o tema:

> Os problemas médicos de longo prazo, desde cesarianas a histerectomias, não eram assuntos interessantes para a mídia de massa; frequentemente chamaram a atenção para um sistema médico patriarcal capitalista dominado por homens, que controlava o corpo das mulheres e fazia com elas qualquer coisa que quisesse fazer. Focar em injustiça de gênero nessas arenas teria sido um tanto quanto radical para uma mídia de massa que permanece profundamente conservadora e, em sua maioria, antifeminista (HOOKS, 2019, p. 50).

Percebe-se que a ausência de repercussão midiática sobre as agressões médicas sofridas pelas mulheres ainda permanece nos dias atuais, acarretando na falta de informação e de responsabilização.

Os profissionais de saúde constantemente utilizam o medo como forma de subordinar à parturiente induzindo-a procedimentos cirúrgicos desnecessários. E a mídia de massa continua omissa frente a subjugação dos corpos femininos.

Portanto, chega-se a conclusão de que se as mulheres não possuem o direito de escolher o que acontece com seu corpo, arrisca-se a renúncia de outros direitos de sua vida. Expondo assim, importância do tema aqui debatido.

2. Aspectos Legais da Violência Obstétrica

A princípio é essencial compreender a conceituação do termo violência obstétrica, o qual surgiu na Venezuela, e foi tipificado como conduta criminosa na Argentina, México e também na Venezuela.

> O conceito normativo da prática foi adotado pela Venezuela, primeiro país latino-americano a utilizar a expressão "violência obstétrica" na Lei Orgânica sobre o Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência promulgada em 16 de março de 2007. Posteriormente o termo "obstetric violence" foi cunhado no meio acadêmico pelo presidente da Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia da Venezuela, Dr. Rogelio Pérez D'Gregorio em um editorial online publicado em 6 de outubro de 2010 no International Journal of Gynecology and Obstetrics, descrevendo as menções específicas da nomenclatura "violência obstétrica" ora citada na lei venezuelana. Desde então, os movimentos feministas passaram a utilizar o termo na luta pela eliminação e punição dos atos e demais procedimentos violentos realizados durante o atendimento e assistência ao parto, em prol da humanização no momento da concepção (SERRA; SILVA, 2017, p.45).

O debate iniciado pelo Dr. Rogelio Pérez D' Gregorio fomentou a confrontação da situação de agressão verbal e física sofrida pela parturiente, originando a Lei Venezuela nº 26.485, a qual teve tanta expressão que foi usada como fundamento pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo para a conceituação da violência obstétrica no Brasil. Veja-se:

> A violência obstétrica existe e se caracteriza pela apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde,

> através do tratamento desumano, abuso da medicação, patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e da capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres (DEFENSORIA PÚBLICA, 2014, s.p).

Portanto a violência obstétrica consiste na conduta inapropriada praticada pelos profissionais das unidades de saúde, os quais apropriam-se dos processos reprodutivos femininos, subjugando as gestantes, retirando delas a autonomia para decidir sobre seu próprio corpo, realizando procedimentos desnecessários que acabam por impactar na qualidade de vida dessas mulheres.

O Brasil ainda não possui legislação federal específica sobre violência obstétrica como a Argentina, Lei nº 26.485/2009, no entanto, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher realizada em Belém do Pará ampliou o entendimento de violência, nota-se:

> Art. 1º - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Verifica que o Estado de Goiás reconheceu a importância de não ser omisso frente à ocorrência das várias formas de agressão sofridas pela gestante e pelo feto, editando a Lei nº 19.790/2017, na qual excepcionalmente caracterizou a violência obstétrica, acompanhe:

> Art. 2º Considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por doulas, por algum familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no estado puerperal.
>
> Art. 3° Para efeitos da presente Lei, considerar-se-á ofensa verbal ou física, dentre outras, as seguintes condutas:
>
> I - tratar a gestante ou parturiente de forma agressiva, não empática, grosseira, irônica ou de qualquer outra forma que a faça se sentir mal pelo tratamento recebido.
>
> II - ironizar ou recriminar a gestante ou parturiente por qualquer comportamento, como gritar, chorar, ter medo, vergonha ou dúvidas;
>
> III- ironizar ou recriminar a gestante ou parturiente por qualquer característica ou condição física, como obesidade, pelos, estrias ou evacuação;
>
> IV - não ouvir as queixas e dúvidas da mulher internada e em trabalho de parto;

V - tratar a mulher de forma inferior, dando-lhe comandos e nomes infantilizados e diminutivos, considerando-a como incapaz;

VI - fazer a gestante ou parturiente acreditar que precisa de operação cesariana quando esta não se faz necessária, utilizando de riscos imaginários ou hipotéticos não comprovados e sem a devida explicação dos riscos que alcançam ela e o bebê;

VII - recusar atendimento de parto;

VIII - promover a transferência da gestante ou parturiente sem a análise e confirmação prévia de existência de vaga e garantia de atendimento, bem como tempo suficiente para que ela chegue ao local;

IX - impedir que a mulher seja acompanhada por alguém de sua preferência durante todo o trabalho de parto;

X - impedir a mulher de se comunicar com o "mundo exterior", tirando-lhe a liberdade de telefonar, fazer uso de aparelho celular, conversar com familiares ou com o seu acompanhante, salvo se houver recomendação médica.

XI - submeter a mulher a procedimentos dolorosos, desnecessários ou humilhantes, quando estes não forem estritamente necessários, como lavagem intestinal, raspagem de pelos pubianos, posição ginecológica com portas abertas ou exame de toque por mais de um profissional ;

XII - proceder a episiotomia quando esta não for realmente imprescindível(grifo nosso);

XIII - manter algemadas as detentas em trabalho de parto;

XIV - fazer qualquer procedimento sem prévia permissão ou não explicar, com palavras simples, a necessidade do que está sendo oferecido ou recomendado(grifo nosso);

XV - após o trabalho de parto, demorar injustificadamente para acomodar a mulher no quarto;

XVI - submeter a mulher e/ou bebê a procedimentos realizados exclusivamente para treinar estudantes;

XVII - retirar da mulher, depois do parto, o direito de ter o bebê ao seu lado no Alojamento Conjunto e de amamentar em livre demanda, salvo se um deles, ou ambos, necessitarem de cuidados especiais;

XVIII - não informar a mulher, com mais de 25 (vinte e cinco) anos ou com mais de 2 (dois) filhos sobre seu direito à realização de ligadura de trompas gratuitamente nos hospitais públicos e conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS);

XIX - tratar o pai do bebê como visita e obstar seu acesso para acompanhar a parturiente e o bebê a qualquer hora do dia.

Seguindo esse posicionamento, o Estado de Rondônia, decretou a Lei nº 606/2017, na qual os hospitais precisam informar por meio de cartazes as práticas que configuram violação dos direitos de escolha das gestantes.

O Estado do Paraná promulgou a Lei nº 19701/2018 para implantação de medidas de proteção a parturiente, impondo o pagamento de multa caso haja descumprimento da referida lei.

Além desses Estados citados, o Estado de Santa Catarina (Lei nº 17.097/2017), de Tocantins (Lei nº 3.385/2018), do Mato Grosso do Sul (Lei nº 5.217/2018) e o Distrito Federal (Lei nº 6.144/2018), possuem leis especificas para a prevenção e combate da violência obstétrica.

Apesar do reconhecimento da existência da prática de violência obstétrica pelos Estados supramencionados, no dia 07 de maio de 2019 o Ministério da Saúde emitiu uma nota recomendando a abolição do termo violência obstétrica, ocasionando assim, um retrocesso na busca por tratamento digno para as mulheres em estado gravídico.

> O Ministério da Saúde considera a expressão "imprópria", pois acredita que, nos momentos de atendimento à mulher, "tanto o profissional de saúde quanto os de outras áreas, não têm a intencionalidade de prejudicar ou causar dano" (DOMINGUES, 2019, s.p.).

A questão é que a violência obstétrica ocorre e ao ignorar os reais casos de violência, o Ministério da Saúde somente fomentou a discussão, e mostrou de forma nítida a omissão do Estado.

O médico obstetra Doutor Alberto Guimarães se posicionou sobre o tema, e evidenciou a necessidade do combate dessa prática, atente-se:Não se resolve a questão retirando ou proibindo o termo. É preciso combater algo que é sabidamente ruim e definir melhor políticas públicas, a relação médico-paciente, o que o profissional pode fazer para atender de maneira mais atenciosa, dar boa assistência no pré-natal, boa estrutura no ambiente da maternidade, bons profissionais envolvidos, e não atender pacientes demais ao mesmo tempo. (GUIMARÃES, 2019, s.p).

Claramente, muitos médicos se sentem ofendidos com o termo em questão, no entanto, é preciso ponderar, entre o incomodo da classe médica frente à constante violência sofrida pelas parturientes.

Em resposta ao parecer do Ministério da Saúde, o Ministério Público Federal editou a recomendação nº 29/2019, de modo a demonstrar a repúdia pelo ato do Ministério da Saúde, e reafirmar a existência da prática de violência

obstétrica, veja o trecho:

> [...] Que, no Inquérito Civil em referência, há denúncias de mulheres que foram submetidas a cesarianas desnecessárias contra sua vontade, apenas por conveniência médica e ou falta de experiência do profissional no atendimento ao parto normal, situação inequívoca de violência contra a mulher e que lhes expõe a maiores riscos de vida. Visto que a realização de cesarianas desnecessárias submete a mulher a três vezes mais riscos de morte no parto (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019, s.p).

Ao se analisar o trecho do Inquérito Civil aberto pelo Ministério Público Federal verifica-se que de fato as gestantes estão sendo submetidas a maiores riscos do que o necessário. O Estado precisa ser responsabilizado, assim como, os profissionais de saúde, não há como perpetuar essas práticas de violação na área médica.

Nesse mesmo sentido, a Organização Mundial da Saúde reconhece expressamente a ocorrência de violência contra a gestante em suas declarações:

> No mundo inteiro, muitas mulheres sofrem abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto nas instituições de saúde. Tal tratamento não apenas viola os direitos das mulheres ao cuidado respeitoso, mas também ameaça o direito à vida, à saúde, à integridade física e à não-discriminação. Esta declaração convoca maior ação, diálogo, pesquisa e mobilização sobre este importante tema de saúde pública e direitos humanos. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2014, s.p.)

Após diversas manifestações contrárias ao despacho do Ministério da Saúde, como da Ordem dos Advogados do Brasil e da Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais, o Ministério da Saúde reconheceu como legítimo o direito das mulheres em usarem o vocabulário que sentirem apropriado, no entanto, não irá incluir o termo objeto de discussão em qualquer política pública.

Dessa maneira, os representantes da população causaram dúvidas sobre quem de fato eles querem proteger.

3.Tabus e Patologização dos Processos Naturais

Ao transcorrer das décadas houve o avanço da medicina e a patologização do parto, os processos reprodutivos foram apropriados por homens brancos, os quais pela criação patriarcal impulseram a cultura do medo a serviço de questões mercadológicas.

Constantemente a gestante perde a crença em si mesma, duvida da sua própria capacidade de parir sem grandes intervenções médicas e por ausência de informações são submetidas a processos duvidosos na hora do parto.

Posto isso, entra-se no debate do número de cesarianas realizadas, a Organização Mundial da Saúde, recomenda que as maternidades devem obedecer o limite de 10% a 15% em relação a esse procedimento.

Adverso a essa recomendação está o Brasil, de acordo com os dados da Pesquisa Nascer no Brasil, este país é líder na porcentagem de nascimentos por via cesárea, 52% dos partos nacionais e no setor privado 88%.

Enquanto inúmeras mulheres necessitam de cesarianas, mas não possuem acesso, outras passam pelo procedimento por razões que não são justificáveis clinicamente.

Com base em dados atuais e utilizando métodos científicos a Organização Mundial da Saúde teve a seguinte conclusão sobre procedimento de cesárea:

> 1.A cesárea é uma intervenção efetiva para salvar a vida de mães e bebês, porém apenas quando indicada por motivos médicos. 2. Ao nível populacional, taxas de cesárea maiores que 10% não estão associadas com redução de mortalidade materna e neonatal. 3. A cesárea pode causar complicações significativas e às vezes permanentes, assim como sequelas ou morte, especialmente em locais sem infraestrutura e/ou a capacidade de realizar cirurgias de forma segura e de tratar complicações pós-operatórias. Idealmente, uma cesárea deveria ser realizada apenas quando ela for necessária, do ponto de vista médico. 4. Os esforços devem se concentrar em garantir que cesáreas sejam feitas nos casos em que são necessárias, em vez de buscar atingir uma taxa específica de cesáreas. 5. Ainda não estão claros quais são os efeitos das taxas de cesáreas sobre outros desfechos além da mortalidade, tais como morbidade materna e perinatal, desfechos pediátricos e bem-estar social ou psicológico. São necessários mais estudos para entender quais são os efeitos imediatos e a longo prazo da cesárea sobre a saúde. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2014, p.4.)

Dessa maneira, percebe-se a cesariana como procedimento a ser realizado quando a vida da mãe e/ou do bebê estiverem em risco, pois, além dos problemas supramencionados, estudos do Nascer no Brasil demonstram que as crianças nascidas por este procedimento possuem maiores chances de ter obesidade, diabetes, asma e alergias.

Verifica-se que nas últimas duas décadas o índice de procedimento cesariano duplicou entre os países latino-americanos. Segundo a OMS a taxa na América Latina aumentou de 23% para 42 %, dados alarmantes, pois, são contrários as recomendações expostas pela Organização Mundial da Saúde.

Segundo a Fundação Perseu Abramo, no Brasil, uma a cada quatro gestantes sofrem algum tipo de violência entre o estado gravídico e o parto. Quando analisa apenas a rede pública essa violência é citada por 74% das brasileiras.

Na América Latina, de acordo com a ONG Artemis, a episiotomia é a forma de violência mais utilizada contra a mulher. A entidade apontou evidências da ocorrência dessa prática em 90% dos partos hospitalares na América Latina. Procedimento este, o qual é condenado pela OMS, tido como desnecessário e prejudicial à vida sexual da mulher.

Conscientizar as gestantes sobre essas informações é de vital importância, pois elas precisam saber dos riscos dos procedimento que serão submetidas, para assim, ter a voz de requerer o melhor para si e seu bebê.

Apesar do parto normal ser mais benéfico para a parturiente e o nascituro, esse procedimento realizado no sistema público se transformou em sinônimo de violência. A maior parcela da população enxerga o parto natural ou normal como forma de sofrimento, o processo natural de parir virou um ato de agressão.

Segundo estudo realizado pela Fiocruz, mulheres negras possuem maiores riscos de vida, pois, não têm pré-natal adequado, tendo menos consultas, gerando peregrinação entre maternidades. Essas mulheres são submetidas a agressões dos profissionais de saúde, repreensões, gritos, humilhações, realização de exames desnecessários e dolorosos regados de xingamentos de viés discriminatórios.

O fato das mulheres negras não estarem vinculadas à maternidade devido à peregrinação e ao menor acesso a informação, causa elevados riscos obstétricos para o feto e a mãe.

Ao analisar os dados da pesquisa do Ministério da Saúde, apresentados em 2014 na campanha "SUS sem racismo", depara-se com o percentual de 60% de mortalidade de mulheres negras. Sendo importante ressaltar que a morte materna é considerada prevenível mediante a

atendimento adequado, estima-se que 92% das mortes poderiam ter sido evitadas.

Segunda a Organização Mundial da Saúde o Brasil é responsável por 20% das mortes anuais de gestantes entre os países da América Latina e o Caribe.

Como visto, mulheres negras morrem bem mais em relação às brancas, fato este causado pelo racismo institucional, no qual os profissionais de saúde possuem falsas concepções de que mulheres negras são seres humanos diferentes, que não sentem dor ou simplismente não se importam com a dor que elas estão suportando.

Como exemplo desta prática racista estudos apontam que mulheres negras apesar de sofrerem menos episiotomia (corte vaginal), possuem menos chances de receber anestesia durante o procedimento

Nota-se que além das mulheres negras passarem pela episiotomia, procedimento não recomendado pela OMS, pois pode gerar laceração perineal grave, incontinência fecal e urinária, elas têm 50% menos chances de receber anestesia. Prática esta contrária a Portaria nº 1820 de 2009, do SUS, a qual disponibiliza o acesso à anestesia e medicalização para aliviar sofrimento e dor em qualquer procedimento.

Sendo nebuloso pensar que o procedimento da cesariana a princípio era testado em mulheres pretas escravizadas, e atualmente é negado anestesia à mulher negra dizendo que ela é resistente.

Os centros de saúde, hospitais, maternidades e seus profissionais têm a obrigação de gerar menores riscos às parturientes, entretanto, em consequência dessa estrutura social opressora, preconceituosa e desigual, as mulheres sofrem um processo de "coisificação", sendo colocadas em risco no momento que entram nos serviços de saúde, passando a ser somente objeto de intervenção médica.

Entre as várias formas de violência obstétrica está a negligência dos médicos e enfermeiros, caracterizada pela falta de informação à gestante, a brutalidade e banalidade de procedimentos desnecessários, o despreparo institucional para atendê-las. Frequentemente as gestantes escutam xingamentos, comentários desrespeitosos sobre seu corpo, etnia ou situação socioeconômica.

Outro fator relevante é a medicalização excessiva do parto, a parturiente deixa de ser protagonista e é relegada a um papel secundário, transformando o processo natural do parto em evento médico. Intervenções médicas dolorosas e sem embasamento científico são constantes, como a tricotomia (raspagem dos pelos pubianos), manobra de kristeller, indução ao trabalho de parto e realização de enema (lavagem intestinal).

Segundo dados da Revista Póli, cerca de 70% a 80% das brasileiras que tiveram seus filhos pelo procedimento de cesariana, na verdade, pretendiam ter parto normal.

Verifica-se que todas as intervenções supramencionadas caracterizam violência obstétrica e na maioria das vezes não há responsabilização dos responsáveis.

É importante ressaltar que a decisão da parturiente sobre a forma de procedimento reprodutivo é direito assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo que o Brasil, Argentina, Venezuela, Colômbia, Chile, dentre outros países latinos americanos são signatários.

4. Racismo Institucional

No Brasil o racismo está estruralmente enraizado socialmente, presente nas mais diversas intituições e camadas da sociedade, portanto, deve-se debater amplamente e cotidianamente sobre este tema. Pois, "a inação contribui para perpetuar a opressão" (RIBEIRO, 2019, p.14).

> O viés racial implícito pode ser entendido através de práticas sugestivas de discriminação e preconceito, resultante de estereótipos relativos à pessoa negra. Este seria o pavimento pelo qual o racismo institucional caminha, possibilitando desigualdades no acesso aos serviços institucionais. Ressalta-se que o racismo institucional atua de forma sutil, resultando em desigualdades não só na prestação de serviços, mas também na possibilidade de distribuição de benefícios e oportunidades aos variados grupos a partir do caráter racial (LÓPEZ, 2012, s.p).

Para Sérgio Guimarães, o racismo precisa ser analisado de acordo com cada contexto histórico, por isso para entender o racismo brasileiro é preciso compreender a formação da identidade nacional.

> A ordem hierárquica sobre a qual se fundou a sociedade escravocrata no Brasil não foi inteiramente rompida, nem com a Abolição, nem com a República, nem com a restauração democrática do pós-guerra, tampouco

> com a Nova República. Esta ordem tem se mantido na vida cotidiana, por normas e leis baseadas numa suposta igualdade entre os indivíduos, igualdade que, de fato, nunca se permitiu que existisse. (GUIMARÃES, 2005, p.260).

Atualmente, estudos demonstram que a rede de saúde é a área com maior número de racismo como mecanismo de clivagem no atendimento. Como já exposto neste trabalho, as mulheres negras possuem maiores chances de morrer por causas ligadas com a gestação, e que o Ministério da Saúde reconhece que 92% das mortes são evitáveis, dessa maneira, o racismo institucional escolhe quem vai viver/morrer.

O racismo dentro da saúde reproduz práticas violentas de discriminação, resultando em morte desnecessária de parturientes negras, fato este inaceitável, contrário a Constituição Federal, a qual no artigo 226, §8º, condena todas as formas de violência. Além do mais, tratamentos igualitários e humanizados nos serviços fornecidos são direitos básicos de qualquer cidadão e consumidor.

Em 2002, Alyne da Silva Pimentel foi morta pela omissão do Estado, pelo racismo institucional, pela desumanização dos processos reprodutivos. Alyne, brasileira, afrodescendente, grávida de seis meses, foi mais uma vítima da negligência e imperícia médica.

A família da vítima ajuizou ação judicial para obter reparação moral e material, no entanto, não obtendo resposta do Poder Judiciário, o caso foi submetido à consideração do Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW), pelas Organizações não-Governamentais Center for Reproductive Rights e Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos (Advocacy).

Em 2014, o Estado Brasileiro apresentou informações sobre o cumprimento da decisão do Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher, acompanhe:

> O CEDAW procedeu à análise da causa da morte da vítima. A esse respeito, o órgão concluiu que a sequência de eventos descrita pelos peticionários – a qual restou inquestionada pelo Estado brasileiro – indica que a morte foi decorrente de complicações obstétricas relacionadas à gravidez, classificando a morte de Alyne Pimentel como "morte materna" direta. Nesse contexto, o Comitê, ao tomar nota do reconhecimento pelo Estado de que "o fato de Alyne encontrar-se gestante deveria ter lhe dado acesso mais rápido e qualitativamente

> diferenciado a cuidados médicos", considerou que Alyne Pimentel não teve acesso à assistência apropriada a sua gravidez. 6. Acerca da imputabilidade relativa à inadequação do serviço médico prestado à vítima, o Comitê fez observar ser o Estado diretamente responsável pela ação de instituições privadas quando terceiriza seus serviços médicos, mantendo, outrossim, o dever de regular e monitorar instituições privadas de saúde. Em consonância com os argumentos dos autores da comunicação, o Comitê reconheceu "as deficiências no sistema utilizado para contratar serviços privados de saúde e, por extensão, na inspeção e controle dos mesmos", pelo que salientou ser dever do Estado orientar sua ação para resultados concretos. 7. Adicionalmente, o Comitê observou que a falta de serviços de saúde materna adequados não satisfez as necessidades de saúde e os interesses específicos das mulheres, o que constituiu não apenas uma violação do Artigo 12, Parágrafo 2º, da Convenção, mas também discriminação contra as mulheres nos termos do Artigo 12, Parágrafo 1º, e Artigo 2º da Convenção. Considerou, ainda, que Alyne Pimentel "sofreu discriminação, não apenas de 2 gênero, mas também com base na sua condição de mulher afrodescendente e advinda de grupo socioeconômico não privilegiado". 8. Finalmente, o Comitê considerou que o Estado não cumpriu sua obrigação de garantir ação judicial e proteção eficazes, especialmente à luz da ausência de decisão sobre a ação cível ajuizada, em fevereiro de 2003, pela família da vítima. O Estado Brasileiro recebeu o posicionamento final do CEDAW, em agosto de 2011. (RELATÓRIO DO GOVERNO BRASILEIRO, 2014, p.3).

Devido ao caso supramencionado o Estado Brasileiro ficou responsável por seguir recomendações feitas pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher, como garantir o direito das mulheres à maternidade segura e o acesso adequado aos procedimentos obstétricos, recomendações estas ainda inalcançadas diante da repetida ocorrência de violência obstétrica contra as parturientes, e em sua grande maioria, mulheres negras.

É necessário apontar que este presente trabalho não tem o condão de deslegitimar a luta da mulher branca, pois, o sexismo é presente em todas as etnias, no entanto, como demonstrado às mulheres negras sofrem duplo preconceito, sendo esquecida pela sociedade, por serem mulheres e por serem negras.

Portanto, é de extrema importância citar o estudo nacional de base hospitalar, nomeado de Nascer no Brasil, o qual teve como resultado a constatação que mulheres pretas e pardas, têm taxas maiores de depressão pós-parto, mais peregrinação entre maternidades, fazem menos consultas de pré-

natal. E verifica-se, 25% das mulheres são cerceadas do direito ao acompanhante, e esse número é mais elevado entre as pretas e pardas. Apesar da Lei Federal nº 11.108 de 2005 obrigar a rede pública e privada a garantir o direito ao acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto.

A seguir será exposto o depoimento de uma parturiente negra que sofreu violência obstétrica praticada por um médico. Kátia Alves, com 21 anos, graduanda em Psicologia, passou por uma situação completamente inaceitável, acompanhe:

> Ela foi ao hospital Santa Casa de Arapongas, no Paraná, após sentir dores e o médico disse, após o exame de toque, que ela estava entrando em trabalho de parto. "A minha bolsa, segundo ele, poderia estourar naquela madrugada. Por isso, eu iria ficar internada. Se pela manhã eu não tivesse dilatação, eu deveria voltar pra casa. Por volta das 7h da manhã, ele induziu o furo com oxitocina. Isso sem minha permissão, ele disse apenas que queria induzir o parto. Suplicava por uma anestesia, mas não tinha nenhuma enfermeira no quarto.Tudo piorou no centro cirúrgico. Em momento algum me perguntaram qual era meu plano de parto. Eu queria o mais natural possível, mas não respeitaram e já injetaram oxitocina em mim. Não permitiram que meu acompanhante entrasse comigo, sendo que é um direito por lei. Ele também usou o fórceps sem consentimento e sem anestesia.Em momento algum ele me informou que faria isso. Eu tinha dilatação total. Logo após a retirada do neném com o fórceps, ele colocou a mão dentro de mim violentamente para tirar a placenta. Ele também colocou vários panos dentro de mim sem avisar". Essas atitudes do médico e sem o consentimento de Kátia trouxeram consequências para ela, como 50 pontos para fechar o rasgo que foi feito da vagina até o ânus em decorrência do uso inadequado do fórceps."Os pontos não foram feitos corretamente, eu terei que fazer outra cirurgia para reparar e retirar a inflamação, porque ele deixou pele sobrando. Está vazando líquido de fezes do meu intestino que, se atingir meu útero, pode contaminar e me deixar estéril", disse. Depois de todo o procedimento, as enfermeiras e o médico culpabilizaram Kátia pelo ocorrido. Segundo ela, disseram que Kátia dificultou porque gritou muito e atrapalhou o procedimento. Ela revelou que o médico estava com pressa, pois era o fim do seu plantão e ele tinha mais cirurgias para fazer. Segundo ela, o profissional tomou decisões sozinho e as consequências para ela foram um episódio traumático, infecções, dores e lembranças ruins (BORGES, 2018, s.p).

Esse relato somente evidenciou a forma brutal que as parturientes são tratadas pelo Sistema Único de Saúde, situação esta contrária aos princípios do SUS, sendo eles: universalização (saúde é direito de cidadania e cabe ao Estado garantir acesso a esse direito por toda a pessoa, independentemente de

sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais); equidade (o objetivo é reduzir desigualdades, tratando desigualmente os desiguais, ou seja, investir onde a carência é maior) e integralidade (assegurar atuação intersetorial). Sendo demonstrado que os princícpios do SUS são amplamente violados diariamente.

Apesar do SUS ser referência mundial devido sua política de igualdade, atualmente os profissionais de saúde desmoralizam o sistema, pois, a saúde pública brasileira esta marcada por atendimentos abusivos, repletos de preconceitos étnicos, socioeconômicos e de gênero.

Diante dessa situação de violação de direitos essenciais das gestantes é necessário garantir informações a essas mulheres, para reconhecerem e denunciar situações de violência obstétrica.

O Estado precisa urgentemente fiscalizar instituições hospitalares e colocar em prática o tratamento humanizado na rede de saúde, sob pena de ser conivente com as agressões físicas e psicológicas sofridas pelas mulheres em estado gravídico.

CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou baseando-se em concepções doutrinárias e casos concretos a realidade do interior das unidades hospitalares. Foi evidenciado as práticas de violência física e moral que as parturientes, específicamentes, as negras, são submetidas devido a ausência de respeito e abundância de preconceito dos profissionais de saúde.

O Brasil e os demais países da América Latina foram construídos com base no patriarcado e na concepção do "homem branco como superior", essa falsas concepções precisam ser extintas, pois, todos são iguais perante a lei. Frase antiga, mas que ainda precisa ser repetida devido ao sexismo, racismo e misoginia, ainda presentes na sociedade do século XXI.

Neste artigo, demonstrou-se historicamente a estruturação dessa violência, e a seletividade das vítimas. Foi apontado dados sobre os altos indíces de práticas que configuram violência obstétrica, como o percentual de 92% de mortes maternas as quais poderiam ter sido evitadas com o atendimento adequado. O Estado, bem como, os profissionais da saúde, precisam ser responsabilizados, a contínua agressão psicológica e física contra a mulher não

deve ser tolerada.

Portanto, o Estado precisa monitorar o atendimento ofericido a mulher em estado gravídico, analisando os príncipios basilares do tratamento humanizado está sendo colocado em prática. É necessário também, qualificar os médicos, enfermeiras obstétricas, atualizá-los, informá-los sobre as normas da Organização Muncial da Saúde, sobre prodimentos humanitários a serem utilizados, para assim, promover um bom relacionamento entre a paciente e os profissionais da saúde. E dessa forma, eliminar as práticas prejudicais e descesssárias de intervenções, substituindo por atos comprovadamente benéficos para a parturiente e o feto.

Por fim, é preciso cobrar do Estado o investimento em Centros de Parto Natural, e a fiscalização das instituições de saúde. Os direitos reprodutivos das mulheres, como o direito ao acompanhante, a autodeterminação, a escolha do processo de parto, calcado em informações, devem ser efetivados e não silenciados pela banalização da violência.

REFEFÊNCIAS

ARGENTINA. Ley 26.485 de marzo 11 de 2009. *Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.* Disponível em: <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_de_proteccion_integral_a_la_mujer_-_argentina.pdf>. Acesso em: 15 de out. 2019.

ARTEMIS. Associação Artemis. *Igualdade entre sexos e valorização da mulher, Redução da mortalidade infantil, Melhoria da saúde materna.* [S.I], [2000 e 2020]. Disponível em: <https://www.artemis.org.br/institucional-1>. Acesso em: 16 de out. 2019.

ASSOCIAÇÃO DE OBSTETRÍCIA E GINECOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Posicionamento da SOGESP em Relação ao PL 435/2019*. [S.I], [2000 e 2020]. Disponível em: <https://www.sogesp.com.br/noticias/posicionamento-da-sogesp-em-relacao-ao-pl-4352019/>. Acesso em: 16 de out. 2019.

BLOGUEIRAS NEGRAS, Grávida, Pobre e Negra: *quando a violência e omissão obstétrica matam e parir vira uma questão de coragem*. [S.I], 2014. Disponível em:< https://agenciapatriciagalvao.org.br/tag/caso-alyne/?print=pdf-search>, Acesso em: 27 jun. 2020, 20:00.

BORGES, Pedro; LAURA, Anna. Segundo Ministério da Saúde, 62,8% das mulheres mortas durante o parto são negras: *A equipe de reportagem do Alma Preta conversou com enfermeiras e mulheres que passaram por processos violentos durante o parto. De acordo com as entrevistadas, o estereótipo da "mulher negra forte" justifica a falta de auxílio dada durante o procedimento médico*.[S.I], 2018. Disponível em: <https://www.almapreta.com/editorias/realidade/segundo-ministerio-da-saude-62-8-das-mulheres-mortas-durante-o-parto-sao-negras>. Acesso em: 01 set. 2020, 19:14.

BRASIL*, Comitê para a eliminação da discriminação contra a mulher caso Alyne da Silva Pimentel relatório do governo brasileiro*. [S.I], [2000 e 2020]. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4495429/mod_resource/content/1/Relatorio2014CasoAlyne22agosto1v.pdf>, Acesso em: 27 jun. 2020, 22:00.

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

BRASIL. Decreto de nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. *Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htmhtm>. Acesso em: 15 de out. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.778.htm>. Acesso em: 15 de out. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.108, de 07 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à *presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde* - SUS. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 15 de out. 2019.

BRASIL. *Princípios do SUS*. [S.I], [2000 e 2020]. Disponível em: < https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude/principios-do-sus>, Acesso em: 28 jun. 11:10.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Violência Obstétrica: você sabe o que é*? [S.I], 2013. Disponível em: <http://www.sentidosdonascer.org/wordpress/wp-content/themes/sentidos-do-nascer/assets/pdf/controversias/Violencia-obstetrica.pdf>. Acesso em: 15 de out. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 6.144, de 07 de junho de 2018. *Dispõe sobre a implantação de medidas de informação a mulheres grávidas e paridas sobre a política nacional de atenção obstétrica e neonatal, visando, principalmente, à proteção delas no cuidado da atenção obstétrica no Distrito Federal*. Distrito Federal, 2018. Disponível em: <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/700564f2b3214c69a7c7c7897caab258/Lei_6144_07_06_2018.html>. Acesso em: 15 de out. 2019.

DOMINGUES, Filipe. Ministério diz que termo 'violência obstétrica' é 'inadequado' e deixará de ser usado pelo governo. Portal G1 Notícias, 07 de mai. 2019. Disponível em: < https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/05/07/ministerio-diz-que-termo-violencia-obstetrica-tem-conotacao-inadequada-e-deixara-de-ser-usado-pelo-governo.ghtml>. Acesso em: 09 de out. 2019

GUIMARÃES, A.S. *Racismo e Antirracismo no Brasil*. 3.ed. São Paulo: 34, 2009.

FERREIRA, Vitória de Miranda. Mãe Preta: *estudo sobre o índice de violência obstétrica entre as mulheres negras*. [S.I], [2000 e 2020]. Disponível em: < https://www.copene2018.eventos.dype.com.br/resources/anais/8/1532453580_ARQUIVO_CopeneMG.pdf> , Acesso em: 28 jun. 10:30

FRANCISCO, Rossana Pulcineli Vieira. *FEBRASGO apoia posicionamento da SOGESP em relação ao PL 435/2019. FEBRASGO* (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia), 16 de ago. 2019. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/en/component/k2/item/852-febrasgo-apoia-posicionamento-da-sogesp-em-relacao-ao-pl-435-2019>. Acesso em: 15 de out. 2019.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Violência no parto: na hora de fazer não gritou*. 25 de mai. 2013. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/2013/03/25/violencia-no-parto-na-hora-de-fazer-nao-gritou/>. Acesso em: 09 de out. 2019.

GOIÁS (Estado). Lei nº 19.790, de 24 de julho de 2017. *Institui a Política Estadual de Prevenção à Violência Obstétrica no Estado de Goiás*. Disponível em: < http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=21670>. Acesso em: 15 de out. 2019.

GUIMARÃES, Alberto. *Ministério diz que termo 'violência obstétrica' é 'inadequado' e deixará de ser usado pelo governo. Entrevistador: Felipe Domingue*s. Entrevista concedida ao Portal G1 Notícias, 07 de mai. 2019. Disponível em: < https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/05/07/ministerio-diz-que-termo-violencia-obstetrica-

tem-conotacao-inadequada-e-deixara-de-ser-usado-pelo-governo.ghtml>. Acesso em: 09 de out. 2019.

HOOKS, Bell. E eu não sou uma mulher?: *Mulheres Negras e Feminismo*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2020.

HOOKS, Bell. *O Feminismo para todo mundo*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2019.

LÓPEZ, Laura Cecília. O conceito de racismo institucional: *aplicações no campo da saúde. Interface - Comunicação, Saúde, Educação,* Botucatu, 2012. Disponível em: <http://www.scielosp.org/pdf/icse/v16n40/aop0412.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020, 13:45.

MATO GROSSO DO SUL (Estado). Lei nº 5.217, de 26 de junho de 2018. *Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e de proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências*. Mato Grsso do Sul, 2018. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=361631>. Acesso em: 15 de out. 2019.

MINAS GERAIS (Estado). Lei nº 23.175, de 21 de dezembro de 2018. *Dispõe sobre a garantia de atendimento humanizado à gestante, à parturiente e à mulher em situação de abortamento, para prevenção da violência na assistência obstétrica no Estado*. Minas Gerais, 2018. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=372848&cmp=75>. Acesso em 15 de out. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Despacho DAPES/SAS/MS. Referência: Processo nº 25000.063808/2019-47*. Brasília, 03 de mai. 2019. 2019a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/oficio-ms>. Acesso em: 11 de out. de 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Ofício nº 296/2019/COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS. *Secretário de Atenção Primária à Saúde: Erno Harzheim*. Brasília, 07 de jun. 2019. 2019b. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/oficio-ms>. Acesso em: 11 de out. de 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Recomendação nº 29, de 07 de maio de 2019. Autos nº 1.34.001.007752/2013-81, Inquérito Civil*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190510-11.pdf>. Acesso em: 16 de out. 2019.

NASCER NO BRASIL. Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento: sumário executivo temático da pesquisa. Disponível em: <http://www6.ensp.fiocruz.br/nascerbrasil/wp-

content/uploads/2014/11/sumario_executivo_nascer_no_brasil.pdf>. Acesso em: 16 de out. 2019.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *OAB repudia despacho do Ministério da Saúde que elimina o termo violência obstétrica. Conselho Federal da OAB*, Brasília, 08 de mai. 2019. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/57183/oab-repudia-despacho-do-ministerio-da-saude-que-elimina-o-termo-violencia-obstetrica>. Acesso em: 11 de out. de 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. WHO *Recommendations: intrapartum care for a positive childbirth experience. Genebra: World Health Organization*,. [S.I.],2018. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/260178/9789241550215-eng.pdf>. Acesso em: 15 de out. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS. *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. 2014. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020, 17:10.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS .*Taxas de Cesáreas*. [S.I], [2000 e 2020]. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15.02_por.pdf?sequence=3>, Acesso em: 20 jul. 2020, 15:40.

PARANÁ (Estado). Lei nº 19.701, de 20 de novembro de 2018. *Dispõe sobre a violência obstétrica, sobre direitos da gestante e da parturiente e revoga a Lei nº 19.207*, de 1º de novembro de 2017, que trata da implantação de medidas de informação e proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica. Paraná, 2018. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=369582>. Acesso em: 15 de out. 2019.

PASTORAL DA CRIANÇA. *Parto Natural, Normal ou Cesárea: entenda as diferenças e recomendações*. Curitiba, 07 de jun. 2019. Disponível em: <https://www.pastoraldacrianca.org.br/parto/parto-natural-normal-ou-cesarea-entenda-as-diferencas-e-recomendacoes>. Acesso em: 12 de out. 2019.

RIBEIRO, *Djamila. Pequeno Manual Antirracista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

REDE PARTO DO PRINCÍPIO. Violência Obstétrica: "*Parirás com dor*". *Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as*

Mulheres. [S.I] 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 16 de out. 2019.

RONDÔNIA (Estado). Autógrafo de Lei nº 606, de 1º de novembro de 2017. *Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica, no Estado de Rondônia.* Rondônia, 2017. Disponível em: <http://ditel.casacivil.ro.gov.br/COTEL/Livros/Files/L4173-PL.pdf>. Acesso em: 15 de out. 2019.

SANTA CATARINA (Estado). Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017. *Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina.* Santa Catarina, 2017. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html>. Acesso em: 15 de out. 2019.

SERRA, Maiane Cibele Mesquita; SILVA, Artenira da Silva e. *Violência Obstétrica no Brasil: um enfoque a partir dos Acórdãos do STF e STJ*. Revista Quaestio Iuris. Rio de Janeiro, vol.10, nº. 04, p. 2430-2457, 2017. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/28458/21893. Acesso em: 2019

TOCANTINS (Estado). Lei nº 3.385, de 27 de julho de 2018. *Dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins*. Tocantins, 2018. Disponível em: <https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3385-2018_48071.PDF>. Acesso em: 15 de out. 2019.

VIOLÊNCIA obstétrica*: MPF e entidades repudiam orientação do ministério da Saúde de abolir termo*. Migalhas, 10 de mai. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI302078,51045-Violencia+obstetrica+MPF+e+entidades+repudiam+orientacao+do>. Acesso em: 15 de out. 2019.

LEVIATÃ DA ERA DIGITAL: colisão entre o direito à privacidade e direitos fundamentais

Celeida Maria Celentano Laporta
Advogada
PUC
advogada@celeidalaporta.adv.br

Resumo: O objetivo deste artigo é delimitar a efetividade de uma sociedade na era digital, no que tange à colisão do direito à privacidade e os direitos fundamentais de acesso à informação. Para contextualizar a Sociedade Digital Interativa, apresentam-se os institutos Jurídicos e algumas terminologias esclarecendo diante dessa interdisciplinaridade, do Direito e da Tecnologia, as características e os impactos da sociedade virtual. O direito de personalidade é um direito fundamental, direito individual e direito da liberdade, nessa trilha, relata-se um breve histórico do direito à privacidade e as reflexões sobre o direito de proteção à intimidade em contraposição ao direito ao livre acesso à informação, perante uma sociedade que utiliza em números expressivos a supervia da informação, ou seja, a Internet sustentada por seus tentáculos fronteiriços que tudo acessa e tudo controla. Por conseguinte, análise do cenário atual de governança da Internet, no que tange ao desenvolvimento de regras, princípios e procedimentos comuns aos Governos, setor privado e sociedade civil perante a utilização e a evolução da Sociedade da Informação.

Palavras-chave: Direito à privacidade; sociedade digital interativa; invasão privacidade; governança na Internet.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar o aspecto do controle da informação e a gestão da mesma, bem como a invasão da privacidade que esse universo digitalizado provoca na vida dos usuários da tecnologia.

A informação é de todos ou é de cada indivíduo, as informações e dados ora estão centralizadas, ora distribuídas, nem sempre de forma racional ou legalizada.

O mundo tem assistido a uma formidável revolução tecnológica nas últimas décadas, a difusão da informática produziu profundas transformações sociais, econômicas, políticas e culturais, no plano nacional e internacional. Os instrumentos informáticos penetraram e geraram inúmeras alterações na sociedade e consequentemente nas regras e nas leis que a regem, transitando entre

duas ciências: a Tecnologia e o Direito.

Thomas Hobbes, no século XVIII, criou a concepção do Leviatã, o monstro bíblico que, em uma visão metafórica, representava o Estado, protetor e detentor de um contrato social que estabelecia a paz, com seus tentáculos controlava e garantia os direitos e deveres dos indivíduos, afinal, o mundo precisava evoluir e a sociedade necessitava de ordenamento para trilhar esta evolução onde os homens abdicariam da guerra contra outros homens. E como o mundo evoluiu, paralelamente, um novo Leviatã foi incorporado: o Leviatã da era digital, automatizado e controlador das vias de informação, dos dados, das imagens e dos áudios.

O Direito Digital insurge com paradigmas o direito à informação, o direito à privacidade do cidadão e das empresas, o respeito à privacidade de terceiros e os direitos fundamentais de cada personagem.

Na era digital emerge uma colisão de direitos onde a informação é distribuída indiscriminadamente; Internet, redes sociais, bancos de dados, rastreamento, assinatura digital, culminando com a convergência da informação pública e privada.

O maior desafio encontra-se entre a velocidade das inovações e a inércia do Direito em legislar sobre redes sociais, telecomunicações, comércio eletrônico e acesso a banco de dados distribuídos.

No que diz respeito à privacidade, foram analisados com enfoque jurídico os tópicos: histórico do direito à privacidade, características do direito à personalidade e proteção à palavra, à imagem e à intimidade.

Ademais, buscou-se traçar uma linha de convergência para analisar e escrever a respeito da privacidade na era digital perante os questionamentos e as pesquisas sobre: limites do direito fundamental à liberdade e o direito à privacidade, rede social, comércio eletrônico, e-mail, e crimes contra a privacidade na internet.

Por fim, este artigo está fundamentado no trabalho de conclusão de curso de Direito da Universidade Anhembi Morumbi[1] da primeira autora, com empenho em observar conceitos e indagações para delimitar a colisão do direito

[1] LAPORTA, Celeida M. Celentano. *O Leviatã da Informação: A ameaça ao direito à privacidade na era digital.* Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. - Universidade Anhembi Morumbi.2011.

à privacidade e os direitos fundamentais na era digital.

2 SOCIEDADE DIGITAL INTERATIVA

No Direito Digital, a informação é a sua matéria prima, pertencente ao gênero de bens imateriais, informação essa que pode ser transacionada, arquivada, manipulada, valorizada e subtraída ilicitamente.

Nessa linha, o Direito evoluiu, contemplando os institutos, os princípios fundamentais e a legislação como arcabouço de sustentação para a sociedade digital interativa.

A interatividade digital é uma espécie de relação intersocial, isto é, uma relação de diálogo entre o homem e a máquina, que possibilita a interação com a ferramenta e com a informação.

No que se refere aos operadores do direito, ainda que muitos se apresentem reticentes à tecnologia, não há mais como evitar o advento tecnológico e seus impactos na sua profissão e de seus clientes. Impõe prestar serviços jurídicos nas esferas de elaboração de contratos e litígios sobre direitos autorais, propriedade intelectual, direito de imagem, segurança da informação, invasão de redes socias, royalties e comércio eletrônico.

Paesani[2] ensina que a informática e seus instrumentos penetram de tal maneira na sociedade que tem modificado as relações interindividuais, de maneira que a informação se transformou em um novo bem jurídico do homem moderno, que paira entre a falta de conhecimento tecnológico por parte dos juristas e desconhecimento jurídico por parte dos profissionais da tecnologia da informação.

Diante disso, o Direito Digital deve ser entendido e estudado de maneira que possa inovar e desenvolver os institutos, leis e procedimentos necessários para atender às necessidades dessa dicotomia de conhecimento cultural.

O advento da globalização da economia e da sociedade corolariamente impõe a globalização do pensamento jurídico, de modo a encontrar mecanismos de aplicação de normas que possam extrapolar os princípios da territorialidade.

No mundo globalizado, todos estão conectados em uma única aldeia, a tecnologia venceu as barreiras de distância e territorialidade. Essa tendência de

[2] PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet***.** São Paulo: Atlas, 2003, p.18.

globalização pode ser observada através de Convenções[3] e Tratados Internacionais, que estabelecem critérios e padrões de análise jurídica perante as barreiras fronteiriças.

As informações que transitam através de uma rede complexa de protocolos promovem uma sociedade digital interativa e a velocidade dos avanços tecnológicos é proporcional à velocidade de transmissão das informações.

Assim, discorre Casimiro[4], esta interatividade exige que as empresas virtuais estejam preparadas para atender consumidores e usuários a qualquer tempo e em qualquer lugar.

Ademais, conforme afirmado no trabalho científico de Laporta[5]:

> Para que as empresas tenham um canal de abertura e comunicação com o mundo digital, exige-se muito mais que apenas a seleção do público alvo ou outras preocupações de gestão, mas sim a criação de uma logística jurídica que reflita a diversidade cultural dos consumidores virtuais e as respectivas garantias desta relação jurídica. Todo este movimento tecnológico-social traz algumas consequências que deverão ser resolvidas, como manter o direito a privacidade e garantir o direito à informação, ressaltando que o Brasil é signatário de tratados e convenções internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Diante da sociedade digital interativa, um dos grandes desafios do Direito Digital é estar preparado para o desconhecido, com capacidade de interpretar, entender e adaptar a realidade e os costumes de uma sociadade globalizada e interligada frente aos respectivos impactos no caso concreto, que são provocados em relações jurídicas que devem ser normatizadas perante

---

[3] a) "Lei Modelo da United Nations Commission on Internacional Trade Law (UNCITRAL) para o comércio eletrônico com guia para a aplicação", produzida pela primeira vez em 1996, atualizada em 1998. Este documento é referência mundial e todos os países devem fundamentar-se nele ao regulamentar o comércio eletrônico na Internet. Disponível na integra wwww.uncitral.org

b) a "Cartilha sobre Comércio Eletrônico e Propriedade Intelectual" publicada pela WIPO/OMPI, em maio de 2000, que aborda questões como jurisdição e legislação aplicável, entre outras, relativas ao comércio eletrônico.

[4] CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. *A Responsabilidade Civil pelo conteúdo da Informação Transmitida pela Internet*. Coimbra: Almedina, 2000.

[5] LAPORTA, Celeida M. Celentano. *O Leviatã da Informação: A ameaça ao direito à privacidade na era digital.* Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. - Universidade Anhembi Morumbi.2011, p.17.

normas válidas e eficazes em questões virtuais.

2.1 INSTITUTOS JURÍDICOS E SUAS TERMINOLOGIAS

Na construção de uma sociedade digital interativa, toda relação de protocolo hipertexto-multimídia, advinda de ações humanas ou por máquinas, implica em direito, deveres, obrigações e responsabilidades. A construção de institutos jurídicos é imprescindível para a construção de uma blindagem dos negócios diante dos riscos que o tratamento tecnológico reveste estas relações.

No mesmo sentido, para Paesani[6], o Direito é responsável pelo equilíbrio da relação comportamento-poder, que só pode ser alcançado com a adequada interpretação da realidade social, criando normas que garantam a segurança das expectativas através de sua eficácia e aceitabilidade, que compreendam e incorporem a mudança por meio de uma estrutura flexível que possa sustentá-la no tempo. E completa:

> A relação entre o Direito e o computador é profundamente diferente da relação entre o Direito e qualquer outra máquina existente no mercado. O Direito Digital é interdisciplinar, pois atinge simultaneamente numerosos campos do Direito.

Esta transformação leva-nos ao Direito Digital, que avança a cada dia, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e, além disso, criam novos. Por se tratar de um direito interdisciplinar, o Direito Digital se instaura em várias áreas do Direito, seja Direito Civil, Direito Autoral, Comercial, Tributário, Trabalhista, Penal e, como consequência, introduz novos institutos e elementos para o pensamento jurídico.

Empresas virtuais, provedores, direito autoral, correio eletrônico, segurança da informação, marcas e domínios, assinatura digital e certificado digital, entre os institutos jurídicos que se perfazem diante do direito digital, vale ressaltar, como ensina BLUM[7] sobre comércio eletrônico:

> Há um longo caminho que deve ser percorrido. Com o crescimento mundial da Internet e dos negócios via computador, crescem também as dúvidas e problemas da aplicação comercial desta nova tecnologia. Uma das grandes questões na história da humanidade sempre foi à busca pela certeza da autenticidade de documentos e até mesmo de pessoas. Se tal

[6] PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet***.** São Paulo: Atlas, 2003, p.8.
[7] BLUM. Renato Opice. *Direito Eletrônico.* São Paulo: Edipro, 2001, p.43.

> já ocorria com papéis e pessoas ao alcance de nossas mãos e olhos, o que dizer agora que temos como parceiros em negócios apenas nomes em uma tela de computador?

Ademais, em análise à divulgação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)[8] em 21/02/2018, os números de usuários de internet e o crescimento do e-commerce no Brasil são expressivos.

O Brasil tem 116,1 milhões de usuários de internet, aproximadamente três quartos da população têm celular e, apesar de o uso do celular ser predominante, outras formas de acesso à rede são via microcomputador (63,7%), tablet (16,4%) e televisão (11,3%).

Segundo o portal novovarejo[9], a compra via plataforma online no Brasil em 2018 terá um crescimento de 12% no faturamento, rendendo ao todo R$ 53,5 bilhões de reais.

Nessa linha, acrescenta Chiesi Filho[10] sobre os números relativos a comércio eletrônico:

> Conforme matéria divulgada pelo website da revista ISTOÉ DINHEIRO em 04/05/2017: "O líder de audiência do comércio eletrônico no Brasil é o Mercado Livre. De acordo com a comScore, empresa especializada em medição de audiência na internet, o Mercado Livre foi acessado por 44,2 milhões de visitantes únicos no mês de fevereiro[11].

Na mesma matéria consta que, na sequência, vem a B2W que é a empresa que agrega os websites www.americanas.com.br, submarino.com.br e shoptime.com.br, os quais, juntos, foram acessados por 41,3 milhões de visitantes no mesmo período.

Na terceira posição figura a CNova que é composta pelas operações

---

[8] IDGNOW. *O Brasil tem 116 milhões de usuários internet e comunicação é o principal uso. Disponível em* <http://idgnow.com.br/internet/2018/02/21/brasil-tem-116-milhoes-de-usuarios-internet-e-comunicacao-e-o-principal-uso/>. Acesso em 02/04/2018.

[9] PINTO, Leandro. *E-Commerce deve ter o maior crescimento em 2018 após dois anos*. Disponível em <http://www.portalnovarejo.com.br/2018/03/09/e-commerce-deve-ter-maior-crescimento-em-2018-apos-dois-anos/ >. Acesso em 12/03/2018.

[10] CHIESE FILHO, Humberto. *Estudo de Caso: Programa Action – Mercado Livre – A Mediação na solução de controvérsias entre usuários da internet.* 2017, p.5. Apresentação de artigo III Congresso Hispano-Brasileiro: Direitos Humanos.

[11] SAMBRANA, Carlos. *O mais visitado.* Disponível em <http://www.istoedinheiro.com.br/o-mais-visitado/>. Acesso em: 29/05/2017.

eletrônicas do Ponto Frio (www.pontofrio.com.br), Casas Bahia (www.casasbahia.com.br), Extra (www.extra.com.br), Barateiro (www.barateiro.com.br) e PartiuViagens (www.partiuviagens.com.br), com 25,7 milhões de acessos".

Observar esse cenário traduz um fio condutor para uma sociedade de usuários online que tem o hábito de acessar plataformas online e aplicativos mobile. Esses usuários, inevitavelmente, disponibilizam suas informações pessoais e acessam tantas outras.

Estas são apenas algumas das situações que juridicamente já estão sendo observadas, entre outras: crimes virtuais, e-learning, TV interativa, publicidade online, leilão virtual, finanças virtuais, todas com reflexos jurídicos tanto no direito à informação quanto no direito à privacidade.

Inúmeros são os conceitos e as terminologias utilizadas para um ramo tão impetuoso, que acompanha o Direito na evolução da tecnologia: Direito da Sociedade da Informação, Direito Eletrônico, Direito da Informática, Direito da Internet, Direito Cibernético e Direito Digital.

A partir do entendimento de CASIMIRO[12]:

> O termo globalmente utilizado é Sociedade da Informação, ou seja, uma sociedade onde a informação é considerada um recurso estratégico primordial e indispensável para o seu próprio desenvolvimento; uma sociedade que dá prioridade à célere e eficaz transmissão de informação.

As terminologias aplicadas pelos doutrinadores são várias, entretanto, prevalece a todas elas o conceito maior de que devem representar uma sociedade onde a informação está elencada como um dos seus maiores bens jurídicos, item indispensável para o desenvolvimento de uma sociedade onde a prioridade é o tempo, a celeridade e a eficácia do acesso e da transmissão das informações que se mantêm em contínuo desenvolvimento.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE

O Direito tem a função de tutelar os interesses e bens jurídicos da sociedade para que ela viva, conviva e sobreviva em harmonia e tem como objetivo normatizar a interação das pessoas com as outras pessoas do mundo,

[12] CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. *A Responsabilidade Civil pelo conteúdo da Informação Transmitida pela Internet*. Coimbra: Almedina, 2000, p.32.

perante as terminologias de justiça, personalidade e humanidade.

O mestre Brunello Stancioli[13], da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), ensina em seu artigo publicado na internet a origem do conceito de pessoa:

> É correto afirmar que os termos concernentes à *personalidade* já circulavam entre os romanos e os gregos. Segundo BOÉCIO, *persona* – a par de seu equivalente grego *prósopon (Prosvpon)* – designava a máscara utilizada no teatro. Por essa máscara soava mais alta, a voz do ator. Em outra acepção, essa máscara (*persona*) evocava sempre o papel desempenhado pelo ator. Era a pessoa, a figura representada, a personagem ou mesmo a personalidade: O nome de pessoa [*persona*], em verdade [...] provém daqueles que representavam, nas comédias e nas tragédias, as figuras que ofereciam o pertinente interesse. Em verdade *persona* advém de *personando* [*personare*: *per* – muito, com força, e *sonare* - soar]. Ver-se-á, claramente que tal palavra advém de *sonus* [som]. É certo, por essa razão, que o som, então produzido, é necessariamente mais forte, em decorrência da própria concavidade [da máscara]. TOMÁS DE AQUINO, remetendo-se a BOÉCIO, utiliza-se da mesma metáfora como sendo a etimologia de pessoa, ao afirmar que "o termo *persona* parece derivar das máscaras que representavam personagens humanas nas tragédias". A noção de "máscara" e "papel" é, ainda hoje, pertinente nesse sentido de: Representar a concepção que formamos de nós mesmos – o papel que nos esforçámos para desempenhar – essa máscara é nosso mais verdadeiro eu, o eu que gostaríamos de ser [...]. Viemos ao mundo como indivíduos, alcançamos caráter, e tornamo-nos pessoas.

Diante da pesquisa de Laporta[14], o direito de personalidade tem a ver com a posição das pessoas humanas no Direito, com a exigência de sua dignidade. O direito subjetivo de personalidade tem uma unidade, a qual decorre da unidade da pessoa e da sua dignidade. O titular do direito é uno e a sua dignidade também é, ou seja, personalíssima.

O direito de personalidade é direito fundamental, direito individual e direito da liberdade, sendo que essas expressões são sinônimas e se complementam. Em suma, o que de fato importa é o núcleo comum a que todos tutelam: a pessoa.

---

[13] STANCIOLI, Brunello. *Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro.* Publicado em 2003. Disponível em <http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm> Acesso em 24/04/2018.

[14] LAPORTA, Celeida M. Celentano. *O Leviatã da Informação: A ameaça ao direito à privacidade na era digital.* Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. - Universidade Anhembi Morumbi.2011, p.28.

Alexandre de Moraes[15] descreve que a Lei das Doze Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão:

> A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hamurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direito comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes. A influência filosófico-religiosa nos direitos do homem pôde ser sentida com a propagação das ideias de Buda, basicamente sobre a igualdade de todos os homens (500 a.C.). Posteriormente, já de forma mais coordenada, porém com uma concepção ainda muito diversa da atual, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estóicos (por exemplo, na obra Antígona – 441 a.C. - Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos do homem. Contudo, foi o Direito romano quem estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das Doze Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.

No mesmo sentido, apropriado citar o artigo de Bruno Stancioli [16] sobre a criação do direito da personalidade:

> Segundo WIEACKER, o Direito Geral da Personalidade foi criação do Supremo Tribunal Federal da Alemanha, já no século XX . Em Portugal, pode-se apresentar o artigo 70 do Código Civil Português, que apresenta tutela geral da personalidade:

---

[15] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*: *comentários aos arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasi*l. São Paulo: Atlas, 1998, p.24.

[16] STANCIOLI, Brunello. *Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro.* Publicado em 2003. Disponível em <http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm> Acesso em 24/04/2018.

> Art.1 - A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de lesão à sua personalidade física ou moral.
>
> Art.2 - Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já contida.

Os direitos da personalidade são absolutos, imprescindíveis, irrenunciáveis e indisponíveis. Eles nascem com a pessoa e terminam, em regra, com a sua morte. São eles os direitos à própria vida, à imagem, à manifestação do pensamento, à proteção ao nome e a inviolabilidade da vida privada.

3.1 HISTÓRICO DIREITO À PRIVACIDADE

As normas jurídicas representam, ao longo da história, a evolução da sociedade e suas necessidades. Essas normas nasceram através dos tempos com as seguintes legislações: Código de Hamurabi, Legislação Mosaica, Código de Manu, Lei das XII Tábuas, O Alcorão, A Magna Carta, Dos Delitos e das Penas, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e Declaração Universal dos Diretos do Homem.

Ainda que esses códigos normatizassem com muita punição, sempre preservaram a honra, o nome e a palavra.

A título de exemplo, tem-se que, perante os crimes de injúria ou insulto, a língua era cortada com estilete de ferro em brasa e com óleo fervente pela boca como pagamento de multa.

> Art. 263 – Se eles os designar por seus nomes e por suas classes de maneira ultrajosa, um estilete de ferro, de dez dedos de comprimento, será enterrado fervendo em sua boca
>
> Art. 264 – Que o rei lhe faça derramar óleo fervente na boca e na orelha, se ele tiver a imprudência de dar conselhos aos brâmanes relativamente a seu dever. (Código de Manú, 1000 a.c).

Através de um caminhar de erros e acertos, guerras e revoluções, a humanidade, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, consolidou, em tese, o pensamento jurídico mais avançado da humanidade, qual seja, a Declaração de Direitos Universais.

Não obstante, o direito da intimidade ou da reserva da pessoa, que dispõe sobre a vida privada, a imagem, a intimidade e o sigilo, são correlatos ao

contexto cultural, social e territorial no qual cada pessoa está inserida.

Em síntese, para Laporta[17], o Direito à privacidade tem relação com todos os acontecimentos, fatos ou situações que a pessoa não deseja compartilhar e nem tornar público. É o que mais caracteriza o indíviduo dentro de sua singularidade e da sua identidade única e pessoal, ou seja, sua vida privada.

3.2 PROTEÇÃO À IMAGEM, AO NOME E À INTIMIDADE

O direito à privacidade é delimitado por um espaço não tangível, que compõe os princípios e valores da vida privada de cada pessoa. Não existem fronteiras entre as ameaças físicas e/ou psíquicas e, como bens jurídicos indivisíveis e indisponíveis, há de se proteger a imagem, o nome e a intimidade da pessoa.

A invasão da privacidade é coisa antiga, segundo ensina Blum[18]:

> A invasão de privacidade é coisa antiga, vem dos tempos imemoriais, está correlacionada à busca de informações. Na Renascença, o florentino Machiavelli, um cínico, na acepção filosófica da palavra, cunhou uma frase que se tornou célebre, justamente proque sintetiza a razão desta busca: quem tem a informação, tem o poder. Se antes as informações estavam desconectadas umas das outras, agora, o cruzamento é total, numa velocidade em ritmo de bytes, no já vetusto conceito de aldeia global preconizado por Herbert Mcluhan.

Ademais, compete à Carta Magna brasileira, nos termos do seu art. 5º, assegurar, preservar e proteger esses direitos:

> "Art. 5º [...]
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação

[17] LAPORTA, Celeida M. Celentano. *O Leviatã da Informação: A ameaça ao direito à privacidade na era digital.* Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. - Universidade Anhembi Morumbi.2011, p.33.

[18] BLUM. Renato Opice. *Direito Eletrônico.* São Paulo: Edipro, 2001, p.403.

judicial;

> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

Os conceitos de intimidade e vida privada se interligam de maneira tênue e, para Alexandre de Moraes[19], intimidade e vida privada se diferenciam entre as relações subjetivas e as relações objetivas:

> intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comercias, de trabalho, de estudo e etc.

Em análise da distanção entre a intimidade e a vida privada, Mendes[20] esclarece a teoria alemã das esferas de Hubmann (1953), em sua famosa obra *Das Personlichkeitsrecht,* que classificou o direito geral de personalidade em três círculos ou esferas concêntricas:

> Na esfera maior, a privada, passam-se os acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem públicos. Fora dessa esfera situam-se as ocorrências e condutas de natureza pública, ao alcance da coletividade em geral, não cabendo, os delitos de indiscrição. A esfera da intimidade, ou esfera confidencial, está contida na esfera privada;é um círculo fechado de que toma parte somente pessoas muito íntimas. Por último, mais no centro, encontra-se a esfera do segredo, que deve ser protegida de toda forma de indiscrição. Dessa esfera não participam sequer as pessoas da intimidade do sujeito; a necessidade de proteção contra a indiscrição é mais intensa.

O direito à privacidade, tanto na sua esfera maior, aquela que contém os fatos públicos da vida do cidadão, quanto na menor, que é a esfera da intimidade com as informações mais íntimas das pessoas ou até mesmo no seu centro, onde se aloja a esfera dos segredos, ainda que protegido pelo ordenamento jurídico, são direitos que encontram-se notoriamente ameaçados diante da invasão da privacidade da era digital, um espaço cibernético onde tudo se sabe, tudo se vê e tudo se controla.

---

[19] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva 2008, p.53.

[20] MENDES,Maria Gilmaíse de Oliveira Mendes. *Direito à Intimidade e Interceptações Telefônicas*. Belo Horizonte: Livraria e Editora Mandamentos, 1999,p.46.

4. IMPACTOS DO ACESSO À INFORMAÇÃO DIGITAL

Por outro viés, o acesso à informação também é um direito fundamental, previsto no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º, inciso XXXIII, bem como no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal de 1988.

Diante do anseio da informação a qualquer tempo, em um espaço cibernético onde a tecnologia se transforma a cada segundo, há de se considerar as gerações que nascem neste ambiente, atualmente a "Geração Z" ou também apelidada de geração "pós-millenials" ou ainda "descendentes dos nativos digitais", gerações essas que decidem, consomem, divulgam e vivem sobre a égide da informação digital, principalmente com seus smartphones.

Segundo pesquisa da Revista Exame [21], a "geração Z" nos Estados Unidos compõe um exército de 70 milhões de pessoas, ou seja, cerca de 22% da população. Com a popularização dos smartphones, em um curto prazo, praticamente tudo será feito no mundo virtual. Entretanto, os consumidores estarão cada vez mais preocupados com a sua privacidade, seja nos pagamentos, nas transações ou nas buscas por produtos e serviços. É sabido que os usuários não desejam que as empresas tenham todas as suas informações depois de comprar ou acessar alguma pesquisa. Diante disso, será crescente a busca por sites, apps e ferramentas que permitam deixar as informações dos usuários mais discretas e confidenciais.

O acesso às informações atravessa as fronteiras da intimidade e chegam muitas vezes a devastar a vida privada das pessoas, na medida em que quase tudo está a um "click", um "like" ou um "enter".

Para Peck[22], o limite entre o acesso à informação e o direito à privacidade tem que ser equacionado, sopesando-se os interesses comerciais, a privacidade, a responsabiliade e o anonimato gerados pelos novos veículos tecnológicos.

E ainda leciona:

> Não há lacuna jurídica no tocante à solução da privacidade na Internet. Há, sim, falta de entendimento quanto à explicação de leis em vigor para

[21] CALEIRO, João Pedro. *Esqueça os millenials:geração Z vem aí*. Disponível em < https://exame.abril.com.br/economia/esqueca-os-millenials-a-geracao-z-vem-ai/>.Acesso em 10/05/2018.

[22] PECK, Patrícia Pinheiro. *Direito Digital*. São Paulo: Editora Saraiva 2002, p.37.

> questões relativamente novas, que exigem interpretação da norma e sua adequação ao caso concreto. Este é um princípio fundamental para a aplicação do Direito, e, consequentemente, deve ser adotado também no Direito Digital.

Nessa mesma linha, ensina Casimiro[23] que a necessidade ao rápido acesso à informação, bem como à utilização dessas informações, tem levado à conclusão de que a internet corresponde à *autoestrada da informação*, que possibilita encontrar a informação adequada para cada necessidade. A internet nos EUA foi apelidada de "autoestrada da informação" (*information superhighway*) e questiona se a atual ordem jurídica está preparada para solucionar as dificuldades advindas dessas autoestradas virtuais de informação.

E, por essas estradas, diferentes caminhos e ferramentas são escolhidas para ter acesso à informação e se comunicar, sejam por meio de e-mails, e-commerce, Facebook, spywares, Instagram, LinkedIn, WhatsApp, Skype, Google Hangouts, programas de acesso a sistemas governamentais, informações bancárias, entre tantas outras e, com elas, os impactos: spywares, spam, cookies, worms e hackers, que invadem e raptam as informações, rompem a privacidade das pessoas, seja dentro da esfera privada, pública ou secreta.

Para Crespo[24], os spywares são uma forma simples de se obter informações; são arquivos espiões que rastreiam informações do usuário contidas em seu computador. Também são encontrados os cookies, que nada mais são que um arquivo que guarda informações trocadas entre navegador e servidor, de modo a prover rapidez ao acesso informático, o que se dá pela desnecessidade de digitar alguns dados quando novamente houver acesso a uma determinada página.

Os worms são vírus mais inteligentes que os demais, que contaminam o maior número de computadores possível, identificando as falhas dos aplicativos instalados na máquina do usuário; já os hijackers são vírus que sequestram navegadores da internet e alteram o browser do usuário. Com essas ferramentas, por exemplo, se capturam materiais ou fatos privados sem consentimento da

[23] CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. *A Responsabilidade Civil pelo conteúdo da Informação Transmitida pela Internet*. Coimbra: Almedina, 2000, p.18.

[24] CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes Digitais*. São Paulo: Editora Saraiva 2011, p.25.

vítima[25].

A respeito das redes de relacionamento social, explica Basso[26] que seus impactos e sua estabilização no espaço virtual, definem-se como estruturas constituídas entre indivíduos e grupos ou organizações num determinado espaço, conectados a partir de vínculos pessoais (familiares, emocionais, profissionais ou ideológicos, por exemplo), variando entre a formalidade e a casualidade, de modo aleatório ou ordenado.

E completa que:

> **As redes de relacionamento social** de Internet, pelo alcance de suas estruturas e elevado grau de inclusão de usuários (medido por critério de associação ou adesão), também **acabam por ensejar a erosão da privacidade dentro e a partir da Internet**. Indivíduos em um grupo de afinidade são estimulados a observar e vigiar o comportamento de outros membros, em suas atividades da vida social. **"Grifos nossos**".

As redes sociais criam regras autônomas, possibilitam e disponibilizam conteúdos e informações pessoais, tais como nomes, fotos, endereços, textos, em regra, sem qualquer consistência ou proteção.

Nessa linha, cabe destaque ao livro "Faceboom" de Juan Faerman[27], quando explica que a informação contida nas redes sociais é matéria prima por excelência para a bisbilhotice de bairro do século XXI, e contextualiza para que servem as redes sociais:

> **Diz-me toda a informação sobre ti e dir-te-ei quem és (grifos nossos)**

4.1 CENÁRIO DE GOVERNANÇA DA INTERNET

O tema sobre direito à privacidade e o acesso à informação, diante dessa gigantesca rede de redes que chamamos de internet, é extenso e controverso. São direitos a serem tutelados tanto para as pessoas físicas quanto para as pessoas jurídicas, envolvendo uma teia de conhecimentos e teorias complexas

---

[25] PFIZER, Erga. *Estudos, legislação e informações sobre a Privacidade na era digital.* Disponível em <https://ergapfizer.jusbrasil.com.br/artigos/404937864/estudos-legislacao-e-informacoes-sobre-a-privacidade-na-era-digital.> Acesso 20/05/2018.

[26] BASSO, Maristela. In: LUCCA, Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. *Direito & Internet. Aspectos Jurídicos Relevantes* Vol. II. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008, p.451

[27] FAERMAM, Juan. *Faceboom.* Argentina: Ediciones B.Argentina, 2011, p.70.

frente à interdisciplinaridade do assunto.

Nessa trilha, a governança da internet é tão eminente para as empresas, governos, instituições não governamentais quanto para qualquer cidadão conectado, tendo em vista que, em uma sociedade digital interativa, os recursos são indispensáveis para o seu desenvolvimento corporativo ou pessoal no mercado mundial.

As controvérsias já se iniciam quanto à definição do tema governança na internet, segundo o caderno do CGI – Comitê Gestor da Internet no Brasil. Na publicação do caderno "Uma Introdução à Governança da Internet", Kurbalija[28] descreve:

> A controvérsia que envolve a governança da Internet começa pela sua definição. Não se trata apenas de pedantismo linguístico. A forma como a Internet é definida reflete diferentes perspectivas, abordagens e interesses de políticas. Tradicionalmente, os especialistas da telecomunicação veem a governança da Internet sob a ótica do desenvolvimento de determinada infraestrutura técnica. Os especialistas da computação se concentram no desenvolvimento de diferentes padrões e aplicações, como XML (eXtensible Markup Language) ou Java. Os especialistas da comunicação enfatizam a facilidade da comunicação. Os ativistas dos direitos humanos enxergam a governança da Internet do ponto de vista da liberdade de expressão, da privacidade e de outros direitos humanos básicos. Os advogados se concentram na jurisdição e resolução de controvérsias. Os políticos ao redor do mundo geralmente priorizam questões que ressoam junto ao seu eleitorado, como o tecno-otimismo (mais computadores = mais educação) e ameaças (segurança da Internet, proteção à criança). Os diplomatas se preocupam principalmente com o desenvolvimento dos interesses nacionais e sua proteção.

Vencidas as barreiras iniciais, a CMSI[29] – Cúpula Mundial sobre a

---

[28] KURBALIJA, Jovan. *Uma introdução à Governança da Internet*. Disponível em <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf>. Acesso em 12/05/2018, p.19.

[29] A Resolução 56/183 (21de dezembro de 2001) da Assembleia Geral da ONU aprovou a realização da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação (CMSI) em duas fases. A primeira fase aconteceu em Genebra de 10 a 12 de dezembro de 2003 e a segunda fase aconteceu em Túnis, de 16 a 18 de novembro de 2005. O objetivo da primeira fase era desenvolver e fomentar uma declaração clara de vontade política e de tomar medidas concretas para estabelecer as bases para uma sociedade da informação para todos, refletindo todos os diferentes interesses em jogo. Mais de 19 000 participantes de 174 países participaram do encontro e de eventos relacionados. Fonte: <http://www.itu.int/wsis/basic/about.html>[acessado em 21 de janeiro 2014].

Sociedade da Informação apresentou a seguinte definição sobre governança na Internet, descrita no caderno "Uma Introdução à Governança da Internet", de Kurbalija[30]:

> Governança da Internet é o desenvolvimento e a aplicação pelos Governos, pelo setor privado e pela sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios, normas, regras, procedimentos de tomadas de decisão e programas em comum que definem a evolução e o uso da Internet.

Os principais pontos abordados na CMSI são sobre coerência técnica e os aspectos normativos, considerando atores do setor empresarial e dos governos, com interesses políticos e econômicos distintos, questão que ainda permanece aberta, sendo de relevância aos próximos tópicos do debate sobre o futuro da governança na internet.

Outro ponto, salienta a discussão sobre a estrutura descentralizada versus a estrutura centralizada de governança da internet. Este item é complexo, ainda que apoiado pela comunidade técnica da internet e por países desenvolvidos, na medida em que não pode a internet ser colocada sobre uma única governança.

Como item central, trata da proteção dos interesses públicos na internet, da forma como a natureza pública da internet prevalece sobre os demais, sendo que essa questão está em aberto, fortalecendo a neutralidade da rede.

Quanto a outras premissas, tais como Geografia e Internet, a CMSI entende que quanto mais a internet se baseia na geografia, menos singular é sua governança alcançada, o que causa outro ponto polêmico: a jurisdição na internet.

Ademais, acerca de questões que dizem respeito à liberdade de expressão versus proteção da ordem pública – o conhecido debate ente o artigo 19 (liberdade de expressão) e o artigo 27 (proteção de ordem pública) da Declaração Universal dos Direitos Humanos – tem-se que a discussão é frequente diante do contexto do controle de conteúdo e a censura na internet.

Os temas e paradigmas permanecem ainda com muitas questões em aberto, em especial a cibersegurança e os direitos humanos, consoante dispõe o

---

[30] KURBALIJA, Jovan. *Uma introdução à Governança da Internet*. Disponível em <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf>. Acesso em 12/05/2018, p.20.

caderno "Uma Introdução à Governança da Internet", de Kurbalija[31]:

> **A ligação entre cibersegurança e direitos humanos é altamente relevante para o futuro da Internet**. Até o momento, esses dois campos estão sendo tratados de forma separada em seus respectivos silos. No entanto, experiências recentes (SOPA, ACTA, PRISM/NSA) mostram que a proteção dos direitos humanos não é apenas uma prioridade baseada em valores, mas também uma ferramenta bastante prática para garantir que a Internet permaneça aberta e segura. Os direitos humanos são uma questão de realpolitik cibernética. Os usuários individuais da Internet são os pilares da cibersegurança. Mesmo assim, costumam ser o "elo mais fraco" quando de se trata da proteção contra ataques cibernéticos. Nossos computadores pessoais são usados para realizar ataques cibernéticos (como parte dos botnets) e espalhar vírus e malware. O acesso desprotegido a computadores e dispositivos móveis oferece um backdoor para o acesso dos conjuntos de dados das empresas ou instituições, e prejudica muitos outros computadores. As preocupações dos usuários finais, no entanto, geralmente não são sobre possíveis danos maiores (frequentemente devido à ignorância) como resultado de seus computadores infectados, e sim sobre a proteção de seus dados, e dessa forma sua integridade e privacidade e seus direitos em geral. As discussões pós-PRISM enfatizam aumentar a segurança dos PCs em termos de vigilância, inclusive discutindo de que forma aplicar a criptografia, patches e atualizações regulares, protocolos IPSec e VPN77 – medidas de conscientização que iriam, de fato, também evitar o acesso desprotegido e contribuir para melhorar a cibersegurança no geral. A Cibersegurança Global – construída com base no importante papel dos usuários individuais da Internet – tem nos direitos humanos um de seus pilares. O reconhecimento desta ligação começou a aparecer nos documentos das políticas pertinentes. A estratégia de cibersegurança da União Europeia, por exemplo, considera a preservação do ciberespaço aberto, livre e seguro –inclusive apoia a promoção e a proteção de direitos fundamentais – como um dos seus cinco pilares estratégicos.78 O principal desafio será superar a visão de ganho/perda que vem predominando após o 11 de setembro: **mais segurança implica menos direitos humanos e vice-versa. No entanto, existem várias áreas onde há ganho/ganho ao fortalecer e proteger os indivíduos na qualidade de pilares do sistema de cibersegurança** (**acesso à informação, proteção da privacidade) que deveriam ser prioridade. (grifos nossos).**

[31] KURBALIJA, Jovan. *Uma introdução à Governança da Internet.* Disponível em <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf>. Acesso em 12/05/2018, p.100.

Paralelamente, o CGI.BR[32], Comitê Gestor de Internet no Brasil, promove estudos e recomenda procedimentos para a segurança da internet, tendo definido que os princípios para a governança e uso da Internet são:

1. **Liberdade, privacidade e direitos humanos**: O uso da Internet deve guiar-se pelos princípios de liberdade de expressão, de privacidade do indivíduo e de respeito aos direitos humanos, reconhecendo-os como fundamentais para a preservação de uma sociedade justa e democrática;

2. **Governança Democrática e Colaborativa:** A governança da Internet deve ser exercida de forma transparente, multilateral e democrática, com a participação dos vários setores da sociedade, preservando e estimulando o seu caráter de criação coletiva;

3. **Universalidade:** O acesso à Internet deve ser universal para que ela seja um meio para o desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória em benefício de todos;

4. **Diversidade:** A diversidade cultural deve ser respeitada e preservada e sua expressão deve ser estimulada, sem a imposição de crenças, costumes e valores.

5. **Inovação:** A governança da Internet deve promover a contínua evolução e ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso;

6. **Neutralidade da rede**: Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento;

7. **Inimputabilidade da rede**: O combate a ilícitos na rede deve

---

[32] CGI.BR . Princípios *para governança e uso da Internet.* Disponível em <https://www.cgi.br/principios/>. Acesso em 20/05/2018. Princípios para governança e uso da Internet.

O Comitê Gestor da Internet no Brasil tem a atribuição de estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil e diretrizes para a execução do registro de Nomes de Domínio, alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível ".br". Também promove estudos e recomenda procedimentos para a segurança da Internet e propõe programas de pesquisa e desenvolvimento que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso da Internet.

atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos;

8. **Funcionalidade, segurança e estabilidade**: A estabilidade, a segurança e a funcionalidade globais da rede devem ser preservadas de forma ativa através de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e estímulo ao uso de boas práticas;

9. **Padronização e interoperabilidade**: A Internet deve basear-se em padrões abertos que permitam a interoperabilidade e a participação de todos em seu desenvolvimento;

10. **Ambiente legal e regulatório**: O ambiente legal e regulatório deve preservar a dinâmica da Internet como espaço de colaboração."

Em síntese, a violação da proteção à intimidade e o direito ao livre acesso à informação enfrentam constantes dificuldades tecnológicas, políticas, culturais e territoriais. Entretanto, há de se buscar a convergência de interesses, a preservação dos direitos humanos e a cooperação internacional sobre os critérios e a uniformização das legislações e governança na internet.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A informação, desde os primórdios tempos da humanidade, sempre foi um bem jurídico precioso, um patrimônio que representa e comporta o poder e o controle do conhecimento da informação.

Ao longo da história é perceptível que as sociedades sempre foram de risco e, com a Revolução da Informação a partir do século XX, não seria diferente. Surgiram grandes evoluções decorrentes desse avanço tecnológico, tanto na área social como científica. Porém, também surgiram grandes problemas para essa nova sociedade digital interativa.

Diante da evolução, o mundo tem coexistido com uma revolução de globalização e tecnologia a um nível de interatividade jamais visto anteriormente, tendo a informação migrado da forma manuscrita para a digitalizada. A informação e o conhecimento ficaram disponíveis a um click.

Esse processo implicou em uma mudança significativa no comportamento dos indivíduos, nos órgãos governamentais e nas empresas nacionais e

internacionais, na medida em que esse novo cenário mundial apresentou um compêndio de complexidades, em especial a colisão de interesses e princípios, por um lado o direito de acesso à liberdade da informação digitalizada e, por outro, o direito à privacidade.

Inobstante, o cerne da questão se concentra em como o Direito normatizará a sociedade digital, diante de conflitos de uma nova sociedade, na qual as relações humanas estão em constante transição e se tornam cada vez mais interativas. Milhões de pessoas, considerando a velocidade e a interconectividade das informações globalizadas na internet, anseiam pelo direito à informação e pelo direito de ser informado, desde que garantidas a liberdade de expressão, a proteção ao nome, à palavra, à imagem, enfim, à inviolabilidade da vida privada.

E então surge uma figura bíblica para representar metaforicamente esse cenário do espaço cibernético: o monstro Leviatã que, com seus tentáculos, controla toda a informação, seja ela qual for, esteja ela onde estiver e, ainda, traz à tona a insegurança jurídica com o principal bem ameaçado, isto é, a privacidade do usuário da sociedade digital.

Com efeito, a garantia dos direitos humanos deve ser prioritária perante todas as nações, e o direito à privacidade é fundamental para preservar a manifestação do pensamento e para a sobrevivência da democracia, seja no mundo virtual ou não.

Paralelamente, a responsabilidade é de todos os indivíduos, cuja missão principal é praticar e defender os princípios da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARRA, Marcello Cavalcanti. *O Leviatã eletrônico: a trama política que colocou o Estado na Internet*. Bauru, SP: Edusc, 2009.

BASSO, Maristela. In: LUCCA, Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. *Direito & Internet. Aspectos Jurídicos Relevantes Vol. II***.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

BLUM. Renato Opice. *Direito Eletrônico.* São Paulo: Edipro, 2001.

CHIESE FILHO, Humberto. *Estudo de Caso: Programa Action – Mercado Livre – A Mediação na solução de controvérsias entre usuários da internet.* 2017, p.5. Apresentação de artigo III Congresso Hispano-Brasileiro: Direitos Humanos.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes Digitais*. São Paulo: Editora Saraiva 2011.

DINIZ, Maria Helena e outros. *Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais.* Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2002.

GRECO, Marco Aurélio, *Internet e Direito*, São Paulo: Dialética, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade- Dos Direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LAPORTA, Celeida M. Celentano. *O Leviatã da Informação: A ameaça ao direito à privacidade na era digital.* Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. - Universidade Anhembi Morumbi.2011.

LUCCA, Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. *Direito & Internet. Aspectos Jurídicos Relevantes Vol. II*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

MENDES,Maria Gilmaíse de Oliveira Mendes. *Direito à Intimidade e Interceptações Telefônicas.* Belo Horizonte: Livraria e Editora Mandamentos, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: comentários aos arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.* São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva 2008.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet.* São Paulo: Atlas, 2003.

PECK, Patrícia Pinheiro. *Direito Digital.* São Paulo: Editora Saraiva 2002.

Referências Estrangeiras

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. *A Responsabilidade Civil pelo conteúdo da Informação Transmitida pela Internet.* Coimbra: Almedina, 2000.

FAERMAM, Juan**.** *Faceboom*. Argentina: Ediciones B. Argentina, 2011.

PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade* . Portugal-Brasil Ano 2000: Studia Jurídica 40, Universidade de Coimbra,1999.

SOUZA, Rabinfranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra,1995.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade.* Coimbra: Editora Almedina, 2006.

Referências Eletrônicas

CALEIRO, João Pedro. *Esqueça os millenials:geração Z vem aí*. Disponível em < https://exame.abril.com.br/economia/esqueca-os-millenials-a-geracao-z-vem-ai/>.Acesso em 10/05/2018.

CGI.BR . *Princípios para governança e uso da Internet*. Disponível em <https://www.cgi.br/principios/>. Acesso em 20/05/2018.

IDGNOW. *O Brasil tem 116 milhões de usuários internet e comunicação é o principal uso. Disponível em*

<http://idgnow.com.br/internet/2018/02/21/brasil-tem-116-milhoes-de-usuarios-internet-e-comunicacao-e-o-principal-uso/> . Acesso em 02/04/2018.

KURBALIJA, Jovan. *Uma introdução à Governança da Internet*. Disponível em <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf>. Acesso em 12/05/2018.

PECK, Patrícia. *Novas Leis para a Sociedade Digital*. Publicado em 2011. Disponível em <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e- justica/news/560480/?noticia=NOVAS+LEIS+PARA+A+SOCIEDADE+DIGITAL> Acesso em 05/02/2018.

PFIZER, Erga. *Estudos, legislação e informações sobre a Privacidade na era digital*. Disponível em <https://ergapfizer.jusbrasil.com.br/artigos/404937864/estudos-legislacao-e-informacoes-sobre-a-privacidade-na-era-digital.> Acesso 20/05/2018.

PINTO, Leandro. *E-Commerce deve ter o maior crescimento em 2018 após dois anos*. Disponível em <http://www.portalnovarejo.com.br/2018/03/09/e-commerce-deve-ter-maior-crescimento-em-2018-apos-dois-anos/ >. Acesso em 12/03/2018.

STANCIOLI, Brunello. *Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro*. Publicado em 2003. Disponível em <http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm> Acesso em 24/04/2018.

SAMBRANA, Carlos. *O mais visitado*. Disponível em <http://www.istoedinheiro.com.br/o-mais-visitado/>. Acesso em: 29/05/2017.

VAINZOF, Rony. *Mídias Sociais e questões jurídicas*. Disponível em <http://www.epd.edu.br/artigos/2011/05/m-dias-sociais-e-quest-es-jurdicas> Acesso em 20/03/2018.

A ATUAÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NA GESTÃO DO PROGRAMA DE MORADIA DO GOVERNO FEDERAL: estudo dos problemas oriundos dos casos concretos

Fabrízia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy
Doutoranda Universidade Federal Fluminense e Defensora Pública Federal,
Niterói, Brasil
fabriziadpu@gmail.com

Resumo: O direito à moradia caracteriza-se como direito social e apresenta qualidade de direito fundamental, guiando-se pelo vetor axiológico da dignidade humana. Não obstante tenha sido expresso na Constituição da República por meio de Emenda Constitucional (EC 26/2000), o direito à moradia já estava consolidado em tratados e documentos internacionais, inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, com mais precisão, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Após a recepção dos documentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro (através do Decreto nº 591/1992), o legislador incluiu a previsão no texto constitucional, impondo de forma expressa (e indubitável) o mister de o Estado fazer frente às demandas por moradia. Diante deste contexto, uma das atuações estatais adveio da edição da Lei nº 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, que criou o Programa de Arrendamento Residencial. O referido programa é direcionado à população de baixa renda, apresentando complexa organização que envolve diversos agentes, desde o governo federal, até as municipalidades, havendo especial participação da Caixa Econômica Federal, na qualidade de operacionalizadora dos recursos públicos transferidos pelo governo federal, além de fiscalização e organização dos demais participantes da "cadeia" de agentes do programa. Neste trabalho, pretende-se analisar a forma através da qual se opera, concretamente, o Programa de Arrendamento Residencial, com especial enfoque na atividade exercida pela Caixa Econômica Federal. Como metodologia, além de análise da doutrina especializada no tema, serão também analisados os problemas oriundos de casos concretos verificados no exercício da defesa dos hipossuficientes, através da atuação prática na Defensoria Pública da União.

Palavras-chave: Direito à Moradia; Programa de Arrendamento Residencial; Análise de Casos Concretos

INTRODUÇÃO

A moradia é um direito fundamental da pessoa humana, e este é o ponto de partida do presente trabalho. Não obstante sua inclusão expressa por meio de Emenda Constitucional – Emenda nº 26/2000 – é indubitável que o legislador constituinte derivado apenas expressou norma que já era considerada fundamental, na condição de direito humano que é, tendo em vista a recepção de tratado internacional, no ordenamento jurídico pátrio. De fato, a Declaração Universal de Direitos Humanos - 1948, ainda que de forma tímida, previu a habitação como direito de toda pessoa humana (artigo 25), vindo o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – 1966 (que ingressou no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 591/1992, isto é, antes da Emenda Constitucional nº 26/2000, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais fundamentais do artigo 6º da Constituição da República), reforçar o reconhecimento da moradia como consequência necessária à consecução do direito à vida adequada, ao estabelecer, em seu artigo 11, o dever de todos os Estados a garantir "o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria continua de suas condições de vida".

Portanto, a Emenda Constitucional nº 26/2000, ao incluir o direito à moradia no rol dos direitos sociais, apenas cumpriu o seu compromisso assumido com a recepção do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em seu ordenamento jurídico. De maneira inovadora, o direito à moradia foi constitucionalizado, passando a integrar o rol dos direitos fundamentais, desde o ano 2000. Nasceu, assim, o ônus do Estado de fazer frente às demandas advindas do reconhecimento da moradia como direito do ser humano, estipulando-se, para tanto, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à promoção de programas de construção de moradias e à melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, na forma do artigo 23, inciso IX, da Constituição da República.

Neste contexto, surge para o Estado brasileiro o mister de traçar estratégias para fazer frente à garantia à moradia, sendo traçados inúmeros programas de moradia, especialmente voltados para a parcela mais pobre da sociedade brasileira.

No presente trabalho, pretende-se analisar especificamente o Programa de Arrendamento Residencial, estabelecido pela Lei nº 10.188, de 12 de

fevereiro de 2001, e a incoerência de sua operacionalização, pela Caixa Econômica Federal, que se afasta do mister do Estado brasileiro de satisfazer o direito à moradia.

Como metodologia, pretende-se apresentar caso concreto que vem sendo verificado no exercício das funções próprias da Defensoria Pública (defesa do hipossuficiente), em ação de reintegração de posse proposta pela CEF, contra o arrendatário. O trabalho será organizado em três partes, na primeira explicando a forma como o Programa de Arrendamento Residencial funciona; na segunda, narrando os problemas oriundos de casos concretos que servirão de tela para pintar a incoerência na gestão do Programa de Arrendamento Residencial, que por sinal será o último ponto (terceiro) a ser analisado.

1. Entendendo o Programa de Arrendamento Residencial

O Programa de Arrendamento Residencial – doravante PAR – foi criado pela Lei no 10.188, de 12 de fevereiro de 2001 (conversão da Medida Provisória nº 2.135-24, de 2001). Trata-se de programa de governo voltado ao fomento de oferta de unidades habitacionais (ARAÚJO, 2007, p. 17), sendo apontado como um dos programas habitacionais de interesse social de maior importância no país, com um grande volume de unidades disponibilizadas para contrato por pessoas de baixa renda, caracterizando-se como verdadeira política pública habitacional (MELLO; SANTOS; SANTOS, 2016, p. 113).

De acordo com o artigo 1º da Lei nº 10.188/2001, o PAR tem por finalidade o atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, sendo gerido pelo Ministério das Cidades e operacionalizado pela instituição bancária/financeira Caixa Econômica Federal – doravante CEF, conforme dispõe o §1º do mesmo artigo, sendo a CEF devidamente remunerada pelas atividades exercidas no âmbito do Programa. Dessa forma, a CEF, na qualidade de operacionalizadora do programa, é de certa forma subordinada ao Ministério das Cidades, já que o programa é do governo federal e há uma remuneração pelos serviços que presta, como forma de compensação pelo ônus assumido por força de lei.

Percebe-se, assim, que a competência e as atribuições do programa são divididas entre seus vários agentes: o Ministério das Cidades é o principal agente gestor, já que estabelece as diretrizes, fixa regras e condições para a

implementação do programa, aloca os recursos, acompanha e avalia o desempenho dos demais agentes; a CEF também é operacionalizadora do PAR, estabelecendo e organizando a alocação de recursos e expedindo os atos necessários à operacionalização do programa e administrando os haveres do programa (artigo 4º da Lei nº 10.188/2000); como auxiliadora da CEF para escolha de locais, seleção de famílias e implantação do projeto, tem-se a participação do Poder Público e da sociedade civil organizada (esta última voltada, justamente, à legitimação do programa, na medida em que traz os cidadãos à participação do projeto estatal); empresas do ramo da construção civil participam na produção das unidades habitacionais, enquanto empresas do ramo da administração imobiliária fiscalizam os contratos de arrendamento, os imóveis e os condomínios; por fim, verifica-se a participação dos arrendatários, que são as pessoas físicas habilitadas à participar do PAR, por atender a seus requisitos, sendo, portanto, os destinatários finais de todo o ciclo organizado (MELLO; SANTOS; SANTOS, 2016, p. 120).

No que diz respeito à participação da CEF – que, conforme dito, trabalha na operacionalização e recebe remuneração por esta função -, não se pode olvidar a natureza do programa que operacionaliza. Malgrado a legislação da criação da CEF tenha disposto que se constitui como instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda (artigo 1º do Decreto-Lei nº 759, de 12 de agosto de 1969), na operacionalização do PAR, a CEF não funciona como instituição financeira voltada ao mercado, com escopo de lucro. Ao contrário. Como operacionalizadora de programa de governo voltado à habitação – e, consequentemente, fazer frente à satisfação do direito à moradia do cidadão – a CEF fiscaliza e organiza os ativos do programa.

Ademais, a própria legislação do PAR (Lei nº 10.188/2001) é expressa ao estabelecer a função da CEF, dispondo que ela está autorizada a criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa (artigo 2º). Dessa forma, bens ou direitos direcionados ao programa não se confundem com os ativos da CEF, não respondendo por suas obrigações, estando fora do rol de seus bens e direitos, não podendo servir como garantia às operações da instituição financeira, execução de seus credores ou constituir ônus reais sobre os imóveis afetados ao programa (§3º do artigo 2º da Lei nº 10.188/2001).

Além disso, a CEF, como proprietária fiduciária, tem o direito de contratar administradora para fiscalização das condições de manutenção dos imóveis contratados, não sendo aplicado à hipótese a previsão do artigo 1.333 do Código Civil[1], conforme decidido pelo STJ[2]. Dessa maneira, os arrendatários (possuidores direto do bem) não possuem direito à escolha do síndico, sendo mister da CEF, na forma do artigo 4ª, parágrafo único, da Lei nº 10.188/2001.

O PAR é oficializado entre o arrendatário e a CEF (pois, repita-se, é a operacionalizadora do programa), com a assinatura de contrato por instrumento particular de arrendamento residencial com opção de compra. O objeto do imóvel, decerto, é aquele indicado pelo programa, sendo adquirido por intermédio de seus recursos. Durante o contrato, o arrendatário possui a posse do bem e é responsável pelo pagamento das parcelas financeiras do arrendamento e demais ônus suportados pelo imóvel, como condomínio e IPTU, sendo esta condição do contrato que, caso descumprida, acarreta a sua rescisão e a perda da posse do bem.

Até 2004, entre as cláusulas obrigatórias havia a previsão de o contrato apresentar "opção de compra" (artigo 7º, inciso III, posteriormente revogado pela Lei nº 10.859/2004), sem, contudo, constar prazo para que o arrendatário optasse pelo imóvel, tampouco indicando os requisitos e documentos a serem apresentados no momento da opção. Todavia, a própria natureza do contrato de arrendamento residencial, por observar as regras aplicadas ao arrendamento mercantil (*leasing*) – conforme disposto no artigo 10 da Lei 10.188/2001 –, exige como condição de obtenção da propriedade do imóvel arrendado, que o arrendatário manifeste sua vontade, indicando a opção de sua permanência com o bem.

Não obstante tenha havido a revogação do artigo 7º da Lei 10.188/2001, os contratos firmados antes de 2004 continham as cláusulas previstas no artigo 7º, especialmente a referente à "opção", que somente veio a apresentar "anomalias" que, hoje, ferem o sistema do programa habitacional (que serão ilustradas no próximo tópico, quando se apresentará caso concreto) após 15 anos de vigência, quando se findaram os pagamentos das parcelas do arrendamento dos primeiros beneficiários do programa e era dado ao

---

[1] Artigo 1.333 do Código Civil: *A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção*.

2 REsp 1.576.651-SE

arrendatário a possibilidade de manifestar a opção pela manutenção no bem.

Além disso, ainda que se questione o interesse na análise de dispositivo legal que apresenta requisito contratual que não mais é vigente no sistema do programa de habitação do governo, a discussão ultrapassa a própria disposição legal, atingindo o próprio cerne do programa. Conforme também se verá no tópico "a incoerência na gestão do Programa de Arrendamento Residencial", a forma de sua operacionalização vem sofrendo verdadeira transmutação. De fato, a CEF, no exercício de sua função de operacionalizadora, apresenta comportamento incongruente com o seu mister, comportando-se como agente financeiro que, neste caso, não é. Desse modo, a título de exemplo, a CEF impõe exigências como: pagamento de honorários advocatícios como condição de regularização de contrato, ainda em sede de discussão administrativa, quando o arrendatário tenta uma solução prévia ao ingresso de eventual medida judicial a ser ajuizada; inflexibilidade na revisão do contrato; desconsideração da situação financeira do arrendatário (que, por exigência do próprio programa, é pessoa de baixa renda); Essa exemplificação demonstra a irregularidade dos comportamentos da CEF e como essas condutas desvirtuam a atuação da instituição, a qual deveria ser pautada na Lei 10.188/2001.

Assim, relatada a forma como o legislador elaborou o programa, em sua nítida, evidente e indubitável relação com o direito fundamental à moradia, pretende-se analisar o caso concreto, para que se possa indicar as anomalias que se verificam na execução do programa – e, quiçá, tendo em vista que a seara acadêmica leva ao operador de direitos questionamentos, subsídios, argumentos, para modificar a forma como conduz a aplicação do direito na seara prática, esta discussão permita um giro na atuação do administrador público, da CEF e do próprio Poder Judiciário, quando invocado a se manifestar.

2. Problemas observados nos casos concretos de atuação da DPU

A CEF iniciou processo de retomada de imóveis pertencentes ao Programa de Arrendamento Residencial, valendo-se de ações judiciais sob o rito da reintegração de posse, contra arrendatários cujas parcelas de arrendamento já estavam pagas, não havendo qualquer obrigação (como IPTU, condomínio etc.) inadimplida. Fundamentava a medida judicial somente no fato de o arrendatário não ter formalizado a sua opção de compra. Ademais, após ajuizada a medida judicial, a CEF condicionava qualquer acordo judicial ao pagamento dos valores

de custas processuais e honorários advocatícios, ainda que se tratasse de arrendatário beneficiário da gratuidade de Justiça, que possui a cobrança dos referidos ônus suspensas, na forma do artigo 98, § 1ª, I e VI, e §3º, do Código de Processo Civil.

Os arrendatários, por outro lado, argumentavam que a administradora (contratada pela CEF) responsável pelo recebimento da formalização da opção, condicionava a manifestação de permanência com o bem à apresentação de certidões do imóvel, indicando o prazo de 30 dias para fazê-lo, malgrado não houvesse qualquer previsão neste sentido no contrato de arrendamento residencial celebrado. No entanto, parte da documentação exigida é paga e custosa (e não se pode olvidar que o programa habitacional é voltado para população de baixa renda), e outros documentos também careciam de prazo superior a 30 dias, de modo que não era possível cumprir a exigência da administradora. Ainda que se argumentasse que a documentação não poderia ser entregue no prazo de 30 dias (fosse pela falta de condição financeira do arrendatário para pagar pelo documento exigido, fosse pela burocracia estatal inerente à obtenção da documentação de forma gratuita, ou fosse ainda pelo prazo exigido pela autoridade responsável pelo fornecimento da certidão ser superior aos 30 dias impostos pela administradora), a condição da formalização era a apresentação dos documentos, sem quaisquer concessões e/ou prorrogações de prazos.

Além das exigências apresentadas pela administradora – que não eram previstas na lei e, tampouco, no contrato firmado entre o arrendatário e a CEF, como representante do governo federal, na qualidade de operacionalizadora -, os arrendatários também negavam terem sido informados da necessidade de firmarem a opção de permanência com o bem – ainda que constasse em contrato -, negando, outrossim, o envio de qualquer correspondência da CEF contendo as informações necessárias para o exercício da opção formal.

Dessa maneira, foi dado ao Poder Judiciário a decisão de manter, ou não, o arrendatário no imóvel e, afinal, analisar se a exigência da manifestação formal dos arrendatários é, de fato, condição de permanência no bem e quais são as condições necessárias para que a referida opção seja feita, isto é, se a documentação exigida pela administradora da CEF e o prazo imposto são válidos ou se está sendo criada uma condição desarrazoada e ilegal. Registre-se, no entanto, que ainda não foi consolidado um posicionamento na jurisprudência, variando as decisões – de procedência ou improcedência – na primeira instância.

Percebe-se, no entanto, que a CEF pretende, com a ação de

reintegração, retomar imóvel objeto de programa habitacional dirigido ao cidadão de baixa renda, valendo-se de mera irregularidade – e de outra forma não pode ser vista a falta de opção formal do arrendatário. Como operacionalizadora que é, a CEF, antes do ajuizamento de qualquer medida judicial, deveria tentar uma solução diretamente com o arrendatário (ou não seria esta uma das condições da ação, isto é, o interesse de agir?), notificando-o expressamente, ao invés de apresentar resistências infundadas ou exigir requisito (ilegal) de apresentação de documentos sem previsão contratual, quando o arrendatário busca regularizar o seu contrato. Tampouco é lícito conceber como devido o pagamento de honorários advocatícios com o mero pedido de regularização do contrato, na seara administrativa, já que se está diante de pessoa de baixa renda econômica (que é a destinatária do programa, não se pode olvidar), a qual normalmente não tem condições de arcar com o pagamento da cobrança (inclusive sendo beneficiária da gratuidade de justiça, caso haja, de fato, o ajuizamento de eventual medida judicial).

Neste quadro, não se demanda esforço para perceber que, em situações ainda mais complexas, como é o caso de inadimplemento contratual pela falta de pagamento (seja do arrendamento, seja de qualquer outro ônus que incida sobre o imóvel), a CEF comporte-se de maneira inflexível. Considerando os destinatários do programa, isto é, pessoas de baixa renda, é fácil imaginar que o desemprego seja constante e, de uma maneira geral, ocasional, já que não há uma política de emprego válida, contínua e eficaz no Brasil, sendo invariável a constante "troca" de emprego do cidadão de baixa renda, além de períodos de variação da renda familiar, como consequência. Decerto, a "sazonalidade" do desemprego implica em momentos de inadimplemento contratual, os quais podem, em pequeno ou médio prazo, ser revertidos, permitindo ao arrendatário a retomada do pagamento das parcelas e adimplemento da dívida.

No entanto, na prática, verifica-se que, no caso de inadimplemento, a CEF não flexibiliza para tentar qualquer acordo com o arrendatário, desconsiderando a realidade experimentada pela população de baixa renda. Não são aceitas propostas de parcelamento da dívida, sua diluição nas parcelas e, por mais absurdo que se pareça, nem mesmo a retomada do pagamento das mensalidades de arrendamento, tornando-se rescindido o contrato pela momentânea falta de pagamento. A intransigência tampouco se modifica na esfera judicial e, comumente, após ajuizamento de ação pelo rito da reintegração de posse, o imóvel é retomado pela CEF e a família residente no imóvel do programa é retirada do bem, sem que nem mesmo haja a preocupação de realocação daquela unidade

familiar em outro local.

Questiona-se: o Programa de Arrendamento Residencial, utilizado pelo Estado para fazer frente ao seu mister de garantir o direito à moradia, atende ao seu propósito?

3. A incoerência na gestão do Programa de Arrendamento Residencial

O direito à moradia, na medida em que se caracteriza como direito social fundamental, carrega em seu significado "a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana e resulta inequívoca, pelo menos no âmbito daquilo que tem designado de um direito, às condições materiais mínimas para uma existência digna" (SARLET, 2010, p. 1025). No contexto de sua efetividade, CRUZ (2010, p. 94), reconhece que a "crise de efetividade dos direitos sociais está (...) diretamente vinculada à exclusão social no Brasil".

De fato, ao se analisar a doutrina que trata do direito à moradia, verificam-se discussões que são afetas ao direito de propriedade, olvidando-se de seu aspecto social. Percebe-se um esquecimento (involuntário, decerto) do debate (essencial) daquilo que diz respeito ao direito à moradia da população de baixa (ou nenhuma) renda, que não é agraciada com qualquer propriedade, sendo alijada da própria formulação doutrinária. Pouca é a produção da doutrina jurídica que se debruça sobre os programas habitacionais do governo, especialmente sobre o PAR. Todavia, em que pese a crítica que se apresenta, a pouca análise que se faz sobre o tema resulta em um campo amplo para condutas dissociadas do mister estatal de satisfazer o direito à moradia, como foi demonstrado no tópico acima, que traçou casos concretos experimentados na prática jurídica.

O PAR tem por fito a satisfação da garantia do direito à moradia, tendo indissociável relação com o princípio da igualdade, além de observar o axioma da dignidade humana. O programa habitacional formulado pelo Estado possibilita que parcela da população baixa renda (que é maioria da sociedade brasileira) possa ter para si um imóvel, uma morada, a qualidade de "proprietária". O programa traduz verdadeiro instrumento de se fazer igual àqueles até então excluídos do direito de se ter para si um lugar para morar. Esse é a leitura que se deve dar ao PAR.

Partindo-se da premissa de o programa do governo federal traduzir a satisfação do mister de efetivar o direito à moradia – que é direito fundamental

social, como cediço –, problemas em sua operacionalização, consecução, instrumentalização, ou seja, as soluções que devem ser dadas aos casos concretos acima relatados, deve ter por parâmetro o cerne do programa: satisfação do direito à moradia da população de baixa renda. Isto deve ficar claro e corrobora com a previsão do artigo 421 do Código Civil[3], que indica a necessidade de ser observada a função social do contrato ao se dispor sobre a liberdade contratual.

Em relação à opção de compra, que condiciona a concretização da qualidade de "proprietário" do imóvel, pelo arrendatário, as seguintes observações devem ser tecidas. Inicialmente, deve-se considerar que o programa, ao ser voltado para população de baixa renda, de um modo geral tem por destinatário pessoas de baixa escolaridade. É indiscutível a falha do Estado brasileiro no processo educacional da maioria da sociedade, que encontra dificuldade no acesso ao ensino ou na sua manutenção e conclusão[4]. Diante deste quadro, no momento da contratação, a CEF – operacionalizando o programa habitacional – tem o mister de informar de forma clara e acessível, as condições do contrato. Não basta a entrega do instrumento contratual ou de instruções gerais, que costumam ser entregues aos arrendatários no momento da assinatura do contrato. E mais: não somente no momento da contratação devem ser feitos esclarecimentos sobre o contrato, mas durante toda a execução também (e para isso a CEF pode lançar mão da mesma administradora que costuma contratar para fiscalizar os imóveis e os condomínios que servem ao programa).

Desta maneira, a falha do contratante na opção de manutenção do bem ao final do prazo de pagamento do arrendamento, indica muito mais a inabilidade da CEF no exercício de seu mister, do que qualquer desídia do arrendatário. A CEF tem a obrigação de informar ao arrendatário acerca da necessidade de manifestar a opção formal na manutenção do imóvel ao final do contrato, bem como comunicar, ao final do prazo e ainda que já tenha feito quando da contratação, a necessidade da referida manifestação escrita. Ademais, em momento algum a CEF pode exigir mais do que a manifestação, como tem feito por meio de sua administradora, que condiciona o recebimento da opção à apresentação de documentos e certidões caras, cuja confecção é por órgãos que

[3] Artigo 421 do Código Civil: *A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.*

[4] De acordo com o IBGE, em 2019, apenas 48,8% da população conclui o ensino médico, o que indica que mais da metade não finaliza a educação básica obrigatória. Fonte: https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html. Acesso em 19/10/2020.

atribuem prazo superior àquele determinado pela administradora. É inquestionável que a administradora, ao impor prazo para apresentação das certidões do imóvel, exorbita de suas atribuições e descumpre a lei, que não impõe como condição de opção a apresentação de documentos. A administradora tampouco pode impor o pagamento de honorários advocatícios para solução administrativa do entrave, existindo, ou não, processo judicial em curso ajuizado pela CEF, considerando que os arrendatários (pela própria qualidade de pessoa de baixa renda, que é condição de participação do programa habitacional) costumam ser beneficiários de gratuidade de justiça e, nesta qualidade, têm a cobrança de custas judiciais e honorários advocatícios suspensa[5].

Mais uma vez deve-se registrar que as ações de reintegração de posse respaldadas na falta de opção dizem respeito à contratos assinados antes de 2004 – quando houve a alteração da lei. De outro modo não poderia ser, considerando que a opção é feita ao final do prazo contratual, normalmente de 15 anos. No entanto, a escolha dos problemas embasados nos casos concretos referidos neste trabalho não foi impensada. Ao contrário. Pretendeu-se ilustrar de forma clara a incoerência que se verifica na operacionalização do PAR. Desconsidera-se o caráter social do contrato, bem como a condição do contratante (pessoa de baixa renda e, em sua maioria, de baixa escolaridade). Exorbita-se da função de operacionalizadora, a administradora contratada pela CEF para gerenciar os contratos. Por fim, obstaculiza-se a solução do entrave (em sede administrativa, mas também quando ajuizada as demandas) de forma amigável, ao se exigir do contratante o pagamento de valores de custas judiciais e honorários advocatícios que exorbitam a sua condição financeira.

Outro problema que a casuística nos fornece e que se propôs discutir no presente trabalho diz respeito às ações de reintegração de posse ajuizadas pela CEF, em razão do inadimplemento financeiros do contratante. Antes de

[5] Artigo 98 do Código Civil: *A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. § 1º A gratuidade da justiça compreende: I - as taxas ou as custas judiciais; (...) VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira. § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.*

qualquer digressão, deve-se registrar que não se defende o inadimplemento injustificado, pois se entende que obrigações travadas devem ser cumpridas. Ademais, o PAR apesar de programa de governo, não é gratuito, mas sim voltado à população baixa renda[6], sendo certo que é condição para a própria "alimentação" do sistema, o pagamento das prestações mensais, taxas e correlatos por seus beneficiários, indispensável para o equilíbrio financeiro do programa habitacional. Como ensina a doutrina aristotélica do meio-termo, a virtude está no meio, portanto, ao mesmo tempo em que não se pode defender o inadimplemento financeiro, também não se pode escudar a intransigência que se verifica na prática, nas ações de reintegração de posse, ajuizadas pela CEF.

O inadimplemento do PAR é consequência da realidade brasileira, especialmente da falta de uma política eficaz de manutenção do emprego ou realocação da pessoa dispensada no mercado de trabalho, rapidamente. De acordo com o IBGE, atualmente, existem 12,8 milhões de pessoas desempregadas (sendo desconsiderado neste número os universitários que se dedicam somente aos estudos, pessoas que não trabalham fora e exercem atividades exclusivamente no âmbito doméstico, e empreendedores[7], isto é, aqueles que possuem seu próprio negócio[8]).

Assim, o próprio programa deveria dispor de formas de salvaguardar o vínculo do contratante inadimplente, sem prejuízo da saúde financeira do programa – a título de exemplo, no Programa "Minha Casa, Minha Vida", é previsto o Fundo Garantidor da Habitação Popular – FGHab, que garante a

[6] Neste trabalho, não serão tratados os programas de acolhimento ou tutela da pessoa em situação de rua, tampouco o movimento "Moradia Primeiro". Sobre o tema, remete-se ao Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009, bem como à Cartilha de orientação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania, disponível em http://www.mprj.mp.br/documents/20184/150562/cartilha_tutela_populacao_situacao_rua_para_grafica_2.pdf. Acesso em 19/10/2020.

[7] Uma crítica que deve se fazer àqueles que se denominam "empreendedores" se encontra no processo de "uberização" do trabalho (processo de informalização dos trabalhadores. Embora o termo advenha do aplicativo Uber, passou a ser adotado para todos os demais trabalhadores de aplicativos de serviços, sem vínculo formal com a empresa) e no "microempresário", isto é, trabalhadores que se denominam "empreendedores" ou "empresários" por estarem sem vínculo formal de trabalho, tendo que trabalhar como "profissionais autônomos" somente como forma de subsistência, e não por opção. Assim, o número de "desempregados", na verdade, é mascarado e, por certo, é ainda maior do que aquele informado pelo IBGE.

[8] Fonte: https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php. Acesso em 19/10/2020.

cobertura, pela União, no caso de inadimplemento do mutuário, registrando que os contratos permitem ao mutuário lançarem mão do fundo, normalmente pelo prazo de 3 meses, quando desempregados ou com a renda diminuída. Coaduna-se com a própria razão de ser do programa, os seus destinatários, uma maior flexibilidade para o caso de inadimplemento, com o fito de se manter o contrato de arrendamento em curso.

Todavia, inexistindo a previsão de cobertura ou tolerância para o caso de inadimplemento, a CEF ajuíza medida judicial para retomada do imóvel[9], sendo peculiar ao próprio sistema processual a designação de audiência de conciliação, na tentativa de uma solução amigável (artigo 3º, §§ 2º e 3º, do CPC[10]). No entanto, a CEF não apresenta comportamento que indique compartilhar do mesmo interesse em compor, uma vez que, nas audiências de conciliação, geralmente a CEF oferece como "acordo" o pagamento do valor total da dívida (questiona-se como uma pessoa de baixa renda, que ficou desempregada, consegue se reerguer de maneira a arcar com o valor total da dívida, devidamente corrigido, fato que permitiria até mesmo inquirir se se trata, de fato, de indivíduo "baixa renda" para fins de participação do programa), com a retomada do contrato, além do pagamento de custas e honorários advocatícios, seja o réu beneficiário da gratuidade de justiça ou não. Ademais, qualquer contraproposta apresentada de maneira adequada à situação financeira do réu (como, por exemplo, o pagamento de duas parcelas concomitantes, isto é, uma vencida e outra vincenda, durante certo período de tempo, ou o parcelamento da dívida com a extensão do prazo contratual, retomando-se os pagamentos mensais) é refutada, sob o fundamento de se tratar de contrato de interesse público, havendo uma "limitação" no poder de transigir.

Mais uma vez deve-se recordar que a CEF é operacionalizadora do programa, e não a sua titular. Tampouco a CEF funciona como instituição financeira, sendo devidamente paga pela União para cumprir o mister que lhe foi

[9] A tentativa de solução prévia ao ajuizamento resta, em grande parte das vezes, frustrada. Normalmente, a CEF exige o pagamento total da dívida, quando o arrendatário inadimplente busca retomar o arrendamento, mostrando-se intransigente em relação a qualquer outra forma de pagamento do *quantum* devido.

[10] Artigo 3º do Código Civil: *Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*

designado. Nesta mesma toada, não se deve olvidar que o PAR é um programa habitacional com o fito de satisfazer o direito à moradia da população de baixa renda, cuja inconstância no mercado de trabalho é usual e, de certo modo, previsível. Ainda que a lei não preveja uma maneira de proteger o arrendatário em situação de desemprego, o princípio da manutenção dos contratos (artigo 478 do Código Civil e Enunciado 176 da III Jornada de Direito Civil[11]) deve ser aplicado como condição salutar para que o arrendamento permaneça em curso. Neste sentido, a flexibilização da forma de pagamento dos valores em atraso não só não prejudica o programa (já que haverá o pagamento total da dívida, inclusive com a cobrança dos ônus incidentes sobre as parcelas inadimplidas), como ainda confirma o objetivo maior do programa, que é garantir a moradia da população de baixa renda.

Assim, mostra-se contraditório o comportamento adotado na condução do PAR. Não se deve olvidar as premissas que justificam o programa. Por se tratar de programa habitacional de nítido caráter social, voltado à satisfação do direito à moradia da pessoa de baixa renda e, em sua maioria, de baixa escolaridade, as idiossincrasias que permeiam essa condição devem ser observadas e respeitadas, para que o projeto do governo atinja a sua finalidade, demonstrando-se de fato plenamente eficaz.

CONCLUSÃO

"A garantia de acesso à moradia a parcela da população considerada de baixa renda é indispensável para atender as necessidades dos grupos sociais mais vulneráveis" (MONTEIRO; VERAS; 2017). Com esse escopo, isto é, atender a população baixa renda, o governo federal criou o Programa de Arrendamento Residencial – PAR, por meio da Lei nº 10.188/2001.

O programa foi explicado em tópico próprio, neste trabalho, porém deixando evidente que se trata de um programa social do governo federal, voltado à satisfação do direito à moradia de população que depende do auxílio do

[11] Artigo 478 do Código Civil: *Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação*. Enunciado 176 da III Jornada de Direito Civil: *Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.*

Estado para obter tal garantia. A função social a que se destina o programa, não pode ser esquecida e deve trilhar todo o comportamento estatal durante a sua execução. Assim, a CEF, como operacionalizadora contratada, deve ter seu comportamento devidamente fiscalizado pelo Estado, orientando-se pela melhor forma de proceder para manutenção dos contratos já existentes, com a flexibilidade na realização de acordos e renúncia ao pagamento de honorários advocatícios e custas judiciais, no caso de acordo judicial celebrado com pessoa que goza do benefício da gratuidade de justiça. Qualquer entrave na consecução do contrato, em sua manutenção, constitui o próprio equívoco do programa, devendo ser apurado e solucionado, de modo a cumprir com o mister daquilo para o que se destina.

Garantir um direito social fundamental não é uma benesse do Estado, e sim a razão de sua própria existência. O PAR não é favor estatal e nem meio de lucro da CEF. Deve-se orientar, na sua execução, para que observe seu fito e garanta o direito à moradia da pessoa baixa renda. Olvidar quem são os destinatários do programa habitacional analisado acarreta o fracasso do dever estatal, onerando inutilmente os cofres públicos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Cristina da Silva. *A casa (própria) alugada no Programa de Arrendamento Residencial*: questões da política pública habitacional e o caso do Residencial Cavalari na cidade de Marília – SP. São Carlos: 2007. Dissertação de Mestrado.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 13. Vol. III ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Um olhar crítico-deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito*. In: Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie

HORDA, Sibila Corral de Arêa Leão. *Política habitacional de baixa renda e a atuação do capital privado*: o Programa de Arrendamento Residencial em Presidente Prudente (SP). Disponível em https://www.scielo.br/pdf/urbe/v5n1/a08v5n1.pdf. Acesso em 09/10/2020

MELLO, S.; SANTOS, R.; SANTOS, C. *Política habitacional social: estudando a satisfação dos arrendatários originais do Programa De Arrendamento Residencial – PAR no sul do Brasil*. Revista Brasileira de Gestão e Inovação – Brazilian Journal of Management & Innovation. Disponível em

file:///C:/Users/fabri/Downloads/4161-18214-1-PB.pdf. Acesso em 09/10/2020

MONTEIRO, A.; VERAS, A. *A questão habitacional no Brasil*. Revista Mercator, Fortaleza, v. 16, 2017. Disponível em https://www.scielo.br/pdf/mercator/v16/1984-2201-mercator-16-e16015.pdf. Acesso em 12/10/2020.

MOREIRA ALVES. José Carlos. *Posse.* Rio de Janeiro: Forense, 1990

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. IV, 13ª Edição, Ed. Forense

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012

_____. *A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos*. In: Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2010

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. ed. 18. São Paulo: Malheiros, 2000

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DO VERSO À JURISDIÇÃO: os estigmas dirigidos à mulher na música popular brasileira

Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça Fróes
Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá em Angra dos Reis.
rodplural@gmail.com

Resumo: O presente artigo almeja identificar, em exemplos extraídos, ao longo de décadas, do repertório da Música Popular Brasileira (MPB), comportamentos masculinos, dirigidos à mulher, bem como os estigmas decorrentes. A partir deste levantamento, procede-se à análise de conceitos e institutos jurídicos, de vigência encerrada ou ainda corrente – como o pátrio poder, o poder familiar, o débito conjugal e a legítima defesa da honra –, de modo a investigar o modo como percepções culturalmente enraizadas no imaginário coletivo conseguem transcender a coercitividade de normas já extraídas do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que retardam a assimilação de novos mandamentos legais e posicionamentos jurisprudenciais, contrários ao seu teor. Registra-se, assim, a necessidade de uma redefinição, cultural e jurídica, dos protagonismos presentes no tecido social, de modo a concretizar o propósito igualitário da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de1988.

Palavras chave: Música Popular Brasileira; Pátrio Poder, Débito Conjugal; Legítima Defesa da Honra.

INTRODUÇÃO

(...) música ouvida tão a fundo
Que nem mais se escuta, mas você é a música
Enquanto dura a música.
(ELIOT, 2018, p. 273)

Hábitos musicais possuem o condão de revelar frações de personalidade ou funcionar como instantâneos de um momento específico, vivenciado por quem os cultiva. Em escala coletiva, por sua vez, atuam no sentido de compor um vasto mural de valores: normas que, embora registradas em partituras, transmitidas em frequências de rádio e serviços de *streaming* e entoadas em auditórios e recantos privados, permanecem silentes em um panorama jurídico, sem, entretanto, comprometerem sua eficácia – ou, em certos casos, contundência.

Neste diapasão, cabe o registro de que, sob o símbolo da *Música Popular Brasileira* (MPB), encontra-se, ao longo de décadas permeadas pelos mais distintos influxos culturais e tendências efêmeras, uma gama de vertentes irreversivelmente alheia à homogeneidade estética. Este mural/mosaico, no entanto, revela o seu veio comum justamente na síntese de perspectivas, narrativas e valores que é capaz de tecer e, através de seus vários ramos, transmitir às múltiplas versões de seu público-alvo: dos homens e mulheres versados no encantamento da poesia de Vinícius de Moraes aos fãs do sertanejo universitário contemporâneo, passando pelos adolescentes que, na virada do século, vibravam com a ambiguidade distorcida dos Raimundos, cada um recebe, sob diferentes *arranjos,* as mesmas mensagens.

Adotadas essas premissas, almeja-se, nos tópicos a seguir, proceder à análise exemplificativa de conceitos e condutas dirigidos à mulher, perpetuados de tal forma pelo cancioneiro popular nacional que levam ao questionamento acerca do quanto a efetiva observância de diretrizes veiculadas por normas formais – a maior delas, a Constituição da República Federativa do Brasil – resta, quando não comprometida, efetivamente desacelerada em sua absorção social. Para tanto, recorrer-se-á a textos de lei, bem como a precedentes jurisprudenciais e posicionamentos doutrinários pertinentes aos exemplos citados, em paralelo a versos ilustrativos dos *estigmas*, ou consequências destes, destinados a um expressivo contingente dos ouvintes da eclética – embora, sob vários aspectos, una – MPB.

O DIREITO À IGUALDADE, O CRIADOR E A CRIATURA

Não há como dar início à presente análise sem a investigação, ainda que breve, da norma responsável por conferir à esfera sociojurídica brasileira a sua base valorativa. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) surge com a incumbência de restabelecer o norte democrático de uma nação que estivera sob o jugo autoritário militar durante quase vinte e cinco anos; logo, o estabelecimento ostensivo de diretrizes de *igualdade* – um referencial que, entre reproduções literais e adaptações como "igual", "iguais" e "desigualdade(s)", é mencionado cinquenta vezes no texto aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 e em suas Emendas – se revela um componente

central da concretização de seu propósito, permeando instâncias diversas, como os objetivos fundamentais da República[1], direitos sociais[2] e políticos[3].

Nenhuma dessas menções, entretanto, transcende a pertinência setorial e adentra o campo da representatividade simbólica, efetivamente resumindo o teor constitucional, como a constante do *caput* do art. 5º da CRFB/88. Inaugurando o rol de direitos fundamentais, o dispositivo assevera que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (…)". A abrangência do compromisso presente no texto – que, não obstante já comece definindo seus destinatários como sendo *todos*, ainda se refere especificamente aos estrangeiros residentes no Brasil – causaria estranhamento, portanto, quando da leitura do primeiro inciso do artigo, que, ao afirmar que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição", conformaria aparente redundância.

Esta, contudo, se desmantela sob o olhar histórico, recompondo-se como verdadeira – e necessária – ênfase: o delineamento de funções e lugares *desiguais* a serem ocupados por homens e mulheres encontra-se enraizado de tal modo na sociedade brasileira que mesmo diplomas normativos se inclinaram a propagar tal distinção. É o que se observa da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – comumente conhecida como o Código Civil de 1916 (CC/16) – que, ao dispor sobre a regência do seio familiar, recorre, por trinta e uma vezes, à expressão "pátrio poder" (BRASIL, 1916): muito embora a própria condução do Direito de Família engendrada pelo Código identificasse os *pais*, no plural, como seus detentores[4], é inafastável a constatação de que, ao longo de toda a sua

[1] CRFB/88: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (…) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

[2] CRFB/88: "Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso."

[3] CRFB/88: "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (…)."

[4] O endosso doutrinário à perspectiva do pátrio poder próprio de ambos por pais pode ser exemplificado por Maria Helena Diniz (1998, p. 543), que o define como o "conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e aos bens do filho menor não emancipado, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam

vigência, esteve positivada a noção de que tal poder decisório, fundamental para a dinâmica de uma das mais valiosas instituições civilistas, remetia exclusivamente, em seu traço característico, à figura do *pai*.

Nada mais pertinente, então, que o diploma inaugural de um novo – e, como visto, notadamente igualitário – ordenamento jurídico se assumisse como o ponto de origem desta equiparação, de modo a irradiar, para vindouras normas infraconstitucionais, referências aptas a desmentir o próprio núcleo simbólico da desigualdade entre homens e mulheres. Nesta esteira, o Código Civil que sucedeu ao CC/16 – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CC/02) – foi redigido de modo a substituir a expressão "pátrio poder" por "poder familiar", citada por trinta vezes em seu texto, de modo a elidir a associação original entre as prerrogativas dos líderes familiares e a autoridade masculina (BRASIL, 2002).

Convém, todavia, interrogar: se, dentro da instituição responsável pelo aspecto mais íntimo do desenvolvimento pessoal – a família –, foi instaurada a ideia de um poder que, embora legalmente exercido por ambas as partes de um casal, permanecia, em sua essência, masculino, responsável, inclusive, pela perseverança do ícone do "homem da casa", seria parte deste poder a capacidade de *definir a mulher*? Embora não se possa excluir, sobretudo em um estudo não exaustivo como o presente, a hipótese inversa, é recorrente, na MPB, a figura do narrador ou eu-lírico masculino que se volta para a descrição – física, emocional ou comportamental – de uma mulher específica ou do próprio gênero feminino, chegando, por vezes, a apresentar os cenários e conjunturas que finalmente confirmam a feminilidade. Em 1967, Vinícius de Moraes, entoando o *Samba da Bênção*, escrito em coautoria com Baden Powell, a pretexto de explicar a necessidade de tristeza no samba, expunha a sua tese:

> Senão, é como amar uma mulher só linda. E daí?
> Uma mulher tem que ter qualquer coisa além de beleza,
> Qualquer coisa de triste, qualquer coisa que chora,
> Qualquer coisa que sente saudade,
> Um molejo de amor machucado,
> Uma beleza que vem da tristeza de se saber mulher,
> Feita apenas para amar,
> Para sofrer pelo seu amor
> E pra ser só perdão.
> (MORAES; POWELL, 1967)

desempenhar os encargos que a norma jurídica lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho".

Em um voo que decola do lirismo entristecido e aterrissa no humor sexualizado, o grupo de funk Os Caçadores lançou, em 2005, o single *Dona Gigi*, anunciando que os "Caçadores tão na pista pra dizer como ela é" antes de darem início a um perfil tão desabonador – iniciado pela acusação de ser "caolha", encerrado pela identificação de "um caroço nas costas" – que o contato físico com um homem poderia sinalizar uma troca de agressões, mas nunca uma relação sexual (FONSECA, 2005). Esta, porém, não só se faz presente como também configura um rito de passagem fundamental em *Me Lambe*, sucesso de 1999 da banda Raimundos cujo narrador celebra que "No parque de diversões/Foi que ela virou mulher/Das forte" – isto antes de sinalizar para uma identificação entre homens que sobrevive ao dever, exercido quase que sob lamento, da autoridade policial e ao temor em face de uma autoridade de maior vulto: um terceiro homem, pai da recém-mulher.

> O homem de cassetete
> Disse quando me algemou
> Que ela só tinha dezessete
> Que o pai dela era doutor
> E que se fosse eu ainda faria igual
> Se fosse no ano que vem ia ser normal
> (FRED; RODOLFO; DIGÃO, 1999)

Exemplos como esses sugerem ter se consolidado, via canção, no imaginário popular, o entendimento de que a mulher pode, em última instância, ser criada por uma intervenção masculina – ou que, nos termos de outro sucesso de 1999 da mesma banda brasiliense, a *mulher de fases* (RODOLFO; DIGÃO, 1999) pode até mesmo ter essas fases determinadas por um componente tão natural quanto irracional, mas serão, via de regra, definidas por um homem. O ato de *criar*, pode-se dizer, pressupõe a competência para atos comparativamente menores, como *limitar* – uma constatação que reflete o volume prático de trabalho ao redor do propósito igualitário da CRFB/88: a jurista, historiadora e socióloga Aimée Schneider (2020, pp. 16-17) afirma que somente em 1997 foi autorizado o ingresso, no Plenário do Senado Federal, de mulheres vestindo calças compridas, medida esta que só chegou ao Plenário do Supremo Tribunal Federal em 2000 e, não obstante, só veio a ser inaugurada – pela ministra Carmen Lúcia – sete anos depois. Schneider aponta, ainda, como o próprio órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio atende ao ofício de *criar a mulher*, relatando o modo como

as sabatinas anteriores às nomeações abrangiam perguntas sobre a beleza e "elegância física" das ministras (SCHNEIDER, 2020).

Tem-se, portanto, um ato de criação cujas raízes precedem consideravelmente àquelas do panorama jurídico pós-1988 – com o potencial, inclusive, de ramificarem-se em outros procederes e condutas. De tal fato se projeta uma nova pergunta: quais outras medidas são ou foram justificadas pela condição de criador – e pelo estigma de criatura?

O DÉBITO CONJUGAL

Ainda em um âmbito familiar e íntimo, reside uma perspectiva, avalizada pelo ordenamento jurídico, sobre os aspectos determinantes de um convívio conjugal sadio. O CC/16, ao elencar os deveres dos cônjuges em seu art. 231, previa a "[v]ida em comum, no domicílio conjugal" (BRASIL, 1916) como parte de um rol literalmente transcrito para o art. 1.566 do CC/02 – que lhe agregou, somente, um quinto inciso, estipulando o dever de "respeito e consideração mútuas" (BRASIL, 2002). Ocorre que, a partir a noção de uma obrigatória "vida em comum", a doutrina civilista passou a gravitar em torno de um dos aspectos mais específicos da dinâmica conjugal e amorosa, sem o despir da dupla condição de direito e dever: o *débito conjugal*, referente à indispensável manutenção, entre os cônjuges, de relações sexuais.

O grau de severidade em torno do que significa a obrigatoriedade do débito conjugal, bem como as consequências de seu descumprimento, foi atualizado pelos estudiosos do tema. Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, em obra de 1990, foi inequívoca ao apontar, no contexto da separação judicial, a culpa daquele que se recusasse a manter a intimidade física com seu cônjuge, sem, contudo, equiparar esta culpa à obrigação de aceitar toda e qualquer prática sexual apresentada:

> O dever de coabitação deflui de uma necessidade natural, podendo ser exigido pelo esposo, que sentir a sua falta, que se sentir frustrado pela ausência de sua prestação, concluindo-se que a falta de relacionamento sexual entre os consortes, pela recusa de um deles, pode acarretar a separação judicial pela culpa deste último quando se tornar impossível a continuidade da vida em comum. (...)
>
> Em nosso modo de ver, o direito de um dos cônjuges sobre o corpo do outro, relativamente à prática de relações sexuais, decorrente do direito dever de coabitação oriundo do casamento, não deve transgredir o direito

> do outro cônjuge ao respeito de sua liberdade sexual e de sua própria dignidade, não cabendo a um dos consortes exigir do outro a prática de aberrações sexuais e nem mesmo de atividades normais contra a sua vontade, o que não se pode confundir com a recusa sistemática de um dos cônjuges à solução do débito conjugal, esta, sim, causa de dissolução do casamento pela infração do dever de coabitação. (SANTOS, 1990, pp. 144-145).

Arnaldo Rizzardo, por sua vez, opta por desconsiderar a *culpa*, privilegiando o exame da *incompatibilidade*: consortes incapazes de satisfazerem um ao outro sexualmente, em igual medida, se encontrariam em condições inóspitas para a manutenção de seu vínculo:

> Deve ser superada aquela antiga idéia de obrigatoriedade das relações sexuais, a que está um cônjuge obrigado em relação ao outro. Importa que haja o ajustamento sexual, a perfeita combinação e união em satisfazer tal necessidade. Então, verificado o desentrosamento tão comum na intimidade sexual, não se está diante de uma causa fundada em culpa de um dos cônjuges, mas diante de uma causa simplesmente evidenciadora da impossibilidade da união conjugal. Está aí uma amostra de insuficiência de previsão da lei para a desconstituição da sociedade conjugal, se inaceita a separação consensual por ambos os cônjuges. (RIZZARDO, 1997, p. 64).

A dinâmica sexual entre cônjuges, no entanto, também acolhe expectativas, "direitos" e deveres culturalmente diferenciados. Em 2018, a dupla Hugo & Guilherme defendeu avidamente as razões de um homem – e a *culpa* de sua companheira – para buscar o sexo com outra mulher cuja dignidade, mostrada ao cumprir com o dever alheio, a protegeria da difamatória alcunha de amante. Para ela, fora cunhado um título muito mais lisonjeiro:

> Na noite anterior, outra vez me negou amor
> Foi você quem negou amor
> De costas, cê virou
> Na vontade, cê me deixou
> Outra vez me negou amor
> Procurou e achou
> Me flagrou fazendo errado
> O que pra mim tá certo
> Lembra aí quando a gente fez amor, diz então
> Que eu ajoelho e te peço perdão
> Lembrou não, né?
> Então não estressa
> E não xinga quem me dá amor
> Toda vez que você me nega
> Amante não, respeita ela
> Minha namorada reserva...
> (ELAN; CASTTRO; MONTENEGRO, 2018)

A ironia, aqui, é evidente, e sob mais de um ângulo: ao mesmo tempo em que justifica a explicitação do dever de "respeito e consideração mútuas" pelo precitado art. 1.566 do CC/02, a solução adotada pelo eu-lírico para o débito conjugal não cumprido ignora, convenientemente, a previsão expressa, no primeiro inciso do art. 1.573 do mesmo diploma, do *adultério* como elemento caracterizador da "impossibilidade da comunhão de vida" – e, considerando que o artigo antecedente permite a "[q]ualquer dos cônjuges (...) propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum", é quase redundante afirmar que sua postura guardaria o mesmo, se não maior, potencial destrutivo do vínculo entre os dois que a alegada negligência de sua companheira.

A redundância se faz inafastável, todavia, no reconhecimento da existência de condutas muito mais corrosivas de um homem perante uma mulher – e sua acolhida se dá para além do âmbito cultural, chegando à esfera jurídica penalista.

A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA E A LEGITIMAÇÃO FOLCLÓRICA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Em 1885, na cidade de Botucatu, no interior do estado de São Paulo, a jovem Ana Rosa, de 20 anos, foi morta por seu marido, Francisco Carvalho Bastos, conhecido pela alcunha de Chicuta, carreiro influente, à época entre os seus 40 e 45 anos. O crime, testemunhado por uma escrava em fuga, foi perpetrado com patamar distinto de brutalidade: Ana Rosa teve o corpo severamente mutilado ainda enquanto viva (MODELLI , 2018).

A reverberação desta tragédia foi tamanha que seus pormenores passaram a integrar o cancioneiro caipira, com a dupla Tião Carreiro e Pardinho entoando, na canção *Ana Rosa*, de 1957, a história da vítima de um ciúme grotesco e, ainda pior, infundado: a cantora, violeira e professora Inezita Barroso resume a narrativa dizendo que "[u]m homem apenas desconfiou que a mulher o estava traindo e arrebentou a mulher. E o pior é que se descobriu depois que a coitada era inocente. Hoje existe até capela para essa mulher. Ela quase virou santa" (BARROSO *apud* FAOUR, 2006, p. 49). Barroso se refere à capela erguida, em 1921, no local em que seu corpo foi encontrado por um fazendeiro, após o inesperado desvio de trajetória de seu cavalo – um símbolo que, apesara de Ana Rosa

não ser considerada santa pela Igreja Católica, assevera a inclinação social à projeção da mulher à santidade pela via da morte.

> Ana Rosa casou com Chicuta, um caipira bastante atrasado
> (...) Tinha um ciúme doentio pela moça que dava pena do coitado
> Batia na pobre mulher com a vara de ferrão de bater no gado
> Resolveu abandonar o marido porque a vida já não resistia
> (...) O Chicuta quando chegou em casa Ana Rosa não encontrou
> Ele arreou sua besta e como uma fera a galope tocou
> (...) Derrubaram ela da garupa já fazendo cruel judiação
> Foi cortando ela aos pedaços, uma preta assistindo à cruel judiação
> Foi correr dar parte à autoridade já fizeram imediata prisão
> Hoje lá construíram uma Igreja, tem feito milagre pra muitos cristãos, ai
> (CARREIRO; CARREIRINHO, 1957).

Desfechos como o de Ana Rosa habitam a música regional sertaneja como um reflexo do machismo culturalmente disseminado pelo interior de estados como São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul (FAOUR, 2006, p. 47). Um dos exemplos mais bem sucedidos em termos de impacto comercial e influência sobre o imaginário de sua época pode ser encontrado em *Cabocla Tereza* (1940), com a dupla Raul Torres e Serrinha narrando – em primeira pessoa – as desventuras de um homem que, ao ser abandonado por sua amada após tanto investimento, consuma a sua vingança:

> Há tempo eu fiz um ranchinho
> Pra minha cabocla morá
> Pois era ali nosso ninho
> Bem longe desse lugar
> (...) Pois o sonho neste oiá
> Paguei caro meu amor
> Por 'mor' de outro caboclo
> Meu rancho ela abandonou.
> Senti meu sangue fervê
> Jurei a Tereza matá
> O meu alazão arriei
> E ela eu fui procurá
> Agora já me vinguei
> É esse o fim de um amor
> Essa cabocla eu matei
> É a minha história, doutô!
> (TORRES; PACÍFICO, 1940).

Embora canções como *Ana Rosa* e *Cabocla Tereza* acabassem por explicar a motivação dos perpetradores dos atos narrados, o elemento inerente da *vingança* guardava o ostensivo intuito de justificar tais atos. Esta justificativa obteve guarida formal através do instituto da *legítima defesa da honra*, acolhido, embora sem ser nominalmente identificado, pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 – o Código Penal de 1890 (CP/1890) –, que, no parágrafo quarto de seu art. 27, afirmava não serem criminosos "[o]s que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime" (BRASIL, 1890).

Muito embora o diploma penalista que sucedeu ao CP/1890 após cinco décadas de vigência – o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (CP/1940) – impeça, na atual redação do inciso I de seu art. 28, que seja excluída a imputabilidade penal sob motivo de "emoção ou [a] paixão" (BRASIL, 1940), a perspectiva sob a qual a proteção da honra masculina, supostamente ferida pela traição conjugal ou mesmo pelo abandono, teria prevalência sobre a integridade física de uma mulher demonstra curiosa resistência nos tribunais brasileiros. Em que pese a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ter consolidado, gradualmente, o rechaço à tese – movimento marcado pelo julgamento do Recurso Especial 1517/PR, onde se projetam, contudo, as considerações, tecidas pelo Ministro Relator José Cândido, acerca da honra da mulher que trai –, permanece, até o tempo presente, um influxo de acórdãos nela baseados que chegam à deliberação da Corte:

> RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. DUPLO HOMICÍDIO PRATICADO PELO MARIDO QUE SURPREENDE SUA ESPOSA EM FLAGRANTE ADULTÉRIO. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE CONFIGURA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA. DECISÃO QUE SE ANULA POR MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS (Art. 593, parágrafo 3º do CPP).
>
> Não há ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. O marido, que mata sua mulher para conservar um falso crédito, na verdade, age em momento de transtorno mental transitório (...), desde que não se comprove ato de deliberada vingança.
>
> O adultério não coloca o marido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25 do Código Penal. (...) A lei civil aponta os caminhos da separação e do divórcio. Nada justifica matar a mulher que, ao adulterar, não preservou a sua própria honra (...).

> Recurso provido para cassar a decisão do júri e o acórdão recorrido, para sujeitar o réu a novo julgamento. (BRASIL, STJ, REsp 1517/PR, 6ª T., Rel. Min. José Cândido, j. 1991)

Referido corpo jurisprudencial é composto, ainda, por decisões que afastam a incidência da legítima defesa da honra com base em análises técnicas, como a mostrada abaixo, acerca do imediatismo que configura, efetivamente, um cenário de legítima defesa:

> RESP. JÚRI. LEGITIMA DEFESA DA HONRA. VIOLAÇÃO AO ART. 25 DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 07 DO STJ.
>
> 1. Relata a denúncia haver o marido, incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, efetuado diversos disparos contra sua mulher, de quem se encontrava separado, residindo ela, há algum tempo (mais de 30 dias), em casa de seus pais, onde foi procurada, ao que parece, em tentativa frustrada de reconciliação, e morta.
>
> 2. A absolvição pelo Júri teve por fundamento ação em legítima defesa da honra, decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça, ao entendimento não ser aquela causa excludente desnaturada pelo fato de o casal estar separado, há algum tempo, e porque "a vítima não tinha comportamento recatado".
>
> 3. Nestas circunstâncias, representa o acórdão violação à letra do art. 25 do Código Penal, no ponto que empresta referendo à tese da legítima defesa da honra, sem embargo de se encontrar o casal separado há mais de trinta dias, com atropelo do requisito relativo à atualidade da agressão por parte da vítima. Entende-se em legítima defesa, reza a lei, quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (...)
>
> 5. Recurso conhecido e provido. (BRASIL, STJ. REsp 203632/MS, 6ª T., Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 2002).

O contínuo recurso à legítima defesa da honra também se depara, por vezes, com o seu desmantelamento anterior à chegada ao STJ, como demonstram os acórdãos abaixo, da lavra do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

> Não procede a argumentação da defesa de que o acusado agiu motivado por emoção, após ato injusto da vítima, que o agrediu verbalmente, para aplicação da atenuante da injusta provocação da vítima – Ao adotar a referida tese, estar-se-ia a legitimar a chamada legitima defesa da honra, perpetuando-se uma cultura machista de submissão da mulher ao homem - Regime fechado corretamente fixado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal - Regime prisional fechado é o que melhor se presta para a prevenção e repreensão da infração penal, tendo em vista as

> circunstâncias em que esta foi cometida - Regime mais brando para o apelante não se coaduna nem se mostra o mais adequado como resposta penal do estado - Manutenção da sentença - Desprovimento do apelo defensivo. (BRASIL, TJRJ. Apelação 0007419-83.2014.8.19.0064, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Maria Sandra Rocha Kayat Direito, j. 2016).
>
> Réu condenado à pena de 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção. Recurso Defensivo busca a absolvição em razão da inexistência de suporte probatório para a condenação, uma vez que sua ação deu-se em legítima defesa da honra. A firmeza do depoimento da vítima - prova direta de delito - e a notoriedade da atividade do agente são suficientes para afirmar que o Réu ofendeu a integridade física de sua companheira, mediante puxões de cabelo, tapas na cara, arranhões pelo corpo e xingamentos. Efetivamente, em caso de violência doméstica, as palavras da vítima assumem relevante valor probatório, máxime quando verificada sua harmonia com os demais elementos constantes dos autos. Requer a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inaplicabilidade das penas restritivas de direito (44, I, do CP), já que a própria elementar do crime de lesão corporal afasta a concessão da benesse, diante da violência exercida contra a vítima. Súmula nº 588 do STJ. (...) RECURSO MINISTERIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. NEGO PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO. (BRASIL, TJRJ. Apelação 0000412-34.2017.8.19.0032, 2ª Câmara Criminal, Des. Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernantes, j. 2019).

Para além, no entanto, da correlação imediata entre a validação cultural e jurisprudencial da legítima defesa da honra, é preciso considerar o quanto o imaginário popular acolhe e promove, sob uma lente folclórica e até mesmo anedótica, a violência dirigida a mulher. Também a MPB agrega referências, sob a tônica do humor, a agressões merecidas ou, ao menos, inevitáveis. Vide, a título de exemplo, o refrão de *Mulher Indigesta* (1932), de Noel Rosa, que, resumindo as providências cabíveis quanto a uma mulher que, de acordo com os versos, "não namora/Também não deixa mais ninguém namorar", sentencia: "Mas que mulher indigesta (indigesta!)/Merece um tijolo na testa" (ROSA, 1932).

Um exemplo mais contemporâneo, por sua vez, surge de uma referência já conhecida: antes mesmo de descreverem (*rectius*, definirem) sua *Dona Gigi* (FONSECA, 2005), Os Caçadores deixam claro:

> Se me ver agarrado com ela,
> Separa que é briga, tá ligado?
> Ela quer um carinho gostoso,
> Um bico, dois soco e três cruzado
> Tá com pena, leva ela pra casa
> Porque nem de graça eu quero essa mulher

Convém destacar, a esta altura do corrente estudo, que não se pretende desconstruir o mérito artístico de obra alguma sob um olhar contemporâneo, e tampouco abordar e avaliar tais obras sob um ângulo literal: não há a menor base apta a sustentar, a partir de *Mulher Indigesta*, que Noel Rosa de fato defendia a agressão a título de resposta a uma mulher desagradável – muito menos aquela especificada no bordão, onde seria razoável supor que a escolha de palavras se deu, para além do contexto, por questões de rima, métrica e sonoridade; e tampouco há como arguir que Os Caçadores, uma vez deparando-se com *Dona Gigi*, consumariam o vínculo entre agressão física e repulsa sexual que entoam tão apaixonadamente.

O que se busca investigar, na presente etapa desta exposição, é o modo como as contínuas referências jocosas à agressão da mulher, feitas sob o intuito de provocar o riso perante uma situação onde a catarse surge somente de se *imaginar* uma resposta agressiva, podem, indiretamente, alimentar a seguinte hipótese: seria o meramente *imaginado* admissível como resposta proporcional ao *inimaginável* da separação amorosa, que dirá do adultério – sobretudo em uma realidade sociojurídica onde, dada a reconhecida liberdade para se dissolver vínculos conjugais, bem como o fato de que nem toda reprovação moral encontra reflexo em uma sanção jurídica, o *inimaginável* pode muito bem representar uma camuflagem para algo, à luz do poder masculino, *inadmissível*?

Por estas vias, o elemento lúdico pode, por vezes, se entrelaçar com soluções práticas. Com décadas de afastamento das Anas Rosas e caboclas Terezas que povoaram o cancioneiro sertanejo, a então dupla infantil Sandy & Júnior fez sucesso, em 1991, com *Maria Chiquinha* (BÔSCOLI; FIGUEIREDO, 1991), trazendo novos matizes a um cenário reconhecível:

> O quê que cê foi fazer no mato, Maria Chiquinha?
> Eu precisava cortar lenha, Genaro, meu bem
> Quem é que tava lá com você, Maria Chiquinha?
> Era filha de Sá Dona, Genaro, meu bem (...)
> Eu nunca vi mulher de bigode, Maria Chiquinha (...)
> Então eu vou te cortar a cabeça, Maria Chiquinha
> Então eu vou te cortar a cabeça
> Que você vai fazer com o resto, Genaro, meu bem?
> Que você vai fazer com o resto?
> O resto? Pode deixar que eu aproveito...

Uma ideia persevera, portanto, entre dimensões ligeiras e despretensiosas e validações concretas e jurisdicionais: o mesmo homem que cria e define a

mulher possui também o poder de destruí-la – ou, ao menos, de cogitar de sua destruição. Quais novas camadas de pensamento e contemporaneidade teriam o condão de transformar esta conjuntura de modo definitivo, ainda que a longo prazo?

CONCLUSÃO: PROTAGONISMOS POLIFÔNICOS

O referido caráter não exaustivo do presente estudo obriga ao reconhecimento de possibilidades não exploradas, com o amplo arcabouço da MPB acolhendo outras vozes – no caso, femininas – dispostas a subverter os comportamentos aqui descritos. É o caso, por exemplo, da cantora Dalva de Oliveira, que, ao gravar *Errei, Sim* em 1950, incorporou os versos de Ataulpho Alves sobre uma mulher que confessava o seu próprio adultério, mas responsabilizando por ele o tratamento que seu companheiro lhe reservava, à contenda pública vivida, à época, com seu ex-marido, o cantor e compositor Herivelto Martins (FOLHA ONLINE, 2009):

> Errei, sim,
> Manchei o teu nome,
> Mas foste tu mesmo
> O culpado
> Deixavas-me em casa,
> Me trocando pela orgia,
> Faltando sempre
> Com a tua companhia.
> (ALVES, 1950).

No entanto, essas mesmas limitações direcionam o olhar para os *protagonismos*: a definição daqueles a quem cabem as iniciativas e, por conseguinte, o reconhecimento – cultural e jurídico – da legítima condição de titulares de direitos. Faz-se necessária, deste modo, uma reinvenção estrutural, permeando as esferas investigadas, deste panorama de protagonistas, de modo a lhe incorporar aspectos efetivamente igualitários.

Esta reinvenção pode ser observada no advento da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, voltada para a coibição da "violência doméstica e familiar contra a mulher" (BRASIL, 2006) e informalmente nomeada Lei Maria da Penha, em homenagem à farmacêutica bioquímica, vítima e militante Maria da Penha Maia Fernandes[5]. Em 2015, a Lei nº 13.104, de 9 de março, incluiu no art. 121

5 Sobre sua história de vida e seus trabalhos à frente do Instituto Maria da Penha, ver: IPM, 2020.

do CP/1940 a previsão do feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, reformando, ainda, o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir a mesma conduta no rol de crimes hediondos (BRASIL, 2015). Na esfera legislativa estadual, a Lei nº 8.054, de 17 de julho de 2018, consolidou, no estado do Rio de Janeiro, o dia 14 de março como o Dia Marielle Franco – Dia de Luta Contra o Genocídio da Mulher Negra, eternizando a memória da socióloga e vereadora no dia de seu assassinato. Todas são normas que guardam, em gradações distintas, ecos de Ana Rosa – o sacrifício feminino enquanto condicionante de uma transformação, mesmo que exclusivamente simbólica em certos casos –, mas conformam o aspecto prático de novas e necessárias considerações.

No universo da MPB, novos e consolidados artistas espelham essas mudanças em suas obras. Composta por Douglas Germano em tributo à sua mãe, Maria, vítima de violência doméstica, a canção *Maria da Vila Matilde (Porque se a da Penha é brava, imagine a da Vila Matilde!)* (ARRUDA, 2020) encontrou perfeita sinergia na voz de outra vítima: Elza Soares, com décadas de um talento e personalidade que a fizeram notória entre homens notórios, deu corpo ao revide em face de um violento ex-companheiro.

> Cadê meu celular?
> Eu vou ligar pro 180
> Vou entregar teu nome
> E explicar meu endereço
> Aqui você não entra mais,
> Eu digo que não te conheço
> E jogo água fervendo
> Se você se aventurar
> Eu solto o cachorro
> E, apontando pra você,
> Eu grito: Péguix guix guix guix
> Eu quero ver
> Você pular, você correr
> Na frente dos vizim
> Cê vai se arrepender de levantar a mão pra mim.
> (GERMANO, 2015)

A libido do homem adúltero também encontrou resposta. Em *50 Reais* (TORRICELLI; MANDIOCA; MELO; AZEVEDO; LEÃO, 2016), a cantora e coautora Naiara Azevedo, com a participação da dupla Maiara & Maraisa, considera a agressão física antes de optar por outra reação:

> Não sei se dou na cara dela ou bato em você,
> Mas eu não vim atrapalhar sua noite de prazer
> E pra ajudar pagar a dama que lhe satisfaz,

Toma aqui uns 50 reais.

Por fim, chegou-se à contestação e reivindicação do poder, tradicionalmente masculino, de criação da mulher. À frente da banda Francisco, El Hombre, a cantora e coautora Juliana Strassacapa reconhece e declara, na canção *Triste, Louca ou Má* (KOZYREFF; STRASSACAPA; PIRACÉS-UGARTEGOMES; PIRACÉS-UGARTE, 2016):

> Triste, louca ou má
> Será qualificada ela
> Quem recusar
> Seguir receita tal
> A receita cultural
> Do marido, da família
> Cuida, cuida da rotina
> Só mesmo rejeita
> Bem conhecida receita
> Quem, não sem dores,
> Aceita que tudo deve mudar
> Que um homem não te define
> Sua casa não te define
> Sua carne não te define
> Você é seu próprio lar (...)
> E um homem não me define
> Minha casa não me define
> Minha carne não me define
> Eu sou meu próprio lar

O registro desta reinvenção não equivale a constatar a sua já absoluta eficácia – uma conclusão irrazoável, sobretudo, quando vinda de um lugar de fala em nada atingido pelos estigmas aqui descritos. Encontra-se em andamento, porém, um processo que não visa apagar as perspectivas havidas no tempo passado, mas assimilar, no presente e em definitivo, óticas feridas por espaços estreitos; que não afasta o direito à leveza, mas assume o dever de se buscar novas fontes de leveza; que se inicia como um movimento de resistência em face do que é antigo e nocivo e deveria estar extinto, mas prossegue como um acelerador do novo perante a urgência dos tempos. Um processo, enfim, que, mais que reconhecer todas as vozes no auditório, garante que sejam, todas elas, igualmente ouvidas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ataulpho. *Errei, Sim*. Intérprete: Dalva de Oliveira, EMI, 1950.

ARRUDA, Renata. "Maria da Vila Matilde: análise da música de Elza Soares". *In: Letras*, 2020. Disponível em <https://www.letras.mus.br/blog/maria-da-vila-matilde-analise/>. Acesso em 02 de out. de 2020.

BÔSCOLI, Geysa; FIGUEIREDO, Guilherme. *Maria Chiquinha*. Intérprete: Sandy & Júnior, no álbum *Aniversário do Tatu*, Universal Music Ltda, 1991.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em <Constituição (planalto.gov.br)>. Acesso em 14 de out. de 2019.

_____. Decreto nº 847/1890 (Código Penal de 1890), 1890. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em 14 de out. de 2019.

_____. Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal de 1940), 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 21 de out. de 2019.

_____. Lei nº 10.406/2002 (Código Civil de 2002), 2002. Disponível em <L10406compilada (planalto.gov.br)>. Acesso em 26 de nov. de 2019.

_____. Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 08 de set. de 2020.

_____. Lei nº 13.104/2015, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em 12 de set. de 2020.

_____. Lei nº 3.071/1916 (Código Civil de 1916), 2016. Disponível em <L3071(planalto.gov.br)>. Acesso em 14 de out. de 2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 1517/PR, 6ª Turma, Rel. Min. José Cândido, julgado em 11/03/1991.

_____, Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 203632/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, julgado em 19/04/2001.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Apelação 0000412-34.2017.8.19.0032, 2ª Câmara Criminal, Des. Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernantes, julgado em 02/04/2019.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Apelação 0007419-83.2014.8.19.0064, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Maria Sandra Rocha Kayat Direito, julgado em 10/05/2016.

CARREIRO, Tião; CARREIRINHO. *Ana Rosa*. Intérprete: Tião Carreiro e Pardinho, Warner Music Brazil, 1957.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Vol. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

ELAN, Elvis; CASTTRO, Henrique; MONTENEGRO. *Namorada Reserva.* Intérprete: Hugo e Guilherme, no álbum *No Pelo em Campo Grande (ao Vivo)*, Som Livre, 2018.

ELIOT, T. S. *T. S. Eliot – Poemas*. Tradução: Caetano W. Galindo. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

FAOUR, Rodrigo. *História Sexual da MPB:* a evolução do amor e do sexo na canção brasileira. Rio de Janeiro: Record, 2006.

FOLHA ONLINE. "Conheça a 'briga musical' entre Herivelto Martins e Dalva de Oliveira; leia trecho". *In: Folha de S. Paulo*. 2009. Disponível em <https://m.folha.uol.com.br/ilustrada/2009/11/655323-conheca-a-briga-musical-entre-herivelto-martins-e-dalva-de-oliveira-leia-trecho.shtml>. Acesso em 23 de jul. de 2020.

FONSECA, Vagner Rodrigues da. *Dona Gigi*. Intérprete: Os Caçadores, single, Link Records, 2005.

FRED; RODOLFO; DIGÃO. *Me Lambe*. Intérprete: Raimundos. *Só no Forevis*, Warner Music Brazil, 1999.

GERMANO, Douglas. *Maria da Vila Matilde*. Intérprete: Elza Soares no álbum *A Mulher do Fim do Mundo*, Circus Produções Culturais e Fonográficas, 2015.

IPM, Instituto Maira da Penha. *Quem é Maria da Penha*, 2020. Disponível em <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em 08 de nov. de 2020.

KOZYREFF, Andrei Martinez; STRASSACAPA, Juliana; PIRACÉS-UGARTE, Mateo; GOMES, Rafael; PIRACÉS-UGARTE, Sebastián. *Triste, Louca ou Má*. Intérprete: banda Francisco, el Hombre, constante do álbum *Soltasbruxa*, independente, 2016.

MOARES, Vinícius de; POWELL, Baden. *Samba da Bênção*. Intérprete: Vinícius de Moraes. *Vinícius*. Universal Music International Ltda, 1967.

MODELLI, Laís. "A chocante história de Ana Rosa, a jovem esquartejada pelo marido no século 19 que se tornou 'milagreira'". *In: BBC News Brasil*, 2018. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46070076>. Acesso em 26 de out. de 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. "Separação e Divórcio". *In: Direito de Família Contemporâneo*. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Del Rey, 1997.

RODOLFO; DIGÃO. *Mulher de Fases*. Intérprete: Raimundos. *Só no Forevis*, Warner Music Brazil, 1999.

ROSA, Noel. *Mulher Indigesta*. Intérprete: Noel Rosa, Rew Records, 1932.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SCHNEIDER, Aimée. *Violências de Gênero:* um panorama do discurso desigual na jurisprudência do Rio de Janeiro. Monografia (Especialização em Psicologia Jurídica) – AVM e Cândido Mendes: Rio de Janeiro, 2020.

TORRES, Raul; PACÍFICO, João. *Cabocla Tereza*. Intérprete: Raul Torres e Serrinha, 78 rpm, Victor, 1940.

TORRICELLI, Alex, MANDIOCA, Bruno, MELO, Maykow, AZEVEDO, Naiara, LEÃO, Waléria. *50 Reais*. Intérprete: Naiara Azevedo e Maiara & Maraisa, single, MM Music, 2016.

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA PRIVADA DO CIDADÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL DE ESCOLHER DO MOMENTO DA MORTE: um estudo comparado entre Portugal e Brasil

Thiago Rodrigues Pereira
Doutor e Mestre em Direito pela UNESA/RJ; Doutorando em Filosofia pela Universidade do Minho-PT; Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa – UAL; Diretor Pedagógico do Novo Liceu – www.novoliceu.com

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha
Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2003). Possui especialização em Direito Civil e Processo Civil, cursada na Universidade Estácio de Sá (2008).

Resumo: A presente pesquisa visa analisar a existência ou não de um direito fundamental do cidadão em escolher o momento de sua morte, interrompendo-a por métodos como o suicídio assistido e a eutanásia. A hipótese é existir tal direito fundamental e que o Estado não pode ter esse grau de interferência na vida privada do seu cidadão. A pesquisa terá como marco teórico David Hume, Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Será uma pesquisa qualitativa, aplicada, descritiva-explicativa, bibliográfica-documental a partir do método fenomenológico.

Palavras-chave: direito fundamental; morte; autonomia da vontade; livre arbítrio.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema a discussão a existência de um direito fundamental do cidadão de escolher o momento de sua morte, a partir dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. A questão discutirá de forma incidental sobre a possibilidade ou não da interrupção da vida, pelo suicídio assistido ou eutanásia, como mecanismos de abreviar a vida, especialmente de pacientes terminais.

O problema a ser investigado será verificar se existe um direito fundamental do cidadão em escolher o momento de sua morte, principalmente tratando-se de pacientes terminais, ou se deve ser o Estado a intervir e controlar esse aspecto da vida do seu cidadão, na perspectiva portuguesa e brasileira.

A hipótese para responder ao problema objeto de análise será de que a resposta constitucionalmente mais adequada, tanto em relação à Portugal quanto ao Brasil, é que o Estado não poder ter esse grau de ingerência na vida privada do seu cidadão e não pode impor um projeto de vida (ou de final de vida) baseado em preceitos religiosos, tendo em vista ser o Estado laico uma das conquistas mais relevantes da modernidade, com a total separação entre Igreja e Política, e existir um direito fundamental do cidadão a escolher o momento de sua morte.

O objetivo geral da presente pesquisa será verificar se existe um direito fundamental do cidadão em escolher o momento de sua morte, principalmente tratando-se de pacientes terminais, ou se deve ser o Estado a intervir e controlar esse aspecto da vida do seu cidadão, na perspectiva portuguesa e brasileira. Em relação aos objetivos específicos, serão esses: analisar como Kant pensa a questão do suicídio; pesquisar como Nietzsche, Schopenhauer, Kant, Sartre viram a questão da liberdade; aferir como as constituições brasileira e portuguesa tratam questões como vida, proteção à vida, ingerência do Estado na vida do cidadão.

O marco teórico da presente pesquisa será na verdade três. Primeiro, David Hume na questão de justificar moralmente o suicídio, onde ele vai ter importante função, pois irá refutar principalmente argumentos de São Tomás de Aquino, mas que também servirão para refutar argumentos kantianos sobre o tema. Além dele, serão utilizados os pensamento de Martin Heidegger em relação a sua fenomenologia e ideia de uma análise do *dasein*, e não de um ser idealizado, e também de Hans-George Gadamer, e sua hermenêutica filosófica, pois será a partir da hermenêutica que se poderá afirmar se existe algum óbice constitucional nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro para que seja permitido a interrupção da vida de um cidadão, na perspectiva da existência de um direito fundamental do cidadão em escolher o momento de sua morte.

A presente pesquisa se justifica na medida em que o envelhecimento da população é um fato consumado. Se os avanços na área da saúde proporcionaram para muitos uma vida mais longeva e um envelhecimento com saúde, muitos ainda possuem ou virão a adquirir graves doenças, muitas delas incuráveis. Sem falar de pessoas com pouca idade, mas que também acabam por desenvolver o adquirir enfermidades que reduziem sua vontaded e potência, para usar a expressão nietzschiana. Assim, independente de opções individuais em termos religiosos, mister se faz dscutir se existe um direito fundamental do cidadão de escolher o momento de sua morte ou se o Estado pode ter esse grau de intervenção na vida privada do seu cidadão determinando que ele viva mesmo

contra a sua vontade. Por opção, serão realizados estudos em perspectiva comparada entre Portugal e Brasil.

A pesquisa será qualitativa em relação a abordagem, aplicada, em relação a sua natureza, descritiva e explicativa, em relação aos seus objetivos e em relação aos procedimentos, será bibliográfica e documental. Em relação ao método científico analisado, este será o fenomenológico, pois preocupa-se com a descrição direta da experiência como ela é, como a realidade é construída socialmente e entendida da forma que é interpretada, devendo ser entendida como uma verdadeira postura diante do mundo, onde o pesquisador deverá por em suspensão qualquer teoria, crença, concepção, conhecimento prévio sobre o estudado para ir em busca da pré-compreensão, sem negar a facticidade, mas, sim, colocar entre parênteses os preconceitos e os pressupostos oriundos de um pré-reflexivo vivenciado e experienciado para conseguir assim encontrar a resposta satisfatória do fenômeno a ser pesquisado.

1. Liberdade na história da filosofia

Um dos temas mais complexos em termos do estudo da filosofia diz respeito à liberdade. Existem até aqueles que vão discutir se existe efetivamente a liberdade. Autores como Schopenhauer (2005, p.374) vão entender que acreditar na liberdade seria um equívoco pois

> A liberdade da Vontade como coisa-em-si, excetuando-se o caso acima mencionado, jamais se estende imediatamente ao fenômeno, nem mesmo onde ele atinge o grau mais elevado de visibilidade, logo, não se estende ao animal dotado de razão e com caráter individual, isto é, a pessoa, que jamais é livre, embora seja o fenômeno de uma Vontade livre. Pois a pessoa já é o fenômeno determinado pelo. querer livre e, desde que este entra na forma de todo objeto, o princípio de razão, a pessoa desenvolve de fato a unidade da Vontade na pluralidade de suas ações, que, entretanto, devido à unidade extratemporal daquele querer em si, expõe-se com a legalidade de uma força natural. Porém, como é o querer livre que se torna visível na pessoa e em toda a sua conduta, estando para esta como o conceito está para a definição, segue-se que cada ação particular do homem deve ser atribuída à Vontade livre, e também se apresenta imediatamente enquanto tal à consciência. Eis por que cada um de nós, como dito no livro segundo, considera a si mesmo a priori (vale dizer, segundo seu sentimento originário) livre, inclusive nas ações particulares, no sentido de em qualquer caso dado ser possível qualquer ação, porém só a posteriori, a partir da experiência e da reflexão sobre ela, reconhece que seu agir foi produzido de modo completamente necessário a partir do confronto do caráter com os

> motivos. Eis por que toda pessoa tosca, seguindo seu sentimento, defende ardorosamente a plena liberdade das ações individuais, enquanto os grandes pensadores de todas as épocas, inclusive os doutrinadores religiosos mais profundos, a tenham negado.

Nietzsche, influenciado por Schopenhauer, vai entender a liberdade como uma busca pelo aumento da vontade de potência, ou seja, aquela energia vital que nos permite existir, onde seu acúmulo gera alegria e sua falta tristeza. Assim,

> "a medida da liberdade, quer para o indivíduo, quer para a sociedade, é dada pelo grau de resistência que deve incessantemente ser suplantado para permanecer no alto: a liberdade, bem entendido, considerada como força positiva, como vontade de potência. Bem poderia ser que a força superior da liberdade individual, da soberania, crescesse, a cinco passos de seu contrário, ali onde o perigo da escravidão está suspenso acima da existência, igual a cem espadas de Dâmocles. Percorrei a história: as épocas em que o "indivíduo" se torna maduro até essa perfeição, a de ser livre, em que se realizou o tipo clássico do homem soberano, ó não! nunca foram épocas humanitárias! É mister que não haja escolha: ou no apogeu — ou embaixo, arrastando-se como um verme, insultado, aniquilado, espezinhado. Necessitamos de tiranos contra nós, para nos tornarmos tiranos, isto é, livres. Não é magra vantagem ter cem espadas de Dâmocles suspensas sobre nós: assim aprendemos a dançar, assim alcançamos a "liberdade do movimento". (Nietzsche, aforismo 336, sem página, sem data)

Para autores como Kant, a ideia de liberdade seria a de agir conforme a razão

> "Porquanto a razão pode determinar a faculdade do desejo como tal, não somente a escolha, como também a simples aspiração, podem ser incluídas sob a vontade. Dá-se o nome de livre arbítrio à escolha que pode ser determinada pela razão pura; a que pode ser determinada somente pela inclinação {impulso sensível, estímulo) seria o arbítrio animal (*arbitrium brutum*). O arbítrio humano, contudo, é uma escolha que, embora possa ser realmente afetada por impulsos, não pode ser determinada por estes, sendo, portanto, de per si (à parte de uma competência da razão) não pura, podendo, não obstante isso, ser determinada às ações pela vontade pura. A liberdade da escolha é essa independência do ser determinado por impulsos sensíveis. Este é o conceito negativo de liberdade. O conceito positivo de liberdade é aquele da capacidade da razão pura de ser, por si mesma, prática. Mas isto não é possível, salvo pela sujeição da máxima de toda ação à condição de sua qualificação como lei universal, uma vez que, como razão pura aplicada à escolha independentemente de seus objetos, não contém em si a matéria da lei; assim, como uma faculdade de

> princípios (aqui princípios práticos, daí uma faculdade legisladora), nada mais pode fazer, exceto erigir em lei suprema e em fundamento determinante da escolha, a forma da aptidão das máximas da própria escolha como sendo lei universal. E visto que as máximas dos seres humanos, sendo baseadas em causas subjetivas, não se conformam por si mesmas com esses princípios objetivos, a razão pode prescrever essa lei somente como um imperativo que comanda ou proíbe absolutamente". (KANT, 2003, p. 63)

Além disso, uma outra ideia importante dentro do pensamento kantiano diz respeito a chamada autonomia da vontade.

> "A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres correspondentes às mesmas; mas, por outro lado, toda heteronomia do livre-arbítrio não só deixa de fundamentar qualquer obrigação como, também, resulta de todo contrária ao princípio desse livre-arbítrio e à moralidade da vontade. O princípio único da moralidade consiste na independência de toda a matéria da lei (isto é, de um objeto desejado) e, ao mesmo tempo, apesar de tudo, na determinação, à qual u'a máxima deve estar capacitada, do arbítrio por meio da forma legisladora universal comum. Todavia aquela independência é liberdade no sentido negativo, enquanto esta legislação própria da razão pura e, como tal, prática, é liberdade no sentido positivo. Desse modo, a lei moral apenas exprime a autonomia da razão pura prática, isto é, a liberdade, incluindo-se nesta a condição formal de todas as máximas, sob cuja condição estas podem coincidir somente com a lei prática suprema. Se a matéria é e não pode ser outra além do objeto de um desejo, conjugado à lei, intervém ela na lei prática como condição de sua possibilidade, resultando disso a heteronomia do livre-arbítrio, ou seja a dependência desta da lei natural, que segue qualquer impulso ou inclinação, não impondo a vontade a si mesma a lei, mas somente o preceito para seguir racionalmente leis patológicas; contudo, a máxima que, dessa forma, nunca pode conter em si a forma legisladora universal, não só é impotente para fundamentar desse modo qualquer obrigação, como, também, contraria o princípio de uma razão pura prática e, portanto, também a intenção (Gesinnung) moral, ainda quando a ação dela resultante fosse correlata à lei. (...) Que, na ordem dos fins, o homem (e com ele todo o ser racional) seja um fim em si mesmo, isto é, não possa nunca ser utilizado só como meio por alguém (nem mesmo por Deus), sem ao mesmo tempo ser um fim; que, portanto, a humanidade, em nossa pessoa, deve ser para nós sagrada, é coisa conseqüente, porquanto o homem é o sujeito da lei moral, e, por conseguinte, também do que é em si santo, do que permite chamar santo a tudo o que com isso for concordante. É que esta lei moral se fundamenta na autonomia de sua vontade como vontade livre, a qual, necessariamente, deve poder concordar, ao mesmo tempo, segundo as suas leis universais, com tudo aquilo ao qual se deve submeter".

A autonomia da vontade para Kant será então a faculdade que o ser humano tem de agir livremente de acordo com uma razão universal. Não seria agir da forma que bem entender, mas dentro de uma racionalidade.

Em relação a questão de liberdade, Sartre e seu pensamento existencialista materialista sempre ocuparão um lugar de destaque. Ele defenderá uma ideia de liberdade enorme para o ser humano, partindo de uma concepção de inexistência de Deus e, por conseguinte, de valores metafísico-transcendentais, e que isso ensejaria uma liberdade incrível ao ser humano.

> Com efeito, se a existência precede a essência, nada poderá jamais ser explicado por referência a uma natureza humana dada e definitiva; ou seja, não existe determinismo, o homem é livre, o homem é liberdade. Por outro lado, se Deus não existe, não encontramos, já prontos, valores ou ordens que possam legitimar a nossa conduta. Assim, não teremos nem atrás de nós, nem na nossa frente, no reino luminoso dos valores, nenhuma justificativa e nenhuma desculpa. Estamos sós, sem desculpas. É o que posso expressar dizendo que o homem está condenado a ser livre. Condenado, porque não se criou a si mesmo, e como, no entanto, é livre, uma vez que foi lançado no mundo, é responsável por tudo o que faz. (SARTRE, sem data, p. 18)

Na presente pesquisa, utilizar-se-á a ideia de liberdade como possibilidade de realizar escolhas, livre de imposições externas, onde cada indivíduo poderá realiza-las a partir dos seus valores éticos e na busca do aumento de sua potência de agir.

A partir dessas ideias iniciais, serão discutidas as questões relativas a existência ou não de um direito fundamental do cidadão em escolher o momento de morrer, e, por conseguinte, a existência de algum óbice constitucional para essa escolha possa ocorrer a partir das constituições portuguesa e brasileira.

2. A morte enquanto fenômeno e escolha

A morte sempre foi, e continua sendo para muitos, um assunto tabu, que incomoda, que causa desconforto, pois a ciência nem a filosofia ainda não encontraram respostas para várias questões existenciais humanas, dentre elas, para onde vamos após o término das nossas funções cerebrais encefálicas. Tanto a Medicina quanto o Direito superaram o entendimento da morte como final das atividades cardiorrespiratórias para usar como momento da morte o fim das atividades cerebrais. No Brasil, a lei 9434/03 aponta a morte como morte

encefálica. Posteriormente, o Conselho Federal de Medicina – CFM editou a Resolução1480/97 afirmando que a morte seria a parada total e irreversível das funções encefálicas. [9] Pode-se interpretar a ideia da morte como o *não ser* em Parmênides de forma diferente, pois mesmo com a morte, o ser não termina, pois o cadáver até poderia ser considerado um prolongamento do ser. Em que pese tal interpretação, a que ora se está usando é a de que com a morte é o perecimento do ser, passando a *não ser*.

No pensamento grego, Parmênides já dizia que *ser* é melhor do que *não ser*, que nada se pode falar sobre o *não ser*, ou seja, a morte pode ser entendida como a finitude do *ser*, onde ele passa a ser um *não ser* quando suas funções vitais (morte encefálica) cessam.

Será, portanto, sobre essa finitude que repousa o desconforto humano em tratar do tema morte. Sobre esse desconforto, Schopenhauer (2000, p. 62) afirmou que

> De fato, o temor da morte é independente de todo conhecimento: pois o animal o possui, embora não conheça a morte. Tudo o que nasce já o traz consigo ao mundo. Esse temor da morte *a priori* é, entretanto, justamente apenas o reverso da Vontade de vida, que nós todos somos. Por isso, em cada animal, ao lado do cuidado com sua conservação, é inato o medo diante da própria destruição: este portanto, e não o mero evitar a dor, é o que se mostra na precaução angustiosa com a qual o animal procura colocar a si, e ainda mais a sua prole, em segurança diat;tte de cada coisa que possa ser perigosa. Por que o animal foge, treme e procura esconder-se? Porque ele é pura Vontade de vida; como tal, entretanto, destinado à morte, quer ganhar tempo. O homem é por natureza assim mesmo. O maior dos males, o que de pior morte. Aquele poderoso apego à vida é, portanto, irracional e cego: só é explicável pelo fato de que todo o nosso ser em si mesmo já é Vontade de vida, para o qual, portanto, esta vida tem de valer como o bem supremo, por mais amarga, breve e incerta que ela sempre possa ser; e pelo fato de que a Vontade, em si e originariamente, é destituída de conhecimento e cega.

Contudo, Schopenhauer (2000, p. 63-64) completa seu pensamento afirmando que tal medo do *não ser,* ou seja, da morte, seria fruto de ignorância.

> O apego sem limites à vida que aqui aparece não pode, todavia, ser originado do conhecimento e da ponderação: diante destes parece antes tolo; pois o valor objetivo da vida é bastante incerto, e resulta pelo menos duvidoso se a ela não seria preferível o não-ser, e mesmo se a experiência e a ponderação tiverem a última palavra, o não-ser tem de triunfar. Se se batesse nos túmulos para perguntar aos mortos se querem ressuscitar, eles

> sacudiriam a cabeça negando. (...) Aquele poderoso apego à vida é, portanto, irracional e cego: só é explicável pelo fato de que todo o nosso ser em si mesmo já é Vontade de vida, para o qual, portanto, esta vida tem de valer como o bem supremo, por mais amarga, breve e incerta que ela sempre possa ser; e pelo fato de que a Vontade, em si e originariamente, é destituída de conhecimento e cega. O conhecimento, ao contrário, bem longe de ser a origem do apego à vida, atua até contra este, na medida em que desvela a ausência de valor da mesma e, assim, combate o temor da morte. – Quando o conhecimento vence, e por conseguinte o homem vai corajoso e sereno de encontro à morte, então é honrado como grandioso e nobre e festejamos o triunfo do conhecimento sobre a Vontade de vida cega, que, em verdade, é o núcleo de nosso próprio ser. (...)

Por fim, de forma muito interessante, Schopenhauer (2000, p. 66) vai afirmar que o medo da morte seria irracional, simplesmente pois iríamos exatamente para o mesmo local aonde estávamos antes de nascer, aonde cremos que estávamos antes do nosso nascimento.

Se o que faz a morte aparecer-nos tão terrível fosse o pensamento do *não-ser,* então teríamos de pensar, com calafrio igual, no tempo em que ainda não éramos. Pois é incontestavelmente certo que o não ser após a morte não pode ser diferente daquele anterior ao nascimento, e, portanto, também não é lastimável. Uma infinidade inteira fluiu, quando ainda *não éramos:* mas isso não nos aflige de modo algum. Ao contrário, o fato de que após o *intermezzomomentâ* neo de uma existência efêmera deva seguir-se uma segunda infinitude, na qual *não mais* seremos, o achamos duro e mesmo insuportável. Deveria então essa sede de existência ter nascido do fato de que nós a degustamos e a achamos deveras adorável? Como já foi abordado acima de passagem: com certeza não.

Ultrapassando então a barreira do desconforto com a morte, não se estará aqui a defender que morrer é melhor do que viver, nem que qualquer forma de abreviar a vida é o melhor caminho para se lidar com as adversidades da vida, mas simplesmente analisando até que ponto o Estado pode se interferir nas escolhas pessoais dos cidadãos, principalmente relacionadas a uma opção consciente e racional de opção pela morte ao invés da vida.

Por óbvio que sempre quando esbarramos em pessoas que escolhem o caminho da morte, tal escolha nos causa estranheza, pois normalmente entendemos que por pior que seja a vida vivida, ela é melhor do que a finitude.

Assim, será que a liberdade de escolha pode chegar ao ponto de permitir que alguém opte pela morte e não pela vida?

Um dos maiores defensores da ideia de autonomia da vontade, Immanuel Kant, vai afirmar que a liberdade não pode ser arguida para usa-la contra nós mesmos e vai afirmar que

> But this illusion disappears, if freedom can exist only through an immutable condition, which cannot be changed under any circumstances. This condition is that I do not employ my freedom against myself for my own destruction, and that I do not let it be limited by anything external. This is the noble form of freedom. I must not let myself be deterred from living by any fate or misfortune, but should go on living so long as I am a man and can live honourably. (KANT, ver o ano, p.148)

O pensamento kantiano, por mais que defenda a ideia de autonomia da vontade, não vai admitir que essa autonomia seja utilizada para ceifar a vida. Seria esse um limite rígido e moralmente intransponível. Ainda que Kant não mencione doenças e afins, deixará claro, conforme texto transcrito, que não podemos "nos deixar dissuadir de viver por qualquer destino ou infortúnio, mas devemos continuar vivendo enquanto formos homens e pudermos viver honradamente".

Entretanto, Kant deixará aberta uma questão que seria o que vem a ser viver "honradamente". Será que existe um conceito universal para honra? Ou será um conceito impregnado de um subjetivismo perigoso? A partir de uma crítica a esse pensamento Kantiano que ainda está dentro da filosofia da consciência, e por conseguinte recheada de subjetivismo, e utilizando uma ideia fenomenológica heideggeriana do *dasein,* percebe-se que não pode existir um conceito perfeito dentro da razão, mas sim fruto da nossa historicidade, do nosso *ser* lançado no mundo. Além disso, encontrar um conceito para honra até pode ser possível, mas sempre será uma tarefa eterna, conforme ensinou Gadamer (ano), pois sempre será uma tarefa fadada a ser recomeçada conforme passarem as gerações e mudanças no sentido da palavra.

Por isso, podemos discutir tal questão à luz justamente da honra. Se entendermos que a honra será um conceito subjetivo e não universal, ou seja, se relativizarmos o que seria honra, encontramos um problema de que o que é uma vida honrada para mim pode não ser para o outro. E se alguém entender que não mais poderia viver de forma honrada, por exemplo, em razão de uma doença degenerativa, como ficaria a questão para Kant? Parece que o filósofo de Königsberg não se debruçou sobre tal questão em si, deixando-a em aberto, tratando-a como, digamos assim, dentro da regra geral de moralidade por ele entendida.

Kant ainda vai utilizar também algumas fundamentações fora da razão em si, apelando muitas vezes para fundamentações em Deus e na ideia da Sua vedação ao suicídio.

> Suicide, however, is impermissible and abhorrent, not because God has forbidden it; God has forbidden it, rather, because it is abhorrent. So all moralists must begin by demonstrating its inherent abhorrency. Suicide commonly occurs among those who have taken too much trouble over the happiness of life. For if someone has tasted the refinements of pleasure, and cannot always possess them, he falls into grief, worry and depression. (KNAT, ano…, p. 149)

Assim, Kant vai afirmar que o suicídio seria abominável não porque Deus proibiu, mas sim porque Ele proibiu por ser abominável, justamente por ser esta a suprema violação dos deveres para conosco.

É importante frisar que a discussão em Kant sobre o suicídio é eminentemente moral. Contudo, ele não poderia admitir que uma lei positiva violasse uma lei moral, entendida por ele como universal, ou seja, a de se matar.

A questão que se coloca é: a morte pode ser objeto de escolha?

Com uma população envelhecida, não apenas novas doenças começam a ser descobertas, como também doenças que atingiam um número pequeno de pessoas passam a atingir um número muito maior em razão da longevidade ter aumentado exponencialmente a partir da segunda metade do século XX.

Escolher pressupõe estar em condições racionais para poder escolher. Qualquer discussão perde o sentido se a pessoa não estiver em condições mínimas de poder decidir.

A morte sempre foi passível de escolha. O suicídio sempre acompanhou a história da humanidade. E como qualquer valor, vai mudando de sentido e de percepção para a sociedade.

O ato de suicida-se já foi visto como nobre, como digno, quando outra opção não mais existia, especialmente quando se falava em guerra, prisioneiros e afins. Entretanto, quando em se tratando de doenças, a suicídio era muitas vezes visto como uma fuga, como um ato de covardia.

Se o ato de nascer é um ato alheio a nossa vontade, pelo menos não temos como precisar tal ato em relação aonde estávamos antes do nascimento,

se já existíamos ou não como ser individualizado ou se a nossa concepção foi o ponto inicial, a morte pode ser encarada como um ato de vontade.

Portanto, morrer ou manter-se vivo é não apenas um ato de vontade individual, como não existe qualquer punição legal para o suicida, por motivos óbvios, mas também não existe para aquele/a que fracassou em sua tentativa de se matar, o próprio Estado entende não ser possível ou juridicamente cabível, punir o suicida, nem mesmo o que tenta e fracassa. Não há qualquer ordenamento jurídico ocidental que puna a tentativa de suicídio, punindo muitas vezes apenas aqueles que incitam ou auxiliam no ato em si.

Ninguém deve entender, entretanto, como tal impossibilidade de punição ser um estímulo ao suicídio. Muito pelo contrário. Deve-se sempre frisar que é dever do Estado entender os motivos pelos quais seus cidadãos estão a tirar suas vidas e fazer de tudo para evitar tais atos. O suicídio é um atestado de incompetência do Estado em ser o garantidor mínimo das condições para que um indivíduo construa adequadamente o seu projeto individual de felicidade.

Os argumentos do filósofo escocês David Hume são fortes e relevantes em relação a não se entender o suicídio em si como um ato equivocado em si. Hume irá procurar responder a 3 possíveis questionamentos acerca do suicídio na seguinte ordem: Deus concedeu a vida aos homens, logo é proprietário de suas vidas; Deus planejou a vida de suas criaturas; a vida dos homens está sujeita a uma lei natural.

Para refutar a ideia de que "Deus concedeu a vida aos homens, logo é proprietário de suas vidas", Hume irá afirmar que Deus não opera diretamente sobre cada um dos eventos no universo, mas o faz por meio de leis gerais e imutáveis, e sendo assim, "todos os eventos, em certo sentido, podem ser declarados de ações do Todo-Poderoso, posto que todos derivam daqueles poderes com os quais ele dotou suas criaturas". (HUME, 2006, p.34). Para completar seu raciocínio, irá afirmar que, se abreviar a morte seria um erro diante da vida pertencer a Deus, igual seria o erro criar mecanismos e métodos para prolongar a vida, já que a vida pertenceria única e exclusivamente à Deus. E além disso, toda vez que colocássemos nossas vidas em risco, mesmo que fosse para um ato nobre e digno, iríamos incorrer também erro (HUME, 2006, p. 36). Logo, o argumento de que a vida pertenceria à Deus e só ele poderia tirá-la, cairia por terá diante desses argumentos.

A segunda questão enfrentada por Hume diz respeito a ideia de que *Deus planejou a vida de suas criaturas*, sendo o ser humano uma espécie de guardião dessa vida, sendo, portanto, obrigado a desempenhar o papel destinado por Deus a ele/a. Para refutar essa ideia, Hume acredita existir uma cadeira de causas na vida que são absolutamente dependentes das ações dos seres humanos, ações essas que seriam voluntárias. Se existisse esse determinismo de Deus, não existiria a liberdade de escolha, pois tudo seria dirigido para uma única possibilidade de escolha. Sendo assim, o suicídio, como send uma ação oriunda da liberdade de escolha do indivíduo, fruto de ações voluntárias suas, e, sendo Deus onisciente e onipotente, estaria Ele dirigindo todas as causas, inclusive o suicídio em si, pois nada poderia acontecer sem o Seu consentimento, e até cooperação (HUME, 2006, p. 41).

Por fim, Hume irá responder a um terceiro questionamento, de que *a vida dos homens está sujeita a uma lei natural.* A ideia pode ser entendida como se a natureza tivesse dotado os homens com o amor-próprio, e esse sentimento seria a garantia da luta de cada um pela sua autopreservação, logo, o suicídio será absolutamente contrário a essa ideia de amor-próprio, de autoconservação. Nessa questão, o filósofo escocês irá mencionar que não haveria sentido que o ser humano pudesse interferir com as consequências de determinadas leis naturais, mas não pudesse fazer o mesmo com outras, pois isso seria completamente arbitrário, e não encontraria uma justificativa minimente sólida.

Além dessas questões, Hume irá discutir se o suicídio seria uma infração ao nosso dever para com a sociedade e para com o próximo. Hume afirmará logo de início que um homem que se retira da vida não estará a causar mal algum à sociedade, no máximo deixando de fazer o bem, e que isso seria absolutamente insignificante (HUME, 2006, p.43).

Depois disso, Hume entrará em uma discussão que interessa bastante ao presente estudo, pois diz respeito a possibilidade do suicídio em razão de idade avançada, enfermidades, ou algo que retire a dignidade da vida. E assim, ainda falando sobre a inexistência de uma violação a um possível dever individual do ser humano para com o próximo e a sociedade, Hume afirmará que não podemos ser obrigados a fazer um pequeno bem para a sociedade às custas de um grande mal para nós mesmos. Para isso, utilizará o exemplo de que se estivermos com idade avançada ou enfermos, poderemos nos demitir de um cargo para que possamos nos dedicar integralmente para lutar contra os males que nos assolam, e para aliviar o máximo possível as misérias que o futuro nos reservou. Se assim

podemos proceder, por que não poderíamos acabar de vez com essas misérias por meio de um ato que já não é mais prejudicial nem para o próximo nem para a sociedade? (HUME, 2006, p. 42)

E Hume irá mais além ao mencionar que podem existir casos onde não apenas não mais podemos oferecer nada para a sociedade como ainda podemos prejudica-la. Seria o caso onde um indivíduo tenha se transformado em um fardo para a sociedade, impedido assim que outra pessoa possa ser útil à sociedade, em razão de ter que cuidar desse que não é mais útil. Hume entende que a renúncia à vida desse indivíduo seria não apenas inofensiva à sociedade, mas até louvável (HUME, 2006, p. 43).

Assim, Hume terminará seus argumentos à favor do suicídio ao mencionar que nenhum indivíduo tentou tirar avida enquanto considerava-a digna de ser vivida. (HUME, 2006, p. 44).

Portanto, diferente de Kant que condena o suicídio de qualquer maneira, Hume entenderá ser ele algo absolutamente defensável, não por ser algo bom em si, mas por não existirem argumentos racionais contrários a ele, sendo algum muito mais afeito a um juízo individual de quando sua vida não mais tenha se tornada uma vida digna, uma vida que valha a pena ser vivida.

3. A liberdade individual e a interferência do Estado na vida privada

Independente da estranheza em alguém decidir por tirar sua própria vida, a questão que ora se coloca versa sobre o direito de impor a outrem uma opção diferente da dele/a, no caso de morrer, apenas por acreditarmos existir uma outra melhor escolha.

Se a sociedade defende cada dia mais a autonomia da vontade dos cidadãos em questões como opção sexual, opção religiosa, etc., então por que não defender o direito de morrer, de escolher o momento da morte de cada cidadão, mesmo que isso nos traga ainda algum desconforto? Essa lição de tolerância já foi ensinada por vários verdadeiros religiosos, e na filosofia, por Voltaire (2000, p. 36) quando afirma:

> Em todos os casos, o direito humano só pode se fundar nesse direito de natureza; e o grande princípio, o princípio universal de ambos, é, em toda a terra: 'Não faças o que não gostaria que te fizessem'. Ao, não se percebe como, de acordo com esse princípio, um homem poderia dizer a outro: 'Acredita no que acredito e no que não podes acreditar, ou morrerás'. É

> o que dizem em Portugal, na Espanha, em Goa. Atualmente limita-se a dizer, em alguns países: 'Crê, ou te abomino; crê, ou te farei todo o mal que puder; monstro, não tens a minha religião, logo não tens religião alguma: cumpre que sejas odiado por teus vizinhos, tua cidade, tua província. Se fosse direito humano conduzir-se dessa forma, caberia então que o japonês detestasse o chinês, o qual execraria o siamês; este perseguiria os gancares, que caíram sobre os habitantes do Indo; o mongol arrancaria o coração do primeiro malabar que encontrasse; o malabar poderia degolar o persa, que poderia massacrar o turco – e todos juntos se lançariam sobre os cristãos, que por muito tempo devoraram-se uns aos outros. O Direito da intolerância é, pois, absurdo e bárbaro; é o direito dos tigres, e bem mais horrível, pois os tigres só atacam para comer, enquanto nós examinamo-nos por parágrafos.

Partindo da questão objeto da presente análise, devemos refletir até aonde pode o Estado se interferir nas escolhas individuais dos seus cidadãos, especialmente quando não tiver qualquer ligação direta com outros cidadãos e com o próprio Estado.

Tanto Nietzsche[1] quanto Foucault[2] mostraram que o Estado visto de forma quase ingênua pelos contratualistas modernos, nem de longe se parece com o Estado realmente. Logo, confiar nesse Estado as escolhas pessoas dos cidadãos, é um tanto arriscada, por mais que não se possa olvidar que o Estado

[1] Para Nietzsche (2009, p.120), o Estado nada mais seria do que "uma horda qualquer de animais de rápida ruivos, uma raça de senhores e conquistadores que, dotada de uma organização guerreira e possuidora de força organizadora, coloca sem hesitação as suas formidáveis garras sobre uma população talvez infinitamente superior numericamente, mas ainda desorganizada e errante. Este é o começo do 'Estado' na terra: acho que nos livramos do devaneio que fazia o Estado ter início com um 'contrato'. Que importam os contratos para aqueles que podem mandar, que são 'senhores' por natureza, violentos nas suas obras e nos seus gastos? Estes seres são absolutamente imprevisíveis, chegam como o destino, sem motivo, sem razão sem consideração, sem pretexto, chegam como o raio, demasiado terríveis, demasiado repentinos, demasiado convincentes, demasiado 'diferentes' para que se possa odiá-los".

[2] Em boa parte de sua extensa obra, Foucault denuncia os abusos cometidos pelo Estado ao longo dos séculos para manter o controle dos corpos dos seus súditos, como denuncia em *Vigiar e Punir*, como também demonstra várias formas de manter o controle social utilizando esse apropriando de vários argumentos religiosos em um primeiro momento, e científico sem um segundo momento, como demonstra em *História da Sexualidade* e *História da Loucura*. Portanto, Foucault demonstra que o Estado não é esse ente tão correto ao ponto de se confiar cegamente sua vida.

tenha que minimamente estar próximo para coibir abusos que afrontem a dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, a questão que se coloca sempre que se discute o tema ora analisado versa sobre cidadãos que são possuidores de grave enfermidade, que acabarão por levar esse cidadão a uma vida penosa, dolorosa, e que ele pode julgar violadora da dignidade da pessoa humana, conforme menciona Luper (2010, p.14)

Ao morrer, somos privados das coisas boas que desfrutaríamos caso continuássemos a viver. Ela impede, inclusive, que nos arrependamos da perda, que pode ser substancial. Porém, nem tudo o que a morte nos tira é bom. Ela tira tanto o mau como o bom, e a vida pode se tornar mesmo insuportável, como sabe qualquer pessoa que tenha sofrido a perda avassaladora de um ente querido, dolorosas doenças degenerativas ou a perspectiva iminente de uma demência progressiva. Ao nos permitir escapar destes momentos a morte, ao que parece, pode ser benéfica.

Muitos poderão acreditar que sempre se deveria lutar pela vida, mas será que não deveríamos ser tolerantes com aqueles que simplesmente não querem mais tal luta, ou até nem iniciar essa luta?

No entanto, quando e como *deveríamos* morrer? Talvez seja inteiramente razoável lutar até o fim contra doenças ou lesões que, em última instância, se mostram fatais. Como nossa própria vida corre risco, a procura por tratamentos médicos agressivos, incluindo terapia medicamentosa para o controle da dor, costuma ser a melhor opção. Contudo, nem sempre é. Para alguns, será melhor recusar o tratamento e se deixar morrer. Para outros, uma opção mais proativa talvez seja melhor, em especial se o bem-estar foi prejudicado por uma condição que não é mortal ou que nos matará muito lentamente (LUPER, 2010, p. 203).

Portanto, a autonomia da vontade deve ser respeitada. Em uma visão nietzschiana, relativista por natureza, seria um erro querermos impor nossos valores aos outros, como também seria equivocado que esses outros queiram nos impor tais valores. Cada um irá encarar as tragédias da vida de uma forma. Não existe o bel ou o mal, mas sim o que é bom ou mau para cada um[12].

A questão será, entretanto, em se discutir os limites de interferência do Estado na vida privada do seu cidadão. Hobbes já afirmara em seu *Liviatã*, que os cidadãos optam em abrir mão de uma parcela de sua liberdade em prol da vida gregária. Isso ocorre porque Aristóteles já mencionava ser o ser humano um

animal político, ou seja, que não consegue viver fora da sociedade. Mas mesmo assim, mesmo tendo que viver em comunidades, o ser humano seria mal por natureza, como acreditava Hobbes, e entraria em um estado de guerra de todos contra todos. Para contornar esse paradoxo, ou seja, precisamos viver juntos mas se vivemos nos matamos, estupramos, etc., se faz necessário abdicarmos de algumas de nossas liberdades, onde um soberano legislará impondo limites e permitindo o convívio social. Para Hobbes, esse soberano deveria ser dentro de um absolutismo monárquico, mas mesmo outros contratualistas como Rousseau, por exemplo, apesar de discordar em relação à natureza do ser humano (que seria bom por natureza e seria a sociedade que o corromperia) e sobre o melhor governo (para ele seria uma república), vai concordar com Hobbes em relação a necessidade de abdicar de uma parcela das nossas liberdades em prol dessa vida gregária.

Entretanto, em que pese a necessidade de abrir mão de uma parcela da liberdade, qual parcela seria essa? Tal questão se mostra essencial, pois haverá sempre um risco do Estado avançar sobre direitos básicos e essenciais do seu cidadão, reduzindo drasticamente a sua autonomia privada.

O direito da autonomia privada do cidadão remonta a luta pelo conhecido Estado de Direito, aqui entendido em seu aspecto mais restrito, não bastando possuir um arcabouço jurídico, mas sim devendo existir respeito as garantias e direitos fundamentais para que um Estado possa ser considerado como sendo um verdadeiro Estado de Direito. Sobre o Estado de Direito, FERRAJOLI (2006, p. 417) afirmará que,

> "em sentido amplo ou fraco ou formal, ela designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos. Neste sentido, correspondente ao uso alemão 'Rechtsstaat', são os Estados de Direito todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive os mais não-liberais, nos quais os poderes públicos têm uma fonte e uma forma legal. Em um segundo sentido, forte ou substancial, 'Estado de Direito' designa o contrário, aqueles ordenamentos nos quais os poderes públicos estão igualmente sujeitos à (e por isso limitados ou vinculados pela) lei, não apenas quanto as formas, mas também quanto aos conteúdos do seu exercício."

Portanto, nessa linha de raciocínio, primeiro buscou-se consagrar a soberania dos Estados, e só depois de alguns séculos que a autonomia, pelo menos minimamente, começou a ser alcançada. Simone Goyard-Fabre (1999, 205) ensina que

Temos assim base para dizer que, na virada do século XVIII, a ideia de soberania ultrapassou sua etapa crítica. Mesmo que, na obra filosófico-jurídica de Kant, a ideia de soberania não esteja absolutamente isenta de penumbra205 - o que atesta a dificuldade da metamorfose por que passou - devemos ver nisso apenas uma incerteza residual. Uma das glórias do humanismo jurídico é definir a soberania da competência exclusiva que os homens têm de fazer as leis a fim de proporcionar aos cidadãos a paz e a segurança pública. Ao construir a soberania, a razão manifestou sua força criadora de normatividade e de autonomia. Os homens não podem, segundo às palavras de Rousseau, "colocar a lei acima dos homens" só porque ela é obra deles. Do mesmo modo a liberdade~ que, a partir de La Boétie, se tomou progressivamente o ponto focal da filosofia do direito político - tende a se firmar como autolegisladora. Para que isso fosse possível, a vontade geral, expressando a soberania do povo, tinha de tomar o lugar ocupado pela lei natural na filosofia tradicional. Desse desfocamento, Hegel, em 1821, extrairá o ensinamento nos seus Princípios da filosofia do direito: "O povo, enquanto Estado", escreverá ele, "é o Espírito na sua racionalidade substancial e na sua realidade imediata; logo, é a potência absoluta da terra." Nem por isso as metamorfoses da ideia de soberania estão concluídas. Embora o conceito moderno da soberania do povo traga o testemunho flagrante dos triunfos de que a razão humana é capaz no direito político, ele se insere como observa Kant, 'os limites da simples razão'. Não tardará, portanto, a se abrir um novo debate sobre o ponto de saber se a soberania, cujo caráter absoluto fora tantas vezes proclamado, não traz, ao contrário, as marcas da finitude humana e, por conseguinte, não deve ser constitucionalmente limitada.

O respeito ao princípio da legalidade estará atrelado ao da dignidade da pessoa humana, que remonta ao pensamento de Giovanni Pico de La Mirandola, que defende uma mudança paradigmática, propondo a substituição da ideia da *miseria omnem*, onde o homem nasceria em miséria pelo pecado original, pela ideia da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, com a ideia de que existe uma dignidade intrínseca no ser humano, o princípio da legalidade e por conseguinte, a ideia de que todos devem obedecer às mesmas leis poderia enfim florescer. Já na quarta, quinta e sexta emendas à constituição norte-americana5 já defendiam o princípio da legalidade de forma isonômica para todos, que também se verificaria na constituição francesa de 1791. A instituição do princípio da legalidade se torna um dos momentos de maior importância na modernidade, pois supera a fase de poder absoluto do

monarca, pois ele próprio passará também a estar sob os auspícios de uma lei maior.

Em relação a importância do princípio da legalidade FERRAJOLI (2006, p. 424) vai afirmar que tanto a primeira quanto a segunda grande transformação social modernas ocorreram em razão desse princípio. Num primeiro momento, foi a afirmação do princípio da legalidade como marca da onipotência do legislador. Em um segundo momento, o princípio da legalidade vai marcar a subordinação da própria lei a uma lei maior, a lei que fundamenta todas as demais, a constituição, hierarquicamente supra-ordenada à legislação ordinária. Sobre o tema da existência de uma hierarquia normativa maior entre as normas, KELSEN (1999, p. 22) ilustra sempre com clareza a ideia de uma norma que fundamenta todas as demais e ela própria se auto fundamenta.

Assim, o fundamento de validade de uma ordem normativa seria uma norma fundamental da qual é retirada a validade de todas as demais normas pertencentes a essa ordem, a esse ordenamento jurídico. Com isso, uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem, denominada de Grundnorm.

A autonomia privada que nascia no seio do pensamento filosófico e humanista, aos poucos foi influenciando o Direito, até passar a integrar os primeiros textos constitucionais. Assim, nasciam os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, ou direitos negativos, que garantiriam ao cidadão que o Estado apenas iria se interferir em sua vida priva se houvesse lei que autorizasse. Diminuía assim drasticamente a interferência estatal, principalmente em razão da nova classe social em ascensão, a burguesia, que não queria interferência do estado em seus negócios mercantis e industriais.

Sobre a questão em tela, ou seja, da interferência do Estado na vida privada do cidadão, mais precisamente em relação a opção do indivíduo por abreviar sua vida, em que pese existir um certo incômodo histórico-social, muito em razão de questões religiosas, negar esse direito ao indivíduo, parece ser uma interferência indevida do Estado na autonomia do seu cidadão.

Não compete ao Estado julgar em termos religiosos a opção dos seus cidadãos, mas simplesmente ser o garantidor dos pressupostos básicos para que eles possam construir seu projeto de vida, seu projeto individual de felicidade. Conforme será mencionado, os Estados constitucionalizaram, pelo menos em

sua grande maioria, a proteção à vida, conforme será mencionado em capítulo posterior. Entretanto, será que toda e qualquer vida é objeto de proteção? Será a partir dessa distinção entre vida e vida digna que procurar-se-á discutir a existência ou não de um direito fundamental do cidadão de escolher o momento de sua morte.

4. Sobre a existência de um direito fundamental da escolha do momento de escolher o momento da morte – uma análise sobre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 vai tratar da proteção do direito à vida no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, nos seguintes termos:

> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Quando trata sobre crianças e adolescentes, a CRFB/88 deixa claro que não é qualquer vida, mais uma via minimamente digna, quando afirma em seu artigo 227, *caput*, que

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

Sobre os idosos, o constituinte originário brasileiro manteve sua coerência ao afirmar que "a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

Além dos dispositivos constitucionais brasileiros explícitos mencionados sobre a proteção da vida, o constituinte originário ainda deixou um norte hermenêutico para que não restasse qualquer dúvida, ao elencar primeiro no artigo 1º, inciso III, que o Brasil tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, no artigo 3º que os objetivos fundamentais da república brasileira seriam construir um sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação.

Diante disso, percebe-se nitidamente que não é simplesmente a vida o bem jurídico tutelado e protegido pelo Estado brasileiro, mas a vida digna, a vida dotada e dignidade da pessoa humana.

A constituição portuguesa de 1974, com a revisão constitucional de 2005, parece caminhar pelo mesmo trajeto protetivo da brasileira de 1988. Já em seu artigo primeiro, afirma que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

Em relação a Portugal ser um Estado democrático de Direito, o constituinte reafirmou o compromisso em relação a importância da dignidade da pessoa humana, em seu artigo segundo, ao afirmar que

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

Seguindo a linha das constituições pós 2ª Guerra Mundial, a constituição portuguesa será extremamente cuidadosa, ainda mais saindo de um regime ditatorial, com direitos e garantias fundamentais, exatamente como a brasileira de 1988 que também saia do mesmo regime totalitário. Assim, o constituinte originário português colocou de forma expressa no texto constitucional, em seu artigo 9º que são tarefas fundamentais do Estado:

> (...) b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático;
> c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais;
> d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;
> e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território; (...)

h) Promover a igualdade entre homens e mulheres.

Além disso, o constituinte português elencou na parte I dos direitos e garantias fundamentais diversos dispositivos nessa mesma linha. No artigo 16 vai afirmar que no item 1 que "os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional", e no item 2 que "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem".

Entretanto, a constituição portuguesa traz um interessante dispositivo que merece toda a atenção. Em seu artigo 24, que trata do direito à vida, o constituinte afirmou que "a vida humana é inviolável" e que "em caso algum haverá pena de morte". Logo após, no artigo 25, afirmou que "a integridade moral e física das pessoas é inviolável" e que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". Por fim, o artigo 26 trará, dentre outras questões, a ínsita no item 3 que afirma que "a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica".

Entendendo o sentido correto do texto constitucional português, mais fácil será entender o brasileiro. O artigo 24 da constituição portuguesa vai afirmar ser a vida humana inviolável. Esse dispositivo está no título II, Direitos, liberdades e garantias, em seu capítulo I, Direitos liberdades e garantias pessoais, referente ao Direito à vida. Logo, facilmente percebemos que essa proteção à vida se refere aos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, que são conhecidos também como direitos negativos, ou seja, direitos do cidadão contra abusos cometidos pelo Estado contra o cidadão. Tão logo a constituição portuguesa afirmar a proteção à vida, afirmará que em caso algum haverá a pena de morte, e por obvio, apenas como o Estado detém o *jus puniendi*, apenas ele poderia criar a pena capital em solo português, e por isso o constituinte quis logo rechaçar tal possibilidade.

Portanto, primeiro se faz necessário entender que a proteção à vida, diz primeiro respeito a proteção contra o Estado. Deve se estender tal proteção a inviolabilidade da vida aos cidadãos em si também em razão da chamada horizontalidade dos direitos fundamentais, onde os cidadãos serão não apenas titulares de direitos, mas também de deveres.

Entretanto, o que se pretende entender é se a constituição portuguesa proibiria o suicídio, mais precisamente o suicídio assistido (e também a eutanásia com consentimento do paciente) ou se a escolha da morte seria um direito fundamental do cidadão.

Conforme já mencionado, o constituinte português também elencou em diversos momentos a proteção à dignidade da pessoa humana. Sendo assim, como a constituição não pode ser interpretada de forma isolada, conforme determina o princípio da unidade da constituição, assim deveremos refletir. Cumpre mencionar que não se pode interpretar dispositivos constitucionais isolados pois aumenta e muito o risco de não se encontrar o sentido constitucionalmente mais adequado do dispositivo.

Sendo assim, qual vida seria então objeto da proteção constitucional e qual não estaria dentro de tal proteção?

Conforme já mencionado, a proteção à vida do cidadão seria em face de ações estatais. Uma proteção constitucionalizada dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Além dele, violação à vida perpetradas por outro cidadão também merecem guarida constitucional, e, no caso de violação, ser o violador responsabilizado criminalmente por tal ato, sempre obedecendo o devido processo legal.

E quando o indivíduo entende que a vida que está a levar não é mais digna? Digamos que ele desenvolveu uma doença degenerativa agressiva, onde ele percebe que rapidamente não conseguirá realizar sozinho a ações mais básicas da vida como higiene pessoal, alimentação, etc. Seria legítimo ao Estado proibir que esse cidadão, que entende não mais ser digna a sua vida, ter que padecer por mais dias, meses, anos, sofrendo atrozmente tanto em termos físicos como morais? Ou mesmo em um caso relativamente recente, onde um cientista australiano, David Goodall, com 104 anos e completamente lúcido, opta por não mais continuar a viver, pois não mais consegue fazer a maior parte das coisas que lhe dá prazer e está cansado. Seria legítimo o Estado simplesmente afirmar que esse cidadão precisará continuar a viver mesmo contra sua vontade lúcida? Para ambas as perguntas, a resposta me parece a mesma: não pode ser legítimo esse grau de interferência do Estado na vida privada do cidadão, pois a escolha da morte deve ser entendido também como um direito fundamental do cidadão.

Em relação a constituição brasileira de 1988, quando no *caput* do artigo 5º consta o direito à vida, percebe-se que é o direito à uma vida com segurança,

igualdade propriedade privada, além dos demais incisos que garantirão uma vida sem tortura, com presunção de inocência, devido processo legal, liberdade de expressão, liberdade de locomoção, livre iniciativa do trabalho, etc., ou seja, uma vida plenamente digna. Merece lembrar que o artigo 5º mencionado também é um artigo de defesa do cidadão contra abusos do Estado, ou seja, um dispositivo constitucional que salvaguarda direitos de primeira dimensão.

Assim, mesmo que o Estado não seja o causador de redução ou mesmo término da dignidade da vida do seu cidadão, terá ele a obrigação de defender a qualquer custo a vida desse mesmo cidadão, mesmo contra a sua expressa e lúcida vontade? Assim como no caso português, a resposta é a mesma, ou seja, o Estado não apenas não deve ter tal obrigação como seria uma violação ao direito fundamental do cidadão de, simplesmente, não quer continuar viver.

Por mais dura que seja essa escolha e por mais que possa ferir nossas convicções morais e religiosas, não temos o direito, e muito menos o Estado que é laico, de querer impor nossa visão de mundo ou mesmo de vida metafísica pós falência do corpo físico aos demais, mesmo que seja a apenas uma pessoa. É na verdade uma verdadeira tortura, psicológica e quiçá física que a sociedade e o Estado estarão impingindo a um indivíduo que não deseja mais viver, mas é obrigado a continuar por imposição de uma visão de mundo que não é a sua.

Contudo, para evitar quaisquer problemas e por ser essa uma questão extremamente delicada, o melhor caminho será, já que tanto a constituição portuguesa quanto a brasileira não proíbem o suicídio, suicídio assistido nem mesmo a eutanásia, que o legislador infraconstitucional regulamentasse essa questão por uma simples lei ordinária. Com isso, os parâmetros médico-legais seriam definidos, bem como todas as exigências para que tal procedimento possa ocorrer, a relação com os profissionais da saúde seja definida com a possibilidade de recusa pelo profissional de saúde por questão de foro íntimo além das questões patrimoniais, securitárias e afins.

Precisamos entender que o Estado não pode ter a função de tutelar todas as nossas escolhas, todas as nossas decisões para a vida. A liberdade, ao mesmo tempo que nos liberta para realizarmos as escolhas que entendemos serem mais convenientes para nós sem que isso interfira no outro ou no Estado, nos coloca o fardo de que, no final, a decisão sempre será nossa, os méritos pelas decisões certas ou a culpa pelas erradas serão inteiramente nossas. Como diria Sartre: "é o que posso expressar dizendo que o homem está condenado a ser livre.

Condenado, porque não se criou a si mesmo, e como, no entanto, é livre, uma vez que foi lançado no mundo, é responsável por tudo o que faz" (SARTRE, 1979, p.18).

Portanto, independente do que pensa cada um individualmente, respeitar o pensamento do outro é essencial dentro do pluralismo exigido em uma democracia, cabendo a cada um fazer sua escolha de respeitar o tempo de vida, ou abrevia-la quando entender que a vida vivida não é mais dotada de dignidade.

Considerações Finais

Nada assusta mais do que o desconhecido. E dentre as questões desconhecidas para o ser humano existe um em particular que desde os tempos mais anteriores à própria filosofia já eram objeto de questionamentos, e também de medo. Esse tema é a morte, a finitude do corpo físico, mas não a morte em si, mas sim saber se com a morte o ser também deixará de existir, jogando o indivíduo, a mente, simplesmente no nada.

Será que deixamos simplesmente de existir com o perecimento do corpo físico? Essa é uma questão que, apesar do medo, ainda se encontra sem resposta e pode ser posta ao lado das famosas indagações "quem sou eu?" e "de onde eu vim?" com aquelas que ainda hoje iremos refletir filosoficamente.

Contudo, independente desse desconhecimento, o avanço filosófico e científico do ser humano nos impõe uma série de desafios e discussões relacionadas a ao tema da morte.

Durante milênios o suicídio foi visto como algo terrível, pois seria uma desobediência dos desígnios de Deus, pois como Ele teria nos dado a vida, apenas Ele poderia tira-la de nós. E como não saberíamos quando Deus nos tiraria a vida, passamos a creditar que a morte dita natural seria esse momento, tendo em vista ser Deus onisciente e onipotente, nada poderia acontecer ser o seu conhecimento e permissão.

Ao longo da pesquisa foram apresentados pensamentos de filósofos tanto sobre a questão da morte em si como do próprio suicídio, sem falar na ideia do livre arbítrio e da autonomia da vontade.

A situação problema em si foi verificar se existiria um direito fundamental do cidadão em escolher o momento de sua morte, principalmente tratando-se de pacientes terminais, ou se deveria ser o Estado a intervir e controlar esse aspecto da vida do seu cidadão, na perspectiva portuguesa e brasileira.

A hipótese que se analisou acabou por se configurar a resposta constitucionalmente mais adequada, tanto em relação à Portugal quanto ao Brasil, ou seja, o Estado não tem esse grau de ingerência na vida privada do seu cidadão e não pode impor um projeto de vida (ou de final de vida) baseado em preceitos religiosos, tendo em vista ser o Estado laico uma das conquistas mais relevantes da modernidade, com a total separação entre Igreja e Política.

Sendo assim, além da análise filosófica, foi feita uma análise hermenêutico-constitucional das constituições brasileira e portuguesa para se verificar se existiriam nelas algum dispositivo que desse ao estado tal poder de ingerência na vida do seu cidadão ou que impedisse o cidadão de optar pelo momento de sua morte.

A partir dessa análise, verificou-se que em ambos os textos constitucionais o que se vislumbra é uma preocupação dos respectivos constituintes originários em salvaguardar o cidadão de abusos cometidos pelo Estado em si, dentro ad ideia dos direitos fundamentais de primeira geração. Além disso, atualmente se ampliou tal proteção a vida do cidadão com a questão da horizontalidade dos direitos fundamentais, onde todos os cidadãos são não apenas detentores de direitos, mas também de deveres para com os demais.

Portanto, os textos constitucionais brasileiro e português não trazem qualquer óbice a que um cidadão possa escolher o seu momento de morte. Se o que se procura proteger é a ideia de uma vida digna, no momento em que um cidadão verificar que a vida vivida por ele/a não se mostra mais digna, obriga-lo a levar essa vida contra sua vontade se configura em uma verdadeira tortura, que pode ser psicológica ou mesmo física, quando pensamos em pacientes terminais com terríveis dores pelo corpo, sem esperança de cura e que apenas aguardam a morte dita natural.

Portugal está à frente do Brasil pois já estão a discutir uma lei para autorizar o suicídio assistido e a eutanásia. No Brasil, as chamadas "bancadas religiosas" do Congresso Nacional ainda possuem enorme força e brecam até a discussão sobre o tema.

Entretanto, em pleno século XXI, esse tema precisa ser discutido, precisa ser levado ao debate público, pois é uma questão que aflige e irá afligir um número bastante razoável de pessoas nos respectivos países, além de envolver familiares e parentes na questão.

As questões religiosas sempre irão fazer parte da discussão, assim como as filosóficas, psicológicas, sociológicas, antropológicas, médicas, etc. Entretanto, tais dogmas religiosos não podem ditar o que se discute ou não, tendo em vista, conforme mencionado, os Estados serem laicos. Até porque, tais leis que regulem tal questão não obrigarão ninguém a realizar tais procedimentos. Se a pessoa prefere ter uma morte dita "natural" sem abrevia-la, deve ter seu direito plenamente respeitado, assim como uma outra pessoa que opte em abreviar sua vida. Uma opção não tem qualquer interferência na escolha da outra.

Se faz necessário termos tolerância com o diferente, com aqueles que pensam de forma contrária a nós, especialmente quando esse pensamento não nos atinge, mas simplesmente diz respeito àquela pessoa. Talvez esse seja o grande ponto. O que a escolha por abreviar a vida que uma pessoa fez irá influenciar na vida daquelas outras pessoas que, por um motivo ou outro, seguem caminho oposto? A resposta é apenas uma: nenhuma! Esse é o entendimento aqui mencionado de Hume, e que foi utilizado com um dos marcos teóricos da pesquisa. Além dele, a fenomenologia heideggeriana e a hermenêutica gadameriana foram os marcos teóricos no que tange a busca pela resposta constitucionalmente correta em relação a possibilidade ou não das constituições portuguesa e brasileira permitirem o suicídio assistido e eutanásia.

Sendo assim, não restou qualquer outra possibilidade a não ser entender ser uma questão meramente política a permissão pela interrupção da vida, seja pelo suicídio assistido ou pela eutanásia, tendo em vista não existirem argumentos filosóficos realmente sólidos contrários dentro de um Estado Social Democrático de Direito e Laico, e, principalmente, em razão dos textos constitucionais não vedarem tal possibilidade, pois apenas salvaguardam a vida digna, e na medida que ela não se mostra digna ao cidadão, este poderia abrir mão dela, optando por abreviá-la s esta for a sua vontade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm#art25 . Acesso em 19.12.2020.

GOYARD-FABRE, Simone. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HUME, David. Da Imortalidade da Alma e outros textos póstumos. Ijuí: UNIJUÍ, 2006.

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini I Bauru, SP: EDIPRO, 2003.
KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Lisboa: Edições 70, 2007.
LUPER, S.A Filosofia da Morte. São Paulo: Madras, 2010.
MACHADO. Roberto. Nietzsche e a Verdade. 2a edição. Rio de Janeiro: Graal, 2002
NIETZSCHE, Friedrich W. Vontade de Potência – ensaio de uma transmutação de todos os valores. São Paulo: Centaur, sem data.
NIETZSCHE, Friedrich W. Além do Bem e do Mal – ou prelúdio de uma filosofia do futuro. Curitiba: Humus, 2001.
_____. Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral. in coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
_____. Crepúsculo dos ídolos – ou como Filosofar com um
Martelo. São Paulo: Relume Dumara, 2009
_____. Assim Falava Zaratustra. Disponível em EbooksBrasil.
Tradução de José Mendes de Souza. Acesso em 10.02.2011

_____. Para a Genealogia da Moral. São Paulo: Scipione, 2001
PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx . Acesso em 25.12.2020.
SARLET, Ingo W. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
SARTRE, Jean-Paul. O Existencialismo é um humanismo. Tradutora: Rita Correia Guedes. Paris: Les Éditions Nagel, 1970.
SCHOPENHAUER, Arthur. O mundo como vontade e como representação. Tradução, apresentação, notas e índices de Jair Barboza. São Paulo: Editora UNESP, 2005.
_____ Metafísica do Amor, Metafísica da Morte. São Paulo: Martins Fontes,2000.
VOLTAIRE. Tratado sobre a Tolerância – a propósito da morte de Jean Calas. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ANÁLISE DA (IN)EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE DISPENSA DA COLAÇÃO NO CONTRATO DE DOAÇÃO ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE

Daniela Braga Paiano
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
Doutora em Direito Civil, São Paulo, Brasil
danielapaiano@hotmail.com

Adenir Theodoro Junior
Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Mestrando em Direito Negocial, Londrina, Brasil
jjunior.theo@gmail.com

Ana Luiza Mendes Mendonça
Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Mestranda em Direito Negocial, Londrina, Brasil
analuiza.mendonca20@gmail.com

Resumo: A pesquisa traz a análise da (in)eficácia da cláusula de dispensa da colação por meio do contrato de doação, quando este se opera entre ascendentes e descendentes. O ascendente pode, por meio da doação, ceder parte de seu patrimônio a um dos filhos. Em regra, tal ato caracteriza-se como adiantamento da legítima e, por lei, está obrigatoriamente vinculado à colação. A colação é o instituto que tem por fim igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge ou convivente sobrevivente. Excepcionalmente, o ordenamento jurídico admite a dispensa da colação, quando o doador consignar, por testamento ou no próprio contrato de doação, que o patrimônio doado corresponda a parte disponível de sua herança. O objeto de análise do trabalho é a verificação da eficácia da cláusula de dispensa da colação quando, após a doação, o doador deliberadamente se desfaça do restante de seu patrimônio a ponto de, no momento da abertura da sucessão, aquela doação que não havia invadido o espaço da legítima, agora a invadiu. Inicialmente, faz-se uma análise da teoria geral do negócio jurídico, adentrando à algumas questões pertinentes do direito contratual, como o declínio da autonomia da vontade e a ascensão da autonomia privada. Em seguida, estuda-se o fenômeno da constitucionalização do direito privado, sublinhando o caráter fundamental do direito à herança para, a partir daí, construir-se uma base doutrinária sólida para examinar a eficácia da referida cláusula. O método de abordagem será o dedutivo, adotando-se como procedimento o bibliográfico. Ao final, concluiu-se que a cláusula de dispensa da colação é plenamente válida e eficaz no que toca à parte disponível da herança.

Palavras-Chave: Contrato de doação; Dispensa da Colação; Proteção à Legítima; Direito Fundamental à Herança.

INTRODUÇÃO

No direito moderno, as relações privadas recebem um tratamento jurídico diverso daquele dispendido em tempos de outrora. Se, antes, os particulares possuíam uma liberdade ampla de contratar, sendo legisladores de si mesmos, hoje tal concepção deu lugar a vetores massivamente limitativos, como é o caso do princípio da função social dos contratos.

Em verdade, o que se vê, na atualidade, é o fenômeno da constitucionalização do direito privado, à medida que este, em suas diversas facetas, não pode divorciar-se dos mandamentos constitucionais, precipuamente dos chamados direitos fundamentais. No rol de tais direitos encontra-se o direito à herança, embutido no art. 5º, inciso XXX, da Carta Magna.

O objetivo deste artigo, a par desse fenômeno, está na verificação da eficácia da cláusula de dispensa da colação quando, após a doação realizada por um ascendente a um de seus filhos, àquele deliberadamente se desfaz do seu patrimônio ao ponto de, no momento da abertura da sucessão, aquela doação que antes não violava a legítima, agora acarreta tal violação.

No primeiro capítulo, far-se-á uma construção hermenêutica do contrato a partir da teoria geral do negócio jurídico, sublinhando-se, em seguida, a atual posição ostentada pela autonomia privada na ordem jurídica. Por derradeiro, com base nas premissas fixadas nos capítulos inaugurais, averiguar-se-á a possibilidade de se reconhecer a eficácia da cláusula que dispensa a colação do bem doado ainda que, ao tempo da sucessão, àquela se mostre invasora do espaço pertencente à legítima dos demais herdeiros necessários.

1 O CONTRATO DE DOAÇÃO SOB O MANTO DA TEORIA GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO

O estudo das cláusulas inseridas num contrato de doação não pode ser feito ao arrepio da teoria geral do negócio jurídico. Bem por isso que, inicialmente, analisar-se-á algumas questões relativas ao negócio jurídico como

um todo para, a partir daí, afunilar-se ao estudo específico dos elementos contratuais pertinentes à proposta deste artigo.

Nas lições de MOTA PINTO (2005, p. 379), "os negócios jurídicos são actos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com a intenção de os alcançar sob a tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos" de acordo com a intenção manifestada pelo declarante ou, sendo mais de um, declarantes. Para JUNQUEIRA DE AZEVEDO (2002, p. 16), o "negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide".

O negócio jurídico sempre foi visto como um meio legítimo de manifestação da vontade, havendo uma discussão histórica acerca da vontade que merece a chancela do Direito, se a interna ou aquela externada no mundo dos fatos. No entender de PONTES DE MIRANDA (1954, p. 218), "não há uma solução a priori para o problema de primar a declaração, ou primar a vontade. Momentos históricos diferentes tiveram soluções diferentes. Os formalismos (e.g., romano e germânico) atribuíram papel decisivo à declaração formal". Precisas, neste ponto, são as lições de Emílio Betti (2008, p. 92):

> Com o negócio, o indivíduo não se limita a declarar que quer alguma coisa, mas declara, para os outros, o objeto do seu querer: e deve ser um regulamento vinculativo, o que estabelece no seu interesse, para as relações com os outros. Com o negócio, ele não pode limitar-se a manifestar um estado de espírito, um modo de ser do querer, que teria importância psicológica puramente individual; mas deve apontar um critério de conduta, estabelecer uma relação de valor normativo.

Entre a teoria da vontade e a teoria da declaração, há uma prevalência doutrinária quanto a defesa desta última, sobretudo pela temeridade de atribuir-se efeitos jurídicos à uma vontade não conhecida por pessoas que não o próprio indivíduo. É dizer, a vontade que almeja a produção de efeitos jurídicos não pode alojar-se estritamente na psique do indivíduo. É imprescindível que outrem a conheça, a medida que somente assim será possível conferir estabilidade e segurança às relações jurídicas. A par disso, LÔBO (2019, p. 270) define o negócio jurídico "como fato jurídico cujo núcleo é a vontade negocial exteriorizada nos limites da autonomia privada, ou a conduta humana

participante de tráfico jurídico, a que o direito confere validade e eficácia". Noutra roupagem, "a essência do negócio jurídico está em ser uma manifestação ou declaração de vontade, explícita ou resultante de um comportamento concludente, dirigida a produzir efeitos jurídicos, que o ordenamento reconhece" (GALGANO, 1988, p. 61).

Além disso, impõe-se que a manifestação da vontade seja de acordo com a ordem jurídica. Isso porque "o negócio jurídico, não obstante ser fonte de normas jurídicas, se não for criado em conformidade com a lei não pode ser reconhecido como fonte normativa" (UBALDINO MIRANDA, 1991, p. 28). Enfrentando tal questão, Ana Prata (1982, p. 21) ensina que "o negócio jurídico não é uma qualquer manifestação de vontade dirigida a certos efeitos, nem um qualquer acto voluntário em que se verifique uma coincidência entre a vontade e os efeitos, mas apenas aquele em que a vontade integre a previsão da lei, sendo os efeitos desencadeados de acordo com a sua estatuição".

Adentra-se, com isso, aos planos do negócio jurídico, divididos em plano da existência, validade e eficácia, tendo em Pontes de Miranda o seu maior pesquisador. No plano da existência, o referido autor assinala que "o conceito de negócio jurídico inexistente ou de ato jurídico stricto sensu inexistente é metajurídico; não é mais do que o enunciado da não-juridicização do ato" (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 53). Em outras palavras, "o negócio jurídico existe desde que se compôs o suporte fático e sobre ele incidiu a regra jurídica" (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 166). Conhecido pelo estudo aguçado dos ensinamentos de Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 163) explica que:

> Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fáctico é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fáctico suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fáctico, de elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.

Noutro giro, no plano da validade, San Tiago Dantas (2001, p. 225) adverte para a necessidade de que os negócios jurídicos "reúnam certo número de requisitos que costumamos apresentar como os da sua validade. Se o ato

possui tais requisitos, é valido e dele decorre a aquisição, modificação ou extinção de direitos prevista pelo agente. Se, porém, falta-lhe um desses requisitos, o ato é inválido, não produz o efeito jurídico em questão". O Código Civil brasileiro estabelece estes requisitos no bojo do seu Art. 104, são eles: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Segundo TARTUCE (2020, p. 409), "o negócio jurídico que não se enquadra nesses elementos de validade é, por regra, nulo de pleno de direito, ou seja, haverá nulidade absoluta ou nulidade. Eventualmente, o negócio pode ser também anulável (nulidade relativa ou anulabilidade), como no caso daquele celebrado por relativamente incapaz ou acometido de vício do consentimento". As hipóteses de nulidade estão elencadas nos Arts. 166 e 167 do Código Civil brasileiro, enquanto as de anulabilidade aparecem no Art. 171 do referido diploma.

Por fim, o plano da eficácia "é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficacial representado pelos direitos →← deveres, pretensões →← obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo" (MELLO, 2019, p. 165).

Não é objeto do presente ensaio uma análise aprofundada acerca dos referidos planos, mas tão somente a construção de um panorama geral que possibilite, mais adiante, colocar-se em xeque a cláusula contida no contrato de doação que dispensa a colação do bem doado pelo ascendente ao descendente. Inobstante, por meio das premissas supraditas é possível adentrar, agora, ao campo específico do direito contratual.

Por contrato, entende-se o "negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 47). O Código Civil italiano conceituou em seu art. 1.321 o contrato como "o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial"[1] (ITÁLIA, 1942). Com base neste dispositivo, VILLAÇA AZEVEDO (2019, p. 24) define o contrato como "a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar

[1] No original: "Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale."

e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial". Não se pode olvidar que:

> O contrato mudou muito, desde quando foi concebido como expressão da autonomia da vontade individual, máxime com a teorização doutrinária que desaguou na abstração do negócio jurídico, do qual passou a ser classificado como espécie. Ao contrário da experiência dos antigos romanos e do direito medieval, que emprestaram mais essencialidade à forma, ao tipo e ao reconhecimento jurídico oficial, a concepção de contrato, no período do liberalismo individualista, revolucionou no sentido de atribuir à vontade a qualidade de núcleo central, em torno do qual gravitam os princípios, regras e categorias prescritivas e descritivas. Esse modelo de contrato, que brota de vontades livres e conscientes, na oferta e na aceitação, entrou em profunda crise, com o advento do Estado social ao longo do século XX, orientado para a justiça social e a proteção dos juridicamente vulneráveis, exigentes de intervenção oficial na atividade econômica (LÔBO, 2019, p. 17).

Com isso, o famigerado princípio da relatividade dos contratos acabara perdendo forças no direito moderno. Previsto no Art. 1.165, do *Code Napoleón*, tal princípio estabelece que o contrato produz efeitos apenas entre os contratantes, não prejudica e nem beneficia terceiros. Conforme aduz NEGREIROS (2006, p. 5), é hoje plenamente aceito "que a realidade das relações interprivadas não mais se concilia com perspectivas segundo as quais o direito civil que as regula, teria como objeto discriminante a disciplina de um indivíduo abstrato, partícipe de relações jurídicas axiomaticamente fundadas sobre uma igualdade meramente formal". LÔBO (2019, p. 17) explica que:

> Os interesses exclusivamente individuais passaram a compartilhar a tutela jurídica com os interesses sociais e públicos, compondo o núcleo complexo e ambivalente da contemporânea concepção do contrato. As premissas do individualismo, com sua aversão ao social, demonstraram inadequação para o enfrentamento da profunda transformação que se operou no contrato, em decorrência da intensa modificação social e econômica de nossa sociedade. O contrato teve de sair do isolamento a que foi destinado pelo liberalismo individualista, como instrumento de autocomposição de interesses privados formalmente iguais, para abranger outras relações jurídicas contratuais que se desenvolveram à margem desse modelo voluntarista e marcadas pela necessidade de regulação social ou pública, pela relevância da conduta negocial típica, pelas hipóteses de abstração da vontade e pela consideração do poder negocial.

Essa revolução experimentada pelo direito contratual atingiu, obviamente, o contrato de doação. Este, segundo o Art. 538, do Código Civil

brasileiro, é o negócio jurídico "em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra" (BRASIL, 2002). Em Portugal, "doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu patrimônio, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente" (Código Civil português, art. 940). Trata-se de um instrumento apto à realização da autonomia privada. Autonomia esta que, em razão de suas nuances, reclama a abertura de um tópico próprio ao seu estudo.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AUTONOMIA DO DOADOR

O estudo da autonomia transita por importantes vertentes jurídicas. De início, pontua-se que não existe uma autonomia unívoca, marcada por um gênero uno e despido de espécies. Enzo Roppo (2009) ensina que a autonomia é um gênero que inclui, como espécies, a autonomia da vontade e a autonomia privada. Para o autor, a autonomia da vontade pode ser definida como o:

> [...] poder de modelar por si – e não por imposição externa – as regras da sua própria conduta; e autonomia privada, ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no consenso contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio (ROPPO, 2009, p. 128).

Em outras palavras, autonomia da vontade representa "o poder que os particulares têm de regular os negócios jurídicos que pretendem realizar em razão do exercício da própria vontade" (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 7). Noutrora, a ideia de autonomia da vontade cunhava-se numa liberdade contratual ampla, caracterizada pela obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*) e uma notória aversão social, isto é, não se cogitava uma interpretação dos contratos à luz, por exemplo, dos eventuais prejuízos que dele poderiam advir à terceiros, muito em virtude, como já dito alhures, do prestígio demasiado ao princípio da relatividade. Os contratantes eram, em verdade, legisladores de si mesmos. Oportunas, neste terreno, são as lições de ROPPO (2009, p. 32-33):

> Os princípios ideológicos a que nos referimos podem ser reconduzidos a uma única ideia: a ideia de liberdade de contratar. Com base nesta, afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser

> uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controles: não concluir um certo contrato, não inserir nele uma certa cláusula. Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados.

Essa ideia, no entanto, enfraqueceu-se com o tempo, especialmente com o advento do Estado Social. Isso porque, como a autonomia da vontade se sustentava na constância do Estado Liberal, com a falência deste, automaticamente ela acabara perdendo espaço nas relações sociais. Aliás, essa transição é característica da própria essência do Direito, ao passo que a transformação da realidade social em qualquer dos seus aspectos implica a transformação da realidade normativa (PERLINGIERI, 1999, p. 2).

O declínio da autonomia da vontade marcou a ascensão da autonomia privada, sendo que "A autonomia privada está diretamente relacionada ao Estado Social, no sentido de que a liberdade não tem um caráter absoluto. Deve ser empregada dentro dos limites legais, sendo o ordenamento jurídico o responsável por fornecer parâmetros para o exercício dessa liberdade" (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 6). Com a advento da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança paradigmática nas relações privadas, fenômeno este amplamente conhecido como constitucionalização do direito privado. Por ele, supera-se "a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico" (SCHREIBER, 2016, p. 10).

As relações entre os particulares não podem afrontar os mantras constitucionais, precipuamente no que toca aos direitos fundamentais. De forma cirúrgica, PERLINGIERI (1999, p. 6) aduz que "o respeito aos valores e princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para

estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos".

Prima facie, "sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito" (ALEXY, 2015, p. 49). A ela dá-se o nome de norma de direito fundamental. Importa saber, no entanto, a vinculatividade desta norma, isto é, se há ou não aos particulares um dever de prestar-lhe submissão. A resposta afirmativa se impõe, uma vez que, conforme sintetizou BARCELOS (2011, p. 41), "as normas jurídicas não são conselhos, recomendações, indicações ou lembretes: sua observância é obrigatória, imperativa".

Partindo dessas premissas, o doador não pode, portanto, agraciar outrem com parte de seu patrimônio transgredindo, direta ou indiretamente, algum direito fundamental dele ou de terceiros. Num viés conceitual, GOMES (2019a, p. 206) assinala que:

> A doação é contrato unilateral, simplesmente consensual e gratuito. Unilateral, porque somente o doador contrai obrigações. Simplesmente consensual, porque não requer, para seu aperfeiçoamento, a entrega da coisa doada ao donatário. Desde que o acordo se realiza, o contrato está perfeito e acabado. É da aceitação do donatário que nasce para o doador a obrigação de entregar o bem. Gratuito, por excelência, porque o donatário enriquece seu patrimônio sem contrapartida.

Assevera ALVIM (1972, p. 7) que "a doação é contrato unilateral, pois só uma das partes contrai obrigação, a saber, o doador, que se obriga a entregar a coisa. O donatário não assume nenhuma obrigação". Segundo Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2005, p. 64), "o elemento subjetivo da doação é o *animus donandi,* que corresponde ao espírito de liberalidade que deve estar necessariamente presente no contrato".

Como a presente pesquisa parte de um recorte metodológico ao fim de analisar a doação entre ascendentes e descendentes, o direito fundamental que está em voga é o direito à herança, constitucionalmente garantido nos termos do Art. 5º, inciso XXX, da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Em suma, a herança "é o patrimônio do defunto" (GOMES, 2019b, p. 6). Não por outro motivo, adentra ao próprio conceito de patrimônio. "Deve ser vista como o patrimônio do *de cujus*. Definimos o patrimônio como o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Portanto, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do autor da

herança" (VENOSA, 2020, p. 574). Em outras palavras, trata-se do complexo dos bens e das relações que se transmite mediante a sucessão legítima ou testamentária (ALPA, 1997, p. 456).

Sendo a herança, portanto, um direito fundamental, o contrato de doação não pode, pelas razões hermenêuticas supraditas, abalroá-la. Todavia, algumas premissas precisam ser estabelecidas. Em linhas gerais, não pode o autor da herança dispor de mais da metade de seus bens, dada a proteção legal à legítima, nos termos do Art. 1.846, do Código Civil (BRASIL, 2002). Isso não significa, entretanto, que ele não possa dar a destinação que lhe aprouver ao seu patrimônio, especialmente se analisado sob o manto do direito de propriedade. O que não pode, em outras palavras, é que essa destinação atinja a parte indisponível do patrimônio, protegida pela legítima. NADER (2016, p. 151) explica que:

> Há sucessões em que se conjugam a modalidade legítima e a testamentária. Se o *auctor hereditatis* possui herdeiros necessários, a sua liberdade de testar se limita à metade de seu patrimônio, caso em que haverá, concomitantemente, a sucessão legítima e a testamentária. Denomina-se legítima a parte indisponível da herança, destinada aos herdeiros necessários, também designados legitimários ou reservatários em distinção aos que podem ser preteridos mediante testamento, denominados herdeiros facultativos. Herdeiros necessários são os descendentes, ascendentes e cônjuge, enquanto facultativos são os colaterais até o quarto grau inclusive. Pelo princípio da intangibilidade da legítima, nula é a cláusula testamentária que compromete a legítima.2 Inexistindo herdeiros necessários, a liberdade para testar será plena.

Assim, imagine-se a hipótese em que "A", ao tempo de sua morte, possuía um patrimônio de 700 mil reais. Em vida, "A" doou um carro ao seu filho predileto, o qual, na época do negócio, estava avaliado em 35 mil reais. Num cálculo simples, sendo a legítima correspondente a metade do patrimônio do *de cujus* no momento da abertura da sucessão, não há falar em invasão desta pela doação, vez que o valor do carro não ultrapassa 50% do referido patrimônio.

Para além disso, questiona-se: há diferença se o referido carro experimentar, nos anos que sucederam a doação, uma valorização descomunal ao ponto de ultrapassar o limite da parte disponível e, com isso, invadir a legítima? Segundo o art. 549 do Código Civil, "nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento" (BRASIL, 2002). O legislador não deu margem a dubiedades, ao revés, consignou expressamente que a análise do objeto da doação deve levar em

conta o momento em que esta ocorreu para, a partir daí, colocando-o em rota de colisão com o patrimônio do *de cujus* apurado com a abertura da sucessão, saber se o referido negócio jurídico violou ou não a legítima.

Acontece que nem sempre foi assim. Houve um período, em solo brasileiro, em que se levava em consideração o valor da doação não no momento em que esta se realizou, mas ao tempo da abertura da sucessão, conforme disposição expressa do Art. 1.014 do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973). Inclusive, é esta a orientação vigente no Código Civil português, conforme preconiza o seu Art. 2109º.1, veja-se: "O valor dos bens doados é o que eles tiveram à data da abertura da sucessão".

Por sua vez, o Art. 549, do atual Código Civil brasileiro, revogou expressamente o mencionado dispositivo processual, prevalecendo, portanto, a ideia de que o valor a ser considerado é aquele ostentado pela doação no momento da liberalidade. Todavia, há pouco, vem o Código de Processo Civil de 2015 e reproduz, quase com as mesmas palavras, a ideia preconizada no Art. 1.014 do Código de 1973. E agora, qual norma deve prevalecer? Buscando resolver este impasse, TARTUCE (2020, p. 660) sustenta que:

> De toda sorte, acreditamos que se trata de uma questão de direito intertemporal. Assim sendo, caso o falecimento tenha ocorrido em período anterior à vigência do Código Civil de 2002 – antes de 11 de janeiro de 2003 –, as suas regras não produzem efeitos, aplicando-se apenas o previsto no Código de Processo Civil de 1973, ou seja, o valor dos bens a ser colacionado seria o do tempo da abertura da sucessão. Por outro turno, para as sucessões abertas na vigência do novo Código Civil, o valor deveria ser o do tempo da liberalidade, subsumindo-se o art. 2.004 do Código Civil de 2002. Como a sucessão envolve o plano da eficácia, deve ser aplicada a norma do momento da produção dos efeitos, pensamento retirado do caput do art. 2.035 da codificação material privada em vigor. Com a emergência do CPC/2015, é forçoso concluir que o seu conteúdo passa a ter incidência para os falecimentos ocorridos após a entrada em vigor da nova legislação processual, a partir de março de 2015.

Não é o objetivo do presente artigo arvorar-se nesta discussão, cabendo mencioná-la apenas à título de informação, até porque, conforme se verá mais adiante, ela não é decisiva ao fim de questionar-se a eficácia da cláusula de dispensa da colação. Volvendo ao exemplo levantado alhures, o que acontece se ao invés do carro, "A" tivesse doado ao seu filho um apartamento de luxo avaliado em 500 mil reais? Se a metade da herança corresponde à 350 mil reais, há uma flagrante invasão ao espaço da legítima, preterindo-se os demais herdeiros

necessários. A esse negócio jurídico atribui-se o nome de doação inoficiosa, isto é, aquele cujos bens doados excedem a parte que o doador, no momento da liberalidade, podia dispor (PEREIRA, 2020, p. 220). A seu respeito, cite-se um importante julgado do Superior Tribunal de Justiça, o qual, analisando o Recurso Especial nº 1.198.168/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, estabeleceu a seguinte ementa:

> PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO. DOAÇÃO. VALIDADE. DOAÇÃO DE PAIS A FILHOS. INOFICIOSIDADE. EXISTÊNCIA. ARTS.: 134, 1.176, 1.576, 1.721 E 1.722 DO CC-16. 1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 20/07/2010, no qual se discute a validade de doação tida como inoficiosa, efetuada pelo de cujus aos filhos do primeiro casamento. Inventário de O.L.P., aberto em 1999. 2. A existência de sentença homologatória de acordo, em separação judicial, pela qual o antigo casal doa imóvel aos filhos, tem idêntica eficácia da escritura pública. Precedentes. 3. A caracterização de doação inoficiosa é vício que, se não invalida o negócio jurídico originário - doação -, impõe ao donatário-herdeiro, obrigação protraída no tempo: de, à época do óbito do doador, trazer o patrimônio à colação, para igualar as legítimas, caso não seja herdeiro necessário único, no grau em que figura. 4. A busca da invalidade da doação, ante o preterimento dos herdeiros nascidos do segundo relacionamento do de cujus, somente é cabível se, e na medida em que, seja constatado um indevido avanço da munificência sobre a legítima, fato aferido no momento do negócio jurídico. 5. O sobejo patrimonial do de cujus é o objeto da herança, apenas devendo a fração correspondente ao adiantamento da legítima, *in casu*, já embutido na doação aos dois primeiros descendentes, ser equalizado com o direito à legítima dos herdeiros não contemplados na doação, para assegurar a esses outros, a respectiva quota da legítima, e ainda, às respectivas participações em eventuais sobras patrimoniais. 6. Recurso não provido (STJ, 2013, on-line).

Em regra, a doação de um ascendente ao seu descendente ou cônjuge/convivente é considerada um adiantamento da legítima. Entra em cena, neste ponto, o instituto da colação, que "é obrigatória sempre que um descendente ou cônjuge tenha se beneficiado com doação *inter vivos,* não remuneratória, pelo autor da herança" (NADER, 2016, p. 541). No Código Civil português, "os descendentes que pretendem entrar na sucessão do ascendente devem restituir à massa da herança, para igualação da partilha, os bens ou valores que lhes foram doados por este: esta restituição tem o nome de colação" (PORTUGAL, 1966, Art. 2104º).

Em solo brasileiro, o Art. 2.003, do Código Civil, estabelece que "a colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados" (BRASIL, 2002). Essa regra, no entanto, não é absoluta, já que o doador pode dispensar da colação o bem doado, conforme será melhor declinado no tópico seguinte.

3 A COLAÇÃO E A SUA DISPENSA POR MEIO DO CONTRATO DE DOAÇÃO

A regra, como dito alhures, é que ao tempo da abertura da sucessão os bens recebidos em vida como doação pelos herdeiros necessários sejam chamados à colação para fins de igualar-se a legítima. Há, no entanto, uma exceção, encartada no Art. 2.005 do Código Civil, veja-se: "São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação" (BRASIL, 2002). Segundo Zeno Veloso (2003, p. 405):

> A regra de que a doação é feita como adiantamento da legítima não é absoluta, cogente, inafastável, pois o ascendente-doador pode dispensar da colação as doações feitas ao descendente, seu herdeiro necessário, determinando que saiam de sua metade disponível, contanto que não a excedam, e computando o seu valor ao tempo da doação (art. 2.003, parágrafo único). Porém, se o ascendente silenciar, se não fizer expressamente a dispensa da colação, mandando embutir o que foi doado na sua parte disponível, a regra do art. 544 incide.

Verifica-se, de plano, "que as normas que impõem a colação não são cogentes: podem ser afastadas pela vontade do autor da liberalidade, desde que a doação não seja inoficiosa, bem como por força de disposição legal" (GONÇALVES, 2020, p. 549).

É este, em suma, o ponto nevrálgico do presente trabalho. A dispensa da colação situa-se no âmbito da autonomia privada do doador e, conforme já mencionamos, há um dever constitucional de que se respeite o direito fundamental à herança. Bem por isso que o legislador civil optou por consignar, expressamente, a possibilidade de dispensa somente quanto à parte disponível do patrimônio do autor da herança, ou seja, metade de seus bens.

Adianta-se que há, nessa discussão, um choque entre certos institutos jurídicos, a saber: o direito de propriedade, o direito à herança e o princípio da conservação dos contratos. Procurar-se-á, nas próximas linhas, dirimir as principais questões que circundam o assunto e, ao final, oferecer uma resposta que importe no menor sacrifício possível dos institutos mencionados acima.

As perguntas principais que se buscará responder são: o que acontece se, após a doação, o ascendente que doou o bem ao seu descendente se desfaz de todo o seu patrimônio? A doação, neste caso, seria eficaz? Sendo ou não eficaz, trata-se de uma (in)eficácia parcial ou total? Pelo que já foi dito, a doação estudada sob o plano da eficácia perquire a produção de efeitos no mundo jurídico, isto é, cumpre saber se com tal negócio jurídico estabelece-se um vínculo entre as partes capaz de produzir os efeitos queridos.

Conforme preconiza o Art. 2.006, do Código Civil, "a dispensa de colação pode ser outorgada pelo doador em testamento ou no próprio título de liberalidade" (BRASIL, 2002). Logo, o doador pode, no bojo do próprio contrato de doação, consignar que aquele bem doado corresponde a parte disponível de seu patrimônio e, em seguida, dispensar a sua colação. Não há nada de misterioso nisto, pelo contrário, é a reprodução do que estabeleceu o próprio legislador. Conforme enfatiza GONÇALVES (2020, p. 550) "se o testador pode deixar a porção disponível a um descendente, pode também beneficiá-lo com a dispensa da colação, desde que o faça expressamente no próprio título constitutivo da liberalidade ou por testamento".

Por seu turno, Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira (1952, p. 837-838) pontua que "a dispensa de colação pode ser outorgada pelo doador, ou dotador, em testamento, ou no próprio título da liberalidade. Sem essa dispensa expressa, o dote, ou a doação importa adiantamento de legítima e como tal deve vir à colação". Por outra roupagem, MAXIMILIANO (1942, p. 441) ressalta que "a dispensa de colação há de ser expressa. Não basta a presumida, nem a virtual: por exemplo, a decorrente do fato de ser a liberalidade manual, ou efetuada por meio de interposta pessoa. Entretanto, não se exigem expressões sacramentais; basta ficar evidente o intuito de libertar da obrigação de conferir". De se notar, com isso, a importância da cláusula de dispensa da colação. Empresta-se, nesta oportunidade, o magistério de Pablo Stolze Gagliano (2010, p. 75):

> Na realidade fática, contudo, alguns problemas poderão surgir, a exemplo da insegurança gerada para as partes, especialmente o donatário, por não ter certeza se o bem recebido violou a legítima. E, de fato, essa

> preocupação só será definitivamente afastada no inventário, após terem sido realizadas a colação e a conferência dos bens doados. Um especial cuidado, porém, pode ter o doador: fazer constar do instrumento da doação a advertência de que o referido bem está saindo de sua parte disponível da herança. Tal providência, a despeito de não evitar a colação para eventual reposição da legítima, poderá evitar que o bem transferido seja computado na parte conferida aos herdeiros legitimários. Expliquemos exemplificativamente: se o doador beneficiou um dos seus filhos com um apartamento, tendo registrado que este imóvel sai da sua parte disponível, caso existam outras doações sem a mesma ressalva, deverão estas servir para a recomposição do acervo reservado, mantendo-se o apartamento como integrante da parte disponível, desde que, é claro, não corresponda a mais de 50% de todo o patrimônio.

Aliás, se a dispensa for feita no próprio contrato de doação, torna-se irrevogável, enquanto se realizada em testamento, cai com a revogação do testamento (GOMES, 2019b, p. 227).

O legislador, no entanto, se manteve omisso quanto a hipótese em que, após a doação, o doador se desfaz parcial ou integralmente de seu patrimônio ao ponto de, com isso, o valor da doação invadir o espaço da quota indisponível averiguada ao tempo da abertura da sucessão. Em sendo assim, qual seria a melhor solução, chamar o bem doado à colação para fins de igualar-se a legítima, prestigiando, com isso, o direito fundamental à herança? Ou, de outra banda, primar pela conservação do contrato, assim como à boa-fé dos indivíduos e, a partir disso, atribuir eficácia a cláusula de dispensa da colação? No hiato entre tais questionamentos, acredita-se, axiologicamente, na prevalência de uma teoria intermediária. Nas lições de GONÇALVES (2020, p. 550):

> A dispensa da colação, quando feita por uma das duas formas admitidas em lei, destrói a presunção de que o doador pretendia fazer, simplesmente, uma antecipação da herança ao donatário, pois evidencia-se, com tal liberação, que a sua intenção é gratificar melhor o aludido herdeiro, destinando-lhe maior porção que aos outros. A disposição, todavia, só valerá, como mencionado, dentro dos limites da quota disponível, pois, se a liberalidade exceder os extremos da metade de que o ascendente podia livremente dispor, deve ela ser reduzida a esse montante, cabendo ao beneficiário conferir o restante.

Segundo Orlando Gomes (2019, p. 227), "os efeitos da dispensa não são ilimitados. Se a doação é inoficiosa, o donatário dispensado fica obrigado, não obstante, a repor a parte excedente. Haverá, nesse caso, dispensa *parcial*". Esta parece, em verdade, a orientação que melhor harmoniza com a ordem jurídica

pátria. Isso porque não se ceifa, na raiz, o contrato de doação pelo fato de, ao tempo da abertura da sucessão, o valor do bem doado invadir o espaço da legítima. Trata-se de uma técnica interpretativa que, com acerto, conserva o contrato e, simultaneamente, garante aos demais herdeiros necessários a tutela do direito fundamental à herança.

Aliás, se nem mesmo a doação que, já ao tempo da liberalidade, invade o campo da legítima é considerada em sua integralidade como nula, por que razão, então, assim seria uma cláusula contratual que dispensa a colação de um bem que, no momento da liberalidade, não abalroava a legítima dos demais herdeiros necessários? Apesar das inegáveis transformações experimentadas pelo direito privado nas últimas décadas, principalmente no que toca à limitação da autonomia privada, não se pode admitir que o Direito tenha extirpado esta de sua tutela. É dizer, a autonomia privada, embora limitada, merece a tutela da ordem jurídica.

E mais, PAIANO (2016, p. 434) ensina que "a leitura das doações deve ser feita com outros institutos do direito, em especial o da boa-fé". Assim, não parece a melhor solução tornar nula, integralmente, uma cláusula imposta no contrato de doação sob o manto da boa-fé. Soma-se à isto a possibilidade de conservação da cláusula, isto é, "o princípio da conservação serve também para a nulidade parcial da cláusula, quando for possível dar sentido útil à parte restante dela" (LÔBO, 2019, p. 136), de modo que a parte que não excedeu o limite do patrimônio disponível do autor da herança está dispensada da colação.

Por derradeiro, embora a lei seja silente em relação a esta discussão, acredita-se que, pela coesão do sistema jurídico, atribuir-se eficácia à cláusula de dispensa da colação na parte em que ela não invade o campo da legítima é o melhor caminho a ser trilhado.

CONCLUSÃO

Ante as premissas supraditas, verifica-se que a cláusula de dispensa da colação é plenamente válida e eficaz no que toca à parte disponível da herança. Atribuir-lhe uma ineficácia total ceifaria, de plano, uma vasta gama de princípios que norteiam o direito contratual pátrio. É que, apesar das inúmeras restrições recentemente impostas à autonomia privada, fato é que esta ainda subsiste na ordem jurídica e, sempre que possível, merece a chancela do Direito.

Assim, se um ascendente deseja doar parte de seu patrimônio a um de seus filhos, não há o que se arvorar sobre tal negócio se ele respeita a legítima dos demais herdeiros necessários, se houver. Se assim o é, aplica-se o mesmo raciocínio para os casos em que, embora ao tempo da liberalidade o doador respeitara a legítima, no momento da abertura da sucessão aquela acabara invadindo a quota indisponível.

Não há que se falar, neste interregno, em violação ao direito fundamental à herança dos demais herdeiros necessários. O uso desta para justificar uma eventual ineficácia da cláusula de dispensa somente é cabível na parte que a doação excede o patrimônio disponível do doador, sob pena de, como dito já estudado, invadir-se demasiadamente e sem razão o campo da autonomia privada.

E mais, a divergência legal acerca do momento a ser considerado para fins de verificação do valor da doação, se ao tempo da liberalidade ou da abertura da sucessão, em nada interfere quanto à possibilidade de se reconhecer a eficácia da cláusula de dispensa da colação. O que poderá mudar, não se olvide, é o *quantum* patrimonial que será atingido pela ineficácia caso a doação ultrapasse a parte disponível da herança. Decerto há grandes chances de que a análise do valor do bem ao tempo da sucessão provoque uma ineficácia maior da referida cláusula, até porque as coisas se valorizam e, inegavelmente, aquilo que antes não atingia a legítima agora poderá vir a atingir.

Entretanto, a atual ordem jurídica não contempla uma resposta adequada e suficiente a tal questão, cabendo aos operadores do Direito, munidos dos vetores hermenêuticos, o dever de aplicar a solução que melhor harmonize com a ordem constitucional-civil moderna, a qual se mostra mais acertada ser o reconhecimento da eficácia da cláusula de dispensa da colação naquilo que não viola a legítima e, se houver uma invasão ao terreno desta, que somente a parte invasora seja declarada ineficaz perante os demais herdeiros necessários.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALPA, Guido. *Instituzioni di diritto privado.* 2. ed. Torino: Utet, 1997.

ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. *Da doação.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil:* teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico***:** existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, (2020). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>, Acesso em: 23 nov. 2020, 10:20:00.

BRASIL, Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>, Acesso em: 23 nov. 2020, 10:42:00.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>, Acesso em: 23 nov. 2020, 11:12:00.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil:* teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação:* análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. Bologna: Zanichelli, 1988.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. Atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 7.

ITÁLIA. Regio Decreto 16 marzo 1942-XX, n. 262. *Codice Civile*. Roma [2020]. Disponível em: <https://www.studiocataldi.it/codicecivile/>, Acesso em: 29 nov. 2020, 11:40:18

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. *Negócios jurídicos contemporâneos*: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>, Acesso em: 27 nov. 2020, 15:34:00.

LÔBO, Paulo. *Direito civil:* contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 3.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. III.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico:* plano da existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. T. III. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. T. IV. Rio de Janeiro, 1954.

MOTA PINTO, Carlos Aberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* direito das sucessões. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 6.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato:* novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. III.

PAIANO, Daniela Braga. *Doação*: Aspectos gerais e doação entre ascendente e descendente. V. 111 (2016) / Trabalhos Acadêmicos de Pós-Graduação. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016. Disponível em http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133521. Acesso em: 23 nov. 2020, 19:44:00.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* contratos. 24. ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 1. ed., rev. e ampl. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966. *Código Civil*. Ministério da Justiça, Lisboa [2019]. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo=>, Acesso em: 29 nov. 2020, 11:34:26.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria ALMEDINA, 1982.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009,

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II:* contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo (comodato-mútuo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: *Direito civil constitucional*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial nº 1.198.168/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6/8/2013, DJe 22/08/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>, Acesso em: 23 nov. 2020, 20:50:00.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 1.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das sucessões. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 6.

UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* parte geral. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

2

PAINEL 2
Direitos humanos, política e democracia

POVOS INDÍGENAS DO BRASIL:
ontem, hoje e amanhã

Aimée Schneider Duarte
Universidade Federal Fluminense, Doutoranda em Sociologia e Direito/PPGSD, Niterói, Brasil.
Schneider_aimee@hotmail.com

Resumo: A recente síndrome respiratória causada pelo novo Coronavírus (Covid-19) se propagou rapidamente ao redor do mundo – e, além do alto índice de letalidade, vem sendo responsável por expor e agravar as desigualdades sociais. Embora o Covid-19 ataque sem distinções socioeconômicas, vem se conformando um cenário onde a vasta maioria dos infectados é composta por pessoas desprovidas dos recursos que lhes permitiriam evitar aglomerações e ficar em casa – sem contar o próprio acesso diferenciado a serviços básicos como saúde e saneamento básico. No tocante, em particular, aos indígenas, as diversas projeções da pandemia são inquietantes, trazendo à memória epidemias passadas, decorrentes do contato com pessoas de outras etnias: há registros, por exemplo, de que a introdução de diferentes vírus, como o sarampo, a varíola e a influenza, levou ao extermínio de alguns povos indígenas no Brasil. Este elevado índice de mortalidade, cabe notar, possui também relação direta com a omissão do governo federal em face da pandemia. Exsurge, portanto, uma conjuntura preocupante, baseada no multifacetado (des)caso da crise de preservação ambiental e da saúde pública, com o desmatamento da Amazônia sendo vinculado, à luz das decisões tomadas pelo governo vigente, com o impacto do Coronavírus.

Palavras chave: Coronavírus; Povos Indígenas; Direitos e Garantias.

INTRODUÇÃO

O novo Coronavírus (Covid-19) se propagou rapidamente ao redor do mundo, fazendo com que a Organização Mundial da Saúde (OMS) o caracterizasse, em 11 de março de 2020, como uma pandemia. Enquanto a ciência moderna não chega à descoberta de um remédio ou vacina apto a combater o vírus e sua expressiva margem de letalidade, a OMS vem orientando governos e populações a adotar práticas de isolamento social, de modo a reduzir a disseminação do contágio. Grupos sociais mais vulneráveis, como os indígenas, observam com apreensão acentuada a expansão da crise do coronavírus.

De acordo com dados apresentados em maio pelo site Quarentena Indígena (2020) – instituidor de uma comunidade digital voltada para a divulgação e articulação de suporte aos povos indígenas no período da pandemia –, o contingente de mortos entre tais povos no Brasil é maior que o somatório de mortes em seis outros países da América do Sul: Uruguai (19), Paraguai (11), Guiana (10), Suriname (1), Guiana Francesa (1) e Venezuela (10). Este índice de mortalidade, cabe notar, possui também relação direta com a omissão do governo federal em face da pandemia – à guisa de exemplo, tem-se a resposta do atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, ao ser questionado por jornalistas sobre o número recorde de vítimas letais do Coronavírus em todo o país: "E daí? Lamento, quer que eu faça o quê? Eu sou Messias, mas não faço milagre" (GAZETA DO POVO, 2020).

Exsurge, portanto, de tal conjuntura um cenário preocupante. As questões dele decorrentes demandam, para que seja possível elaborar o mínimo esboço de respostas, que se proceda a uma investigação histórica sobre como os grupos indígenas se fizeram representar na Constituição que rege o país desde 1988 para que seja possível, então, lançar luz sobre a maneira como seus direitos vêm sendo ameaçados em uma nova conjuntura que, não obstante a sua gravidade global, se instaura, no ordenamento sociojurídico brasileiro, sob as diretrizes constantes de um documento promovido como garantista e baseado na dignidade da pessoa humana. Desse modo, o próximo tópico aborda a efetiva participação indígena no processo de feitura da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, engendrado pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 (doravante ANC). A partir das informações verificadas neste escopo, parte-se para as considerações atinentes ao (des)caso multifacetado da crise de preservação ambiental e da saúde pública, conjugando o desmatamento da Amazônia com o impacto do Coronavírus à luz das decisões tomadas pelo governo vigente.

OS POVOS INDÍGENAS NA ANC DE 1987-88

A campanha promovida pelos povos indígenas no seio da ANC de 1987-88 acarretou, no texto da *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* um efeito extraordinário, sob a forma de um capítulo elaborado especificamente para

a disciplina de seus direitos (Capítulo VIII – Dos Índios).[1] Havia, originalmente, na CRFB/88, 15 passagens que citam diretamente os índios; tal número aumentou para 16 com a EC nº 06/95, que acrescentou o § 1º ao artigo 176 do diploma constitucional.

O debate sobre o rumo a uma nova ordem político-jurídica não teve início na década 1980, mas antes: remonta aos primórdios do autoritarismo, quando uma série de movimentos sociais se organizou em favor da democracia. As mobilizações da sociedade pela *Anistia Ampla, Geral e Irrestrita* desaguaram na campanha pelas *Diretas Já!* e, em seguida, na campanha nacional pró-Constituinte, construindo os alicerces dos debates constitucionais. Apesar de frustrado em suas principais intenções, o episódio das *Diretas Já!* serviu para que os movimentos sociais vislumbrassem o seu potencial de mobilização em torno dos seus anseios, apresentando os primeiros indícios acerca de como a presença da população na política viria a ser fundamental para os rumos do país. Nas eleições indiretas,

[1] Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º. Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

ocorridas em sessão solene no dia 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves e José Sarney foram eleitos. Entretanto, no meio de tal cenário político, Tancredo viria a falecer antes de tomar posse, com seu vice assumindo a titularidade da pasta presidencial.

Antes mesmo do início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 já existiam reivindicações da sociedade brasileira: o Congresso Nacional, por exemplo, desde o ano de 1986 recebeu diversas correspondências de todo o país, seja de forma individual, seja através de entidades sociais. Entre março daquele ano e julho de 1987, o ente estatal, através da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, lançou o plano "Diga Gente e Projeto Constituição", com o intuito de que os cidadãos expressassem suas sugestões para a vindoura Lei Maior. Cinco milhões de formulários foram distribuídos e disponibilizados nas agências dos Correios do Brasil, que os encaminhava, sem custos, para o Senado Federal, que recebeu um total de 72.719 respostas. Ao pesquisar o termo "indígena", foram encontrados 267 registros; o termo "índio", 518; e "silvícola", 04.

O critério dessa pesquisa se deu para demonstrar que a esfera indígena já se fazia presente como uma demanda da sociedade e, em paralelo a esta forma de participação, a sociedade também se manifestava por diferentes formas: envio de sugestões por entidades sociais, audiências públicas, cartas pessoais e emendas populares. A característica marcante deste processo constitucional consistiu na articulação entre inúmeros atores extraparlamentares que se valeram principalmente das ações como caravanas/*lobby*, reuniões com Constituintes e encontros de articulação dos movimentos.

A ruptura com a perspectiva integracionista se fez fundamental para a construção de uma nova mentalidade, na medida em que as Constituições brasileiras, até então, não eram representativas dos anseios dos diversos segmentos sociais. Com relação aos índios, o paradigma assimilacionista se expressava sob três vertentes: a manutenção da ideia do índio como incapaz; a suscetibilidade das suas terras e recursos naturais a pressões econômicas; e a doutrina da segurança nacional. Predominava a imagem de uma incapacidade jurídica e política que só seria superada pela integração dos *silvícolas*, como eram denominados nos textos constitucionais até então, à nação, meta assimilada pelo tratamento constitucional e pelo próprio Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73).

As questões ideológicas acima expostas evocam uma linha de pensamento que perseverava, inclusive, no final dos anos 1980. Para se ter uma

dimensão deste problema, o Decreto Presidencial nº 94.946, de 23 de setembro de 1987, indo de encontro ao que estava sendo discutido nos trabalhos da ANC de 1987-88, estabelecia tipos diferentes de terras indígenas de acordo com um suposto grau de aculturação: os povos considerados aculturados teriam suas terras reduzidas, demarcadas na forma de "Colônias Indígenas". A coexistência de tais diretrizes com o próprio estímulo à integração progressiva dos indígenas vem ratificar a importância de se romper com a noção do índio como um ser aculturado e incapaz de fazer uso de recursos vindos de fora de suas aldeias, tais como os sucessivos adventos tecnológicos do Ocidente.

Cabe destacar que, pela primeira vez na história do país, a Constituição foi elaborada com a participação dos povos indígenas. A criação da União das Nações Indígenas (UNI), em 22 em abril de 1980, trouxe maior visibilidade para o movimento e, em 1985, a UNI promovia reuniões preparatórias dos povos indígenas para debater sobre a Constituinte. O eixo das reivindicações não estava centrado na exibição de peso numérico, mas na denúncia do pequeno número ao qual o índio fora reduzido. O pilar central era o direito ancestral à terra e à proteção da cultura dos índios. A despeito dessa mobilização, episódios em que a cultura indígena era negada foram recorrentes – vide exemplo de um servidor que impediu a entrada de um índio que não estava trajado de forma adequada aos padrões culturais ocidentais:

> DEPUTADO JOSÉ CARLOS SABÓIA – Sr. Presidente, em primeiro lugar, gostaria de fazer só uma observação inicial, fora do contexto da minha fala – é um elogio à atitude que o nosso Presidente Ivo Lech teve diante do fato de um dos índios ter sido barrado à entrada desta Casa. Foi uma atitude muito bonita, que mostrou claramente o espírito desta Subcomissão. O índio foi barrado por não trajar a roupa convencional, estava ele com os ornamentos mais bonitos que carrega, com toda a sua cultura, com todo o seu ritual e foi barrado porque isso não é valorizado nos padrões da nossa sociedade, e aqui nesta Casa ainda não estava sendo valorizado na portaria. (DIÁRIO, 1987, p. 14)

Perante este cenário, o movimento indígena se organizou para tentar influenciar as Subcomissões e Comissões: "os índios vieram a Brasília às centenas acompanhar as votações, fazer lobby nos corredores e gabinetes, fazer rituais para os espíritos, marcando presença em todos os momentos" (BACKES; AZEVEDO; ARAÚJO, 2009, p. 519). Apesar de não terem conseguido eleger

nenhum representante nativo nas sessões da ANC de 1987-88,[2] um ponto de destaque foi o reconhecimento de que as lutas dos movimentos indígenas guardavam correspondências com toda a população. Corroborando essa perspectiva, a professora da Universidade de São Paulo (USP) e Presidenta da Associação Brasileira de Antropologia, Manuela Carneiro da Cunha, falou sobre o reconhecimento dos valores das sociedades diferentes e, em particular, das sociedades indígenas, abordando a sua vulnerabilidade e importância para o patrimônio cultural da Humanidade, sem deixar de reconhecer a contribuição, neste âmbito, do Brasil enquanto um país incontestavelmente plural, comportando 180 sociedades diferentes com 180 línguas próprias (DIÁRIO, 1987, p. 18).

Sob esse prisma, o Senador Severo Gomes afirmou que o meio social se perde dentro das tradições do eurocentrismo e que a "questão dos índios não é uma questão só dos índios, é uma questão de toda a sociedade brasileira" (DIÁRIO, 1987, p. 12). O que se propagava era a visão de um homem branco ocidental: por causa dessa imagem, difundia-se a noção de que os índios não possuíam cultura e não eram civilizados. A pluralidade cultural foi defendida pelo indígena Ailton Krenak, da União das Nações Indígenas, que enfatizou a necessidade de se registrar, no texto constitucional, a cultura indígena, que fora e continuava sendo oprimida por questão econômica. O que a análise da mobilização social torna evidente é a inserção de vozes até então jamais ouvidas em uma ANC, inclusive pela transposição das barreiras físicas do Congresso Nacional, uma vez que alguns parlamentares foram até uma aldeia indígena. Em 06 de maio de 1987, a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias realizou uma Audiência Pública Extraordinária na Aldeia Gorotire, no sul do Pará.[3]

O diploma constitucional de 1988 simbolizou um avanço dos interesses de povos indígenas na sua representação por um Estado pluricultural, promovendo um rol de direitos, tais como: a) o abandono das políticas integracionista e paternalista através do fim da tutela, garantindo aos índios, suas comunidades e organizações a defesa de seus interesses em juízo, com o acompanhamento do Ministério Público; b) a autenticação do direito à língua materna indígena, com

[2] Mario Juruna, primeiro índio eleito Deputado Federal, pelo PDT-RJ, e criador da Comissão Permanente do Índio na Câmara dos Deputados, não conseguira se reeleger ao fim de seu mandato.

3 Estavam presentes, nesta comitiva, os Deputados Ivo Lech (presidente da Subcomissão; PMDB – RS), Benedita da Silva (PT – RJ), José Carlos Sabóia (PMDB – MA), Salatiel Carvalho (PFL – PE) e Ruy Nedel (PDT – RS).

uma educação diferenciada; c) a supressão do princípio assimilacionista, herdeiro de uma política de dominação colonial; d) o reconhecimento dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam; e) a vinculação da exploração mineral à autorização do Congresso Nacional; e f) a nulidade de atos que tenham como objeto o domínio e posse das terras indígenas.

A Fundação Nacional do Índio (FUNAI), criada em 1967, teve como marco inicial a adoção de políticas paternalistas, mantendo as sociedades indígenas submissas e dependentes – e somente com a nova Constituição passou a atuar de forma mais ativa no sentido de garantir os direitos desses povos. No ano seguinte à promulgação da Carta de 1988, foi criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, atuando no combate ao desmatamento e à invasão ilegal de qualquer ecossistema preservado. Anos depois, em 2010, deu-se a criação da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), órgão vinculado ao Ministério da Saúde, para gerenciar a atenção à saúde dos indígenas. No entanto, apesar dessas medidas, milhares de indígenas continuassem sendo massacrados por ataques de guerrilheiros ou garimpeiros.

PANDEMIA, INVASÃO E ABANDONO

A assimilação dos indígenas é uma ideia antiga, utilizada em diversos momentos históricos brasileiros e tendente a pautar as políticas públicas no país. Conforme analisado, quase todas as Constituições posteriores à Proclamação da República qualificavam tal empreitada como uma necessidade. Com a Constituição de 1988, entretanto, essa ideia foi descartada – o que não impede o atual governo federal, por sua vez, de retomar tal mentalidade quando o Presidente do país ecoa e endossa a proposta de *civilizar* os indígenas. Em 2020, Jair Bolsonaro criou o Conselho Nacional da Amazônia, que funciona sem a participação de representantes do IBAMA e da FUNAI, cabendo a sua coordenação ao vice-presidente da República, Hamilton Mourão. Convém apontar que o atual vice-presidente, à época apenas candidato, declarou, em um evento público de campanha em Caxias do Sul/RS, no dia 06 de agosto de 2018, o seguinte: '[t]emos uma certa herança da indolência, que vem da cultura indígena", revelando um patamar de racismo histórico agravado, ainda, pela sua própria ascendência indígena.

Para agravar a situação, ainda neste ano, a FUNAI suspendeu o fornecimento de cestas básicas às comunidades indígenas de terras demarcadas e parou de atender aqueles que vivem em áreas urbanas, reforçando a mentalidade preconceituosa – e corriqueira – de que o índio que sai da floresta não é mais índio. A importância de destacar essa postura se faz na medida em que, se os povos indígenas são completamente aculturados – ou exterminados –, é possível desconectá-los de suas terras, já que a justificativa jurídica para a existência de terras indígenas é a preservação do seu modo de vida; não havendo mais tal modo de vida a ser preservado, economicamente a exploração econômica das terras outrora ocupadas se torna viável. Isto se alinha com o fato de que, quando Bolsonaro assumiu a Presidência, todos os processos de reforma agrária e demarcação de terras então em andamento foram paralisados – e, em seu primeiro dia no cargo, o Presidente retirou atribuições da FUNAI, delegando-as ao Ministério da Agricultura.

O retrocesso socioambiental se dá, igualmente, quando se verifica, no cenário pós Constituinte de 1987-88, o constante direcionamento imposto por interesses vinculados ao capital às transformações legislativas, frequentemente culminando na supressão de direitos constitucionalmente garantidos aos indígenas. Na lista de prioridades do setor econômico, cita-se a exploração de territórios indígenas, com o Ministro de Minas e Energia, Bento Albuquerque, defendendo a liberação da agropecuária, mineração e garimpo, entre outras medidas. Entre os projetos alinhados a esta linha de raciocínio em trâmite no Congresso Nacional estão a PL de nº 191/20 e a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) de nº 187/16, ambos voltados para a exploração econômica em terras indígenas. Enquanto isso, a grilagem de terras, garimpos e a exploração ilegal de madeira, amparados por um governo omisso, estão aumentando na Amazônia, em um escopo reforçado pela volta da MP 910 da grilagem – que, criada no início desse ano, anistiava terras invadidas ao conceder título de propriedade para especuladores imobiliários, que vivem de desmatar e vender terras públicas – à Câmara do Congresso sob a forma do Projeto de Lei 2.633/20, incentivando garimpeiros e grileiros a intensificar a invasão de terras, contando com a subsequente anistia. De acordo com o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), entre janeiro e maio deste ano, o desmatamento havido na Amazônia entre janeiro e maio deste ano foi o maior desde que se começou a medir a devastação em suas florestas, em agosto de 2015 (AMARAL, 2020).

A invasão prática e simbólica às terras indígenas, todavia, transcendeu a esfera socioeconômica, ferindo questões de saúde com a pandemia do

Coronavírus: precariamente assistidas pelo governo e pressionadas pela crescente onda de investidas sobre seus territórios, as comunidades indígenas enfrentam quase sozinhas o avanço da circulação viral nas aldeias. Um relatório produzido por pesquisadores da FIOCRUZ e da FGV (2020) detalha a vulnerabilidade e o risco de expansão do contágio pelo Covid-19 entre as populações indígenas brasileiras. Ademais, as políticas de isolamento – e, consequentemente, o vácuo deixado pela ausência da FUNAI, da Agência Nacional de Mineração (ANM) e a redução dos controles pela Polícia Federal e Exército – fizeram com que se intensificasse o já acentuado ritmo de invasão de suas terras por garimpeiros e exploradores ilegais que, ao contrário das agências de governo, não fazem *home office*. Soma-se a esta conjuntura o próprio risco de que os mesmos invasores sejam portadores do Coronavírus, aumentando a possibilidade de disseminação da pandemia entre os indígenas. Comprimidos entre os avanços do Coronavírus e dos invasores, o risco de genocídio é real (MARTINS, 2020). No ano de 1500, cerca de 8 milhões de pessoas viviam no território hoje identificado como o Brasil, divididas em 1.000 tribos; segundo o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2012), realizado em 2010, o Brasil possuía, quando da realização da pesquisa, 305 etnias e cerca de 900 mil índios. Não à toa, muitos estudiosos consideram que os indígenas viveram o holocausto mais longo da história da humanidade, se tratando de um verdadeiro projeto de racismo.

Passados meses da declaração inicial de pandemia pela OMS, o Brasil segue enfrentando um cenário que inclui falta de testes e protocolos de tratamento, atingindo, sobretudo, as populações vulneráveis. Em abril deste ano, os boletins epidemiológicos da SESAI (2020) indicaram um aumento de 68,7% de diagnósticos confirmados da Covid-19 entre índios, preocupando infectologistas. A própria forma de organização da vida indígena a partir de uma estrutura comunitária – baseada, em grande parte, em casas coletivas, compartilhando utensílios como cuias, tigelas e outros objetos – favorece as situações de contágio. Em 21 de agosto de 2020, o SESAI (2020) registrou 467 óbitos de indígenas por Covid-19; tal estatística diverge acentuadamente, porém, do registro realizado pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB).

Para o coordenador da APIB, Dinamam Tuxá, os números contabilizados pela SESAI podem estar subnotificados, por conta dos relatos de indígenas morrendo com sintomas da Covid-19 sem serem testados. Tuxá alerta que "não dá para discutir uma política mais eficaz e específica, pois a própria SESAI se nega a catalogar os casos de indígenas em contexto urbano" (BRAZILIENSE, 2020). Muitos povos já perderam seus anciãos – considerados, em sua cultura,

portadores de saberes ancestrais; sua perda, portanto, além da dimensão afetiva imediata, equivaleria à destruição, no mundo acidental, de um museu ou biblioteca.

Para qualificar os dados e monitorar o avanço da pandemia, a APIB, juntamente com organizações indígenas de várias regiões do país e outros coletivos e ativistas, construiu a Plataforma "Emergência Indígena". A falta de testes, no entanto, perpetua uma disparidade significativa entre o número de casos confirmados e a quantidade real de pessoas infectadas. No dia 22 de agosto, o número de óbitos registrados por Covid-19 entre indígenas era de 859 – o dobro em relação ao número divulgado pelo SESAI. Os dados disponíveis mostram um total de 37.540 casos confirmados, englobando 158 povos indígenas (ARTICULAÇÃO, 2020). A APIB atualiza diariamente, em seu website, o quantitativo de casos de Covid-19 entre indígenas, assim como o número de óbitos. Ademais, uma rede de solidariedade passou a se dedicar às ações de comunicação, criando cartilhas, panfletos, cartazes, vídeos e *podcasts* com orientações sobre o enfrentamento ao Covid-19.

Durante a reunião ministerial de 22 de abril de 2020 – data em que o país rememorou os 520 anos do primeiro contato dos povos indígenas do Brasil com os colonizadores europeus –, o ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, sugeriu que o governo federal aproveitasse que a imprensa estava cobrindo a pandemia para mudar as regras de proteção ambiental e da área da agricultura, enxergando, em um cenário marcado pelo quantitativo crescente de mortos, um momento oportuno para o desmonte de garantias ao patrimônio ambiental.

Fonte: Brasil de Fato, 2020.

As tensões políticas seguiram, então, sua escala ascendente e no meio de uma crise sanitária, o presidente da FUNAI, Marcelo Augusto Xavier da Silva, emitiu a Instrução Normativa nº 9/2020, que permite a legalização do crime de grilagem em de áreas indígenas.[4] Rasgando os preceitos da Constituição Brasileira, que garante aos índios o direito originário ao território tradicional, o governo busca atender aos interesses do agronegócio, grileiros, latifundiários e mineradoras. O Ministério Público Federal emitiu recomendação pela anulação do documento; e, no dia 08 de junho, a Justiça Federal em Mato Grosso suspendeu seus principais efeitos.[5]

Em vista desse quadro alarmante, em 01 de junho de 2020, a APIB e os partidos de oposição ao governo – Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PC do B), Rede Sustentabilidade (Rede), Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT) – propuseram no Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709 contra a União

[4] INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 9, disponível em <http://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-9-de-16-de-abril-de-2020-253343033>. Acesso em 22 de jun. de 2020.

[5] AZEVEDO, Reinaldo. *Justiça suspende medida que permitia ocupação e venda de terras indígenas*. UOL Notícias. 2020. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/06/09/justica-suspende-medida-que-permitia-ocupacao-e-venda-de-terras-indigenas.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 23 de jun. de 2020.

Federal. Tal ação tem por objeto um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por Covid-19, que implicariam uma real possibilidade de extermínio de povos indígenas. Na petição inicial, consta como grande preocupação a transmissibilidade da doença, que coloca os povos indígenas diante de um cenário devastador, sobretudo em razão de sua maior vulnerabilidade social, econômica e de saúde, decorrente do caráter remoto das regiões que habitam.[6]

Segundo o relatório da decisão cautelar – parcialmente deferida em 08 de julho do corrente ano –, os proponentes imputaram os seguintes atos omissivos e comissivos ao Poder Público:

> (i) a não contenção de invasões terras indígenas ou a não remoção de seus invasores, que ingressam nas respectivas áreas para a prática de ilícitos como: grilagem, garimpo ilegal e extração ilegal de madeira, forçando contato com as tribos; (ii) ações imperitas do governo federal em matéria de saúde, com o ingresso, em terras indígenas, de equipes de saúde sem cumprimento de quarentena e sem a observação de medidas de prevenção ao contágio; (iii) decisão política da Fundação Nacional do Índio – FUNAI e da Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI de só prestar assistência especializada de saúde a povos residentes em terras indígenas homologadas, remetendo-se os indígenas não aldeados (urbanos) ao SUS geral (sem expertise para trato de indígenas) e, aparentemente, deixando as demais tribos, que residem em terras indígenas pendentes de homologação, sem atendimento; (iv) não elaboração de um plano pormenorizado e concreto, que contenha uma estratégia de proteção das comunidades indígenas e um cronograma de implementação, com a participação das comunidades indígenas (BRASIL. 2020a., pp. 5-6).

O Ministro Luís Roberto Barroso determinou uma série de medidas a serem adotadas com o objetivo de conter o avanço da Covid-19 entre indígenas. Convém registrar que o próprio Ministro reconhece a resistência do governo quanto à concretização dos direitos dos povos indígenas, citando matérias publicadas na imprensa que atribuem ao atual Presidente da República as seguintes declarações:

> "Não entro nessa balela de defender terra pra índio"; "[reservas indígenas] sufocam o agronegócio" (Campo Grande News, 22.04.2015); "Em 2019 vamos desmarcar [a reserva indígena] Raposa Serra do Sol. Vamos dar

[6] ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB) et al. *Descumprimento de Preceito Fundamental*. Brasília, 2020. Disponível em <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/06/adpf-apib-compressed.pdf>. Acesso em: 12 de ago. de 2020.

> fuzil e armas a todos os fazendeiros" (No Congresso, 21.01.2016); "Se eu assumir [a Presidência do Brasil] não terá mais um centímetro quadrado para terra indígena" (Dourados, Mato Grosso do Sul, 08.02.2018); "Reservas indígenas inviabilizam a Amazônia" (Revista Exame, 13.02.2020). Esse é o contexto, portanto, em que se insere a presente discussão e que reforça o dever de cuidado por parte do Tribunal quanto a tais povos (BRASIL. 2020a., p. 13).

No dia 05 de agosto de 2020, o Plenário do STF confirmou sua determinação, direcionada ao governo federal, pelo implemento de medidas de contenção do avanço da Covid-19 nas comunidades indígenas. No entanto, o pedido de desintrusão imediata foi negado sob o argumento de que os invasores só podem ser removidos com base em um plano a ser elaborado pela União. A despeito de considerar como ilegal as ocupações, a Corte observou a necessidade de protocolos de atuação para a retirada dos invasores (BRASIL, 2020b.) – o que leva à constatação de que o grito de socorro dos povos indígenas no órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio foi parcialmente sufocado.

CONCLUSÃO

De acordo com Censo 2010 do IBGE, 63,8% das 896 mil pessoas que se declararam indígenas no país residem em áreas rurais (IBGE, 2012). Os resultados desse Censo apontam para condições menos vantajosas de vida para os indígenas quando comparados ao restante da população, atestadas através de indicadores sociodemográficos e sanitários diversos, com destaque para a elevada mortalidade precoce. Não se ignora o quão suscetíveis são os não-indígenas a vírus desconhecidos, como é o caso da Covid-19; mas os povos indígenas possuem condições particulares que os deixam mais vulneráveis a epidemias e pandemias, como o relativo isolamento geográfico e a dificuldade de acesso aos serviços de saúde. Segundo dados da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, essa doença mata, proporcionalmente, ainda mais indígenas do que o restante dos brasileiros, pois a letalidade da Covid-19 entre esses povos "chega a 8,8% enquanto a população brasileira geral é de 5,1%" (COIAB, 2020).

A ascensão de um governo anti-indígena e apologista da ditadura (FARIAS; BRASIL, 2014), capaz de defender sem pudores o uso da violência como política pública, aprofunda essas mazelas. A impunidade encontra eco na reprodução sistemática de concepções que perduram no tempo e que se fazem presentes no funcionamento das próprias instituições que deveriam operar para a defesa dos direitos indígenas, haja vista que os recentes movimentos, da parte

de agentes públicos, no sentido de se afastarem de suas funções, ou ao menos torná-las menos frequentes, para evitar o risco de contágio vem abrindo brechas para os invasores. Mais que necessário, portanto, é urgente que tais desdobramentos sejam freados. Neste sentido, há uma demanda por medidas imediatas, tais como o fortalecimento da atuação da SESAI-SUS e uma articulação mais eficaz com Secretarias Municipais e Estaduais de Saúde, a FUNAI e outros órgãos públicos, juntamente com as organizações e lideranças indígenas.

Procedeu-se, no presente trabalho, ao levantamento de discussões ensejadoras de análises e balanços a partir do entrelace entre o *ontem e* o *hoje*, articulados pela reflexão acerca da relevância histórica da Constituição Federal de 1988 e o seu compromisso para com os direitos e garantias de todos os que habitam a República Federativa do Brasil – entre eles, e com notável precedência cronológica, os indígenas. Assim é que a ambiguidade das políticas indigenistas invoca as diversas faces de uma violência ora engendrada pela ação, ora pela omissão do Estado, conformando um panorama de enfrentamentos que, sobretudo à luz da crise pandêmica promovida pelo Covid-19, não mais pode ser postergado. É preciso combater as práticas de extermínio de modos de vida que diferem da lógica capitalista.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luciana. *Bolsonaro ignora desmatamento e vê 'desinformação' em imagem ruim do Brasil*. UOL Notícias, 2020. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2020/06/22/bolsonaro-meio-ambiente.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 23 de jun. de 2020.

DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB) et al. *Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)*. Brasília, 2020. Disponível em <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/06/adpf-apib-compressed.pdf>. Acesso em: 12 de ago. de 2020.

ARTICULAÇÃO dos Povos Indígenas Do Brasil (APIB). *Emergência Indígena*, 2020. Disponível em <https://emergenciaindigena.apiboficial.org/>. Acesso em: 12 de ago. de 2020.

AZEVEDO, Reinaldo. *Justiça suspende medida que permitia ocupação e venda de terras indígenas*. UOL Notícias. 2020. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/06/09/justica-suspende-medida-que-permitia-ocupacao-e-venda-de-terras-indigenas.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 23 de jun. de 2020.

BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (orgs.). *Audiências Públicas na Assembleia Nacional Constituinte*: A Sociedade na Tribuna. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 709*, Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília/DF, 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf. Acesso em: 10 de ago. 2020a.

_____. *STF referenda medidas de enfrentamento da Covid-19 em terras indígenas*. Brasília/DF, 2020a. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448997>. Acesso em: 17 de ago. 2020b.

BRAZILIENSE, Correio. *Covid-19: Povos indígenas mostram-se vulneráveis ao avanço do vírus*. Diário de Pernambuco, 2020. Disponível em <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/brasil/2020/06/covid-19-povos-indigenas-mostram-se-vulneraveis-ao-avanco-do-virus.html>. Acesso em 23 de jun. de 2020.

COIAB, Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira. *Nota de resposta à coletiva de imprensa do governo federal sobre a Covid-19 em comunidades e povos tradicionais*. APIB, 2020. Disponível em <http://apib.info/2020/06/14/nota-de-resposta-a-coletiva-de-imprensa-do-governo-federal-sobre-a-covid-19-em-comunidades-e-povos-tradicionais/>. Acesso em 24 de jun. de 2020.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, 1988. *In:* <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

DIÁRIO da *Assembleia Nacional Constituinte*. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, realizada em 22 de abril de 1987. Brasília: Senado Federal, 1987. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/diarios/diarios-da-assembleia-nacional-constituinte>. Acesso em 12 de dez. de 2019.

FARIAS, Elaíze; BRASIL, Kátia. *Comissão da Verdade: Ao menos 8,3 mil índios foram mortos na ditadura militar*. Amazônia Real, 2014. Disponível em <https://amazoniareal.com.br/comissao-da-verdade-ao-menos-83-mil-indios-foram-mortos-na-ditadura-militar/>. Acesso em 26 de mai. de 2020.

FIOCRUZ, Fundação Oswaldo Cruz; FGV, Fundação Getúlio Vargas. *Risco de espalhamento da COVID-19 em populações indígenas*: considerações preliminares sobre vulnerabilidade geográfica e sociodemográfica, 2020. Disponível em

<https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/relatorios_tecnicos_-_covid-19_procc-emap-ensp-covid-19-report4_20200419-indigenas.pdf>. Acesso em 15 de jun. de 2020.

GAZETA DO POVO. *"Ótima escolha", diz Weintraub sobre novo ministro da Educação*, 2020. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/otima-escolha-diz-weintraub-sobre-novo-ministro-da-educacao/>. Acesso em 26 de jun. de 2020.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Censo Demográfico 2010: Características Gerais dos Indígenas – Resultados do Universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2012

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 9, disponível em <http://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-9-de-16-de-abril-de-2020-253343033>. Acesso em 22 de jun. de 2020.

MARTINS, Ribamar. *Coronavírus avança no país e pode dizimar toda a população indígena brasileira*. SINPRO-DF, 2020. Disponível em <https://www.sinprodf.org.br/coronavirus-avanca-no-pais-e-pode-dizimar-toda-a-populacao-indigena-brasileira/>. Acesso em 20 de jun. de 2020.

QUARENTENA INDÍGENA. *Morte entre indígenas por Covid-19 no Brasil já é maior que o número total de mortes em 6 países da América do Sul*, 2020. Disponível em <http://quarentenaindigena.info/2020/05/16/morte-entre-indigenas-por-covid-19-no-brasil-ja-e-maior-que-o-numero-total-de-mortes-em-6-paises-da-america-do-sul/>. Acesso em 20 de jun. de 2020.

SAIC, Sistema de Apoio Informático à Constituinte. *Diga Gente e Projeto Constituição*. Disponível no portal do Senado Federal em: <http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/bh.asp#/>.

SESAI. *Boletins epidemiológicos da Secretaria Especial de Saúde Indígena*. Disponível em <https://saudeindigena.saude.gov.br/>. Acesso em 26 de jun. de 2020.

CRISE CLIMÁTICA GLOBAL: o direito humano à migração e os refugiados ambientais

Aline Gomes Mendes
Universidade Estácio de Sá
Bacharel, Direito, Rio de Janeiro,
linemendes1984@gmail.com

Roberta Oliveira Lima
Universidade Estácio de Sá, professora doutora, Direito, Rio de Janeiro, Brasil, e-mail: roberta_lima@id.uff.br

Resumo: O presente artigo buscará compreender as possíveis consequências da não proteção dos refugiados ambientais na ordem jurídica internacional vigente diante dos conflitos climáticos cada vez mais crescentes e na iminência de uma Crise Climática global. Primeiramente, cumpre destacar que, em setembro de 2019, foi publicado pela revista *BioScience* da *Oxford Academic* um estudo assinado por mais de 11.000 (onze mil) cientistas alertando que o planeta "enfrenta uma emergência climática clara e inequívoca". O número de pessoas em situação de deslocamento superou a marca de 70 milhões, de acordo com o relatório anual *Global Trends* do ACNUR de 2018, sendo este o maior nível já registrado em quase 70 anos de atuação do órgão. Embora haja no ordenamento jurídico internacional proteção aos refugiados, esses não abarcam os refugiados ambientais, pois não se inferem no critério de "perseguição" trazidos pela Convenção de 1951 e seu respectivo protocolo de 1967. Diante disso, torna-se importante e urgente a proteção jurídica específica no Direito Internacional para esses indivíduos. Destaca-se, também, que presentemente a ONU, por meio do Relatório Especial sobre extrema Pobreza e Direitos Humanos, alertou que as mudanças climáticas terão consequências devastadoras para indivíduos em situação de pobreza e que, portanto, poderíamos estar diante de um iminente apartheid climático. Por fim, o presente artigo pretende examinar as reflexões acerca dos refugiados ambientais à luz do Direito Humano à Migração, analisando os conflitos ambientais existentes e seus reflexos na ausência de tratamento específico para esse grupo. A pesquisa é teórica, utilizando métodos de análise bibliográfica, por meio de consulta às doutrinas, legislações, documentos e artigos científicos sobre a temática.

Palavras-chave: Crise climática; Conflitos climáticos; Refugiados ambientais; Direitos humanos; Apartheid climático.

INTRODUÇÃO

As mudanças climáticas extremas estão cada vez mais evidenciadas no contexto atual e um dos seus reflexos é a migração/deslocamento de pessoas. Tais reflexos transcendem às questões puramente ambientais, uma vez que culminam em acentuar as desigualdades e vulnerabilidades destes grupos e, por consequência, implicam diretamente em questões de natureza sociais, econômicas e políticas.

Em 2019, de acordo com dados do *Internal Displacement Monitoring Centre* (IDMC) em seu relatório intitulado 2019 *Global Report on Internal Displacement* (GRID) o número de deslocados ambientais alcançou a marca de 17.2 Milhões de pessoas, sendo: 5.4 milhões de pessoas foram removidas em razão de inundações e transbordamentos; 9.3 milhões em razão de ciclones tropicais e tempestades de menor intensidade; 764.000 em virtude de períodos de estiagem prolongados; 424.000 por força de incêndios; 165.000 por efeito de deslizamentos de terras; e 24.000 por conta de ondas de calor.

Já o relatório de 2020, onde tivemos a participação das pesquisadoras brasileiras Érika Ramos, Luiza Pallone, Fernanda Cavedon e Andreza Zamur, intitulado 2020 *Global Report on Internal Displacement* (GRID) traz um número maior e extremamente preocupante. Em 2019 o número de deslocados ambientais alcançou a marca de 24,9 milhões, sendo: 13 milhões dos deslocamentos ocorreram por tempestades, 11,9 milhões ocorreram pela incidência de ciclones, furações e tufões; 10 milhões ocorreram pela incidência de inundações.

Dentro deste contexto, o presente trabalho abordará de que forma a inexistência de um regime jurídico próprio, trazido pela comunidade internacional, para o reconhecimento deste grupo de pessoas em situação de extrema vulnerabilidade pode impactar ainda mais as crises humanitárias.

Para tanto, o trabalho abordará, num primeiro momento, o conceito e o alcance atual para os denominados aqui como "refugiados ambientais", bem como o papel da sociedade internacional nas questões migratórias dentro de uma perspectiva de direitos humanos.

Em seguida, trará questões acerca dos conflitos ambientais, tais como o seu surgimento e qual a sua consequência nas migrações forçadas.

Por fim, abordará as limitações e a urgente necessidade de proteção deste grupo e como atualmente as Organizações das Nações Unidas (ONU) se posiciona sobre a temática e seus desafios atuais perante a emergência climática.

1. Refugiados ambientais: Conceito, alcance e outros aspectos

Antes de discutir o conceito, o alcance e os demais aspectos sobre os refugiados ambientais, é importante examinar o contexto do surgimento do termo refugiado.

Inicialmente, é importante destacar que, de acordo com James Hathaway (1991), pode-se verificar três formas de abordagens sobre termo refugiado: a jurídica, a social e a individualista. No que concerne a abordagem jurídica, os instrumentos internacionais que traziam tal abordagem são datados entre a década de 20 e 35 e, para tanto, entendiam estes que uma pessoa para ser considerada refugiada bastava que esta pertencesse a um grupo verdadeiramente desprovido da proteção formal do governo de seu país de origem. Relativamente a abordagem social, os instrumentos internacionais que a abordam, surgiram entre a década de 35 e 39 e estes, por sua vez, consideravam que refugiados eram vítimas de eventos políticos ou sociais. No tocante a abordagem individualista, esta surge após a década de 38 e, para esta, deve-se analisar o mérito de cada solicitação (HOLZHACKER, apud HATHAWAY, 2018, p. 2-5).

Sendo assim, em 28 de julho de 1951, surge, após a Segunda Guerra Mundial, a Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado (Convenção de 1951) e fora então adotada pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas.

A Convenção, a princípio, possuía limitações temporais e geográficas. Temporais, pois considerava que fatos ocorridos anteriores a sua conclusão não poderiam ser por ela abrangidos e, geográficas, uma vez que a definição por ela trazida ao termo refugiado somente se limitava aos eventos ocorridos na Europa. Porém, posteriormente, em 1967, tais limitações foram suprimidas com a adoção do Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (Protocolo de 1967), justamente para abranger e aplicar a proteção a outras pessoas pós guerra e não somente aquelas refugiadas por ocasião da segunda guerra mundial (RAMOS, 2019, p. 250)

Nesse sentido, surge o então conceito de refugiado. Tal conceito é trazido pelo artigo 1º, da Convenção de 1951 c/c o artigo 1º do Protocolo de 1967. Refugiado é então toda pessoa que:

> Temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (ONU, 1951).

Salienta-se, ainda, que dentro deste contexto de pós guerra mundial, em dezembro de 1950, por meio de uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi criada o ACNUR, importante Agência da ONU para Refugiados. Ressalta-se que sua criação, a princípio, se deu no sentindo de reassentar refugiados europeus durante esse período pós guerra e teve como base a Convenção de 1951. Posteriormente, por força do Protocolo de 1967, seu trabalho foi então expandido para além das fronteiras europeias.

Já no Brasil, a Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado foi internalizada em 28 de janeiro de 1961, por ocasião do Decreto n. 50.215. Posteriormente, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados foi internalizado em 07 de agosto de 1972, por ocasião do Decreto n. 70.946.

Todavia, cumpre destacar que o Brasil teve um importante papel na proteção internacional dos refugiados, sendo, portanto, o primeiro país do Cone Sul a ratificar a Convenção de 1951.

Ainda no Brasil, posteriormente, em 1997, ocorreu um importante marco no direito interno quanto aos refugiados, a promulgação da Lei 9.474 que definiu mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determinou outras providências.

A referida lei, trouxe, em seu artigo 1º, o conceito interno para o termo refugiado. Vejamos:

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I. devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II. não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III. devido a grave e

> generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Quanto ao termo "refugiados ambientais", objeto do presente artigo, avulta-se que tal terminologia surge em 1948, quando Vogt traz o termo "refugiados ecológicos" (CLARO, 2018, P. 114).

Porém, somente na década de 70 ocorre a primeira menção ao termo "refugiados ambientais". Brown (2003) utilizou-se de tal expressão ao referir-se aos refugiados relacionados às questões ambientais. Vejamos:

> Estamos familiarizados com refugiados políticos que escapam de perseguição e com refugiados econômicos à busca de trabalho, mas refugiados ambientais não são tão conhecidos. Tais refugiados incluem aqueles cuja terra está se tornando deserto, aqueles que tentam escapar de ambientes tóxicos, aqueles cujos reservatórios de água estão secos e aqueles cuja terra tem sido submergida pela elevação dos mares (CLARO, 2018, P. 114).

Contudo, a terminologia tornou-se popular, quando o professor Essam El-Hinnawi (1985) publicou trabalho científico para o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), estabelecendo que:

> Em um sentido amplo, todas as pessoas deslocadas podem ser descritas como refugiados ambientais, dado que foram forçadas a sair de seu habitat original (ou saíram voluntariamente) para se protegerem de danos e/ou para buscar uma maior qualidade de vida. Entretanto, para a finalidade deste livro, refugiados ambientais são definidos como aquelas pessoas forçadas a deixar seu habitat natural, temporária ou permanentemente, por causa de uma marcante perturbação ambiental (natural e/ou desencadeada pela ação humana), que colocou em risco sua existência e/ou seriamente afetou sua qualidade de vida. Por "perturbação ambiental", nessa definição, entendemos quaisquer mudanças físicas, químicas, e/ou biológicas no ecossistema (ou na base de recursos), que o tornem, temporária ou permanentemente, impróprio para sustentar a vida humana. De acordo com esta definição, pessoas deslocadas por razões políticas ou por conflitos civis e migrantes em busca de melhores empregos (por motivos estritamente econômicos) não são consideradas refugiados ambientais. Existem três grandes categorias de refugiados ambientais. Primeiro, há aqueles que foram deslocados temporariamente por causa de um stress ambiental. [...] A segunda categoria de refugiados ambientais compreende aqueles que tiveram de ser permanentemente deslocados e restabelecidos em uma nova área. [...] A terceira categoria de refugiados ambientais é constituída de indivíduos ou grupos de pessoas que migram de seu habitat original, temporária ou permanentemente, para um novo dentro de suas fronteiras nacionais, ou no exterior, em busca de uma melhor qualidade de vida. (RAMOS *apud* EL-HINNAWI, 2011, p. 77)

No ano de 1985 o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) estabeleceu a seguinte definição para a terminologia, considerando que são refugiados ambientais quaisquer pessoas:

> [...] obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente viviam, devido ao visível declínio do ambiente, perturbando a sua existência e ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entrasse em perigo (ONU, 1985).

Posteriormente, Jodi Jacobson (1988) abordou a temática e de forma similar e entendeu que o termo refugiado ambiental se referia "a pessoa ou grupo de pessoas que, em virtude de mudanças e catástrofes ambientais – naturais ou provocadas pelo homem, permanentes ou temporárias – tiveram que, forçadamente, abandonar seu local de origem ou residência habitual para encontrar refúgio e abrigo em outra região do globo" (RAMOS, 2011, p. 222).

Por fim, embora existam algumas definições acerca do termo "refugiados ambientais", nota-se que uma das principais discussões no meio acadêmico sobre a terminologia é que além da sua complexidade, não existe uma definição oficial sobre. A pesquisados Carolina Claro aponta que:

> Cournil e Mayer lembram que "os debates sobre as migrações ambientais são frequentemente marcados por uma terminologia ambígua e contestada: não existe uma qualificação consensual sobre as pessoas deslocadas por mudanças ambientais". E Cardy afirma que as "categorias e definições podem ser desenvolvidas para a conveniência das agências por muitos motivos diferentes", sendo que "o migrante de uma pessoa (ou agência) pode ser o refugiado da outra (CLARO, 2018, P. 73)

2. Direito humano à migração: A mobilização da sociedade internacional nas questões migratórias

A proteção dos direitos humanos é sem sombra de dúvidas um desafio constante que deve ser enfrentado pela sociedade internacional e o instrumento mais importante para garantia destes direitos é Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH).

Quanto a este instrumento, a professora Flávia Piovesan destaca que:

> [...] A Declaração de 1948 vem a inovar ao induzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e

> indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2012, p. 43).

Quanto ao direito humano a migração, o mesmo encontra-se previsto nos artigos 13, 14 e 15, da Declaração Universal dos Direitos humanos. Vejamolos:

> Artigo 13º:
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
> 2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.
>
> Artigo 14º:
> 1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
>
> Artigo 15º:
> 1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.

Nesse sentido, torna-se importante destacar que em setembro de 2016, a Assembleia geral da ONU se reuniu e aprovou a Declaração de Nova York para Migrantes e Refugiados (Declaração de Nova York). Trata-se da primeira reunião entre os chefes de Estados para discutir as questões relacionadas à migração e refugiados, tornando, assim uma pauta de extrema importância na agenda internacional. Os 193 Estados-Membros reconheceram a necessidade de uma abordagem mais abrangente em relação à mobilidade humana e a necessidade de uma cooperação global para a questão (ONU, 2018).

O anexo II da Declaração de Nova York iniciou um processo de negociações e consultas entre os Estados-Membros com o objetivo de desenvolver um Pacto Global para as questões migratórias.

Ao adotar a Declaração de Nova York, os 193 Estados-Membros se comprometeram a:

> I. Proteger a segurança, a dignidade, os direitos humanos, as liberdades

fundamentais de todos os migrantes, independentemente de seu status migratório e em todos os momentos;
II. Apoiar os países que resgatam, recebem e hospedam um grande número de refugiados e migrantes;
III. Integrar os migrantes – atendendo às suas necessidades e capacidades, bem como aos das comunidades receptoras – nas estruturas e no planejamento das assistências humanitária e ao desenvolvimento;
IV. Combater a xenofobia, o racismo e a discriminação contra todos os migrantes;
V. Desenvolver, por meio de um processo liderado pelo Estado, princípios não vinculativos e diretrizes voluntárias sobre o tratamento de migrantes em situações vulneráveis; e
VI. Fortalecer a governança global da migração, incluindo a inclusão da OIM na família das Nações Unidas e o desenvolvimento de um Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular.

Sendo assim, em dezembro de 2018, líderes mundiais se reuniram em Marraquexe, no Marrocos, para a adoção formal do Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular (Pacto Global de Migração), que foi aprovado pelos Estados-membros em julho do mesmo ano. O foco da conferência foi a migração. O Pacto Global não é vinculativo e tem por fundamento valores como a soberania do Estado, o compartilhamento de responsabilidade e a não-discriminação de direitos humanos fundamentais e, ainda, baseia-se na Declaração de Nova Iorque para Refugiados e Migrantes (ONU, 2018).

O Pacto Global tem por objetivo abranger a melhor forma de gerenciamento da migração internacional, do enfrentamento dos desafios e fortalecimento dos direitos dos migrantes de forma a contribuir para o desenvolvimento sustentável. Seu texto está enraizado na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 2018).

A representante especial da ONU para Migração Internacional, Louise Arbour, destaca que a migração humana não é um fenômeno novo, as pessoas encontram-se em movimento ao longo da história, porém, atualmente, o mundo observa um aumento significativo de migrantes e que este número aumentará ainda mais devido às mudanças climáticas. Afirma, ainda, que o Pacto Global "terá um enorme impacto positivo na vida de milhões de pessoas – os próprios migrantes, as pessoas que deixam para trás e as comunidades que irão hospedá-los" (ONU, 2018).

Embora haja um esforço internacional na tratativa das migrações, assim como uma cooperação internacional para buscar diretrizes que respeitem direito

humanos nas questões migratórias, no cenário nacional, o governo Bolsonaro, em janeiro de 2019, retirou o Brasil do Pacto Global de Migrações sob a justificativa de que o país deveria buscar um marco regulatório adequado à nossa realidade (UNISINOS, 2019).

Por fim, no que concerne a questão dos "refugiados ambientais" é possível observar que dentro dos Pactos adotados pela sociedade internacional, não há ainda uma menção quanto a migração por motivos de mudanças climáticas, embora a representante especial da ONU para Migração Internacional, Louise Arbour, sinalize que haverá um aumento nas questões migratórias por deste fenômeno.

3. Os conflitos ambientais como consequências nas migrações forçadas: Deslocados ambientais e "refugiados ambientais"

Os conflitos ambientais, cumpre observar que estes envolvem diversos grupos, comunidades, interesses, decisões políticas e até mesmo implicações econômicas.

No âmbito nacional, é importante destacar o estudo realizado pela Fiocruz que tem por finalidade levantar dados relacionados a casos de conflitos em todos os territórios dos estados brasileiros. O estudo aponta que no território há uma média de 15 conflitos por estado (FIOCRUZ, 2010).

Para a realização do estudo, a Fiocruz considerou as denúncias existentes desde janeiro do ano de 2006 e para o fichamento dos casos considerou os seguintes itens:

I. o tipo de população atingida e o local do conflito, como: povos indígenas, operários/as, quilombolas, agricultores/as familiares, moradores/as em encostas, ribeirinhos/as, pescadores/as e outros/as tantos/as, urbanos ou rurais;

II. tipo de dano à saúde (contaminação por chumbo, desnutrição, violência física, dentre outros) e de agravo ambiental (desmatamento, queimada, contaminação do solo e das águas por agrotóxicos, por exemplo);

III. a síntese do conflito e o contexto ampliado do mesmo, apresentando os principais responsáveis pelo conflito, as entidades e populações envolvidas na luta por justiça ambiental, os apoios recebidos ou não (como participação de órgãos governamentais, do Ministério Público e de parceiros da sociedade civil), as soluções buscadas e/ou encontradas;

IV. os principais documentos e fontes de pesquisa usadas na pesquisa sobre

o caso.

Os conflitos ambientais geram o deslocamento forçado dos habitantes daquele lugar de origem e os inserem em uma situação de vulnerabilidade jurídica e social. Nesse sentido, é relevante realizar a distinção entre "refugiados ambientais" e "deslocados internos".

Quanto aos "refugiados ambientais", conforme já mencionado, não existe, todavia, uma definição jurídica. Logo, será considerado para efeito de distinção, a definição proposta por Essa El-Hinnawi para o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente:

> [...] refugiados ambientais são pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona tradicional onde vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entra em perigo.

No que concerne aos deslocados internos, estes possuem a sua definição consagrada nos Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos adotados pelas Nações Unidas em 1998. Vejamos:

> Para a aplicação destes Princípios, os deslocados internos são pessoas, ou grupos de pessoas, forçadas ou obrigadas a fugir ou abandonar as suas casas ou seus locais de residência habituais, particularmente em consequência de, ou com vista a evitar, os efeitos dos conflitos armados, situações de violência generalizada, violações dos direitos humanos ou calamidades humanas ou naturais, e que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente reconhecida de um Estado.

De acordo com o relatório da ACNUR Tendências Globais de 2018, o número de pessoas em situação de deslocamento forçado em todo o mundo alcançou a marca de 70,8 milhões. Dentre os 70,8 milhões de deslocados: 25,9 milhões são de refugiados; 3,5 milhões são de solicitantes de refúgio; e 41,3 milhões são de deslocados internos.

No cenário nacional, o Instituto Igarapé disponibiliza informações acerca do Observatório de Migrações Forçadas. De acordo com o observatório, desde o ano 2000, ao menos 7,7 milhões de brasileiros tiveram que deixar as suas casas em função de desastres naturais e projetos de desenvolvimento (INSTITUTO IGARAPÉ, 2019).

Outrossim, consoante a questão dos deslocados internos, recentemente foi publicado o relatório intitulado 2020 *Global Report on Internal Displacement* (GRID), divulgado e elaborado pelo *Internal Displacement Monitoring Centre* (IDCM) com dados relativos ao ano de 2019. De acordo com o relatório, "os conflitos e desastres desencadearam 33,4 milhões de novos casos de deslocamentos internos em 145 países e territórios".

O relatório aponta que dos 33,4 milhões de novos deslocados internos, 24,9 milhões destes foram ocasionados por desastres ambientais, sendo 23,9 milhões por eventos climáticos extremos. Ainda, deste 23,9 milhões, 13 milhões dos deslocamentos ocorreram por tempestades, 11,9 milhões ocorreram pela incidência de ciclones, furações e tufões; 10 milhões ocorreram pela incidência de inundações.

Outro dado importante trazido pelo relatório, no que concerne aos deslocados internos no âmbito nacional, é a informação de que 295 mil brasileiros se deslocaram por motivo de mais de 500 episódios de desastres ambientais. A maioria deste, foi desencadeado por inundações e por deslizamentos de terra. Sabe-se, ainda, que a comunidade indígena foi durante atingida pelos recentes incêndios ocorridos na Floresta Amazônica, embora não tenha sido possível enumerar.

Por fim, quanto aos deslocados internos, são raros os programas e as políticas voltados para atender às suas necessidades. No Brasil inexiste um órgão público dedicado ao monitoramento dessas migrações forcadas, tal como políticas públicas que forneçam compensações justas e proteção para estes.

Já quanto aos "refugiados ambientais" tampouco existem políticas internacionais voltadas para a proteção deste grupo, uma vez que estes não se enquadram nas possibilidades de concessão de refúgio, e, portanto, acabam por se submeterem aos procedimentos comuns de migração o que inevitavelmente amplia a vulnerabilidade deste grupo.

4. Refugiados ambientais no ordenamento jurídico internacional: Limitações e a necessidade de proteção

Conforme já abordado nos itens anteriores, os "refugiados ambientais" são uma identidade em construção, uma vez que não possuem enquadramento

técnico na definição jurídica do instituto do refúgio e, portanto, ainda não gozam de proteção jurídica no âmbito internacional.

A Convenção de 1951 e seu respectivo protocolo de 1967 estabeleceram critérios para a concessão do status de refugiado, são eles: (i) integração local; (ii) reassentamento; (iii) assistência material e jurídica; (iv) o princípio da não devolução – *non refoulement*; e (v) repatriação voluntária (RAMOS, 2011, p.104-105).

O professor André Ramos aponta que ao analisar os dois conceitos, quais sejam, o de refúgio propriamente dito e o de "refugiado ambiental", é possível verificar duas razões pelas quais o segundo não se encontra na mesma perspectiva ampliada. De acordo com o professor, a primeira razão recai sobre a ausência do elemento perseguição; a segunda razão é pelo fato do rol contido na Convenção de 1951 ser exaustivo, ou seja, trata-se de hipótese de *numerus clausulus*. Quanto ao nexo de causalidade, o professor esclarece que entre os motivos de perseguição e a perseguição em si, devem estar presentes para o reconhecimento do status de refugiado, logo, o mesmo deve ocorrer no caso dos "refugiados ambientais" (RAMOS, 2019, p.230).

Ainda, quanto ao termo perseguição, a pesquisadora Erika Ramos destaca que "a literatura especializada entende que esta decorrerá tão somente de eventos provocados pelo homem, ou seja, por um "agente perseguidor". Não estão contempladas, *in casu*, ocorrências ou situações espontâneas, como os desastres naturais (p. ex.: terremotos) (RAMOS, 2011, p. 105).

Quanto ao critério da necessidade de proteção internacional em Estado diverso de procedência, a pesquisadora Erika Ramos estabelece que "este aplica-se tão somente quando do deslocamento forçado daquele que solicita o status de refugiado no exterior" (RAMOS, 2011, p. 106).

No entanto, a pesquisadora reforça que:

> No caso das mudanças ambientais globais, apesar de não haver tal perseguição, tampouco as motivações previstas na convenção e nos instrumentos regionais, necessita-se tão ou mais da proteção internacional nesses casos, seja para garantir a sobrevivência e a segurança das populações afetadas, seja para auxiliar na reconstrução do próprio Estado, quando sua estrutura e funcionamento também são atingidos por tais eventos (RAMOS, 2011, p. 106).

Para tanto, a pesquisadora apresenta dois casos concretos que comprovam tal afirmação. Vejamos:

> Os terremotos ocorridos no Haiti em 2010 e no Japão em 2011. Países esses em posições geográficas e econômicas distintas, ambientalmente vulneráveis, que enfrentam sérias dificuldades para conter o aumento da instabilidade interna (Haiti) ou manter um grau mínimo de estabilidade (Japão), garantir a sobrevivência e a segurança da população afetada e com remota expectativa de retorno à normalidade no curto prazo. No caso do Japão, por exemplo, o governo anunciou o prazo de três anos. A situação do Haiti demandará muito mais tempo, ainda que não houvesse tal catástrofe (RAMOS, 2011, p. 106).

Embora observe-se tendências restritivas na Convenção de 1951 e seu respectivo protocolo de 1967, torna-se importante destacar no âmbito regional a Convenção da Organização de Unidade Africana de 1969 e a Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Ambos documentos acabam por ampliar o rol de motivações para a concessão do status de refugiado (RAMOS, 2011, p. 107).

Nesse sentido, importa-se destacar os seguintes trechos de ambos documentos:

> *Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África (1969).*
> Artigo I Definição do termo Refugiado [...]
> 2 – O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade.
>
> *Declaração de Cartagena sobre Refugiados (1984)*
> **Terceira** – Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se torna necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1, parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.
>
> [...]

> *Quinta* – Reiterar a importância e a significação do princípio de *non refoulement* (incluindo a proibição da rejeição nas fronteiras), como pedra angular da proteção internacional dos refugiados. Este princípio imperativo respeitante aos refugiados, deve reconhecer-se e respeitar-se no estado atual do direito internacional, como um princípio de *jus cogens*.
>
> [...]
>
> *Nona* – Expressar a sua preocupação pela situação das pessoas deslocadas dentro do seu próprio país. A este respeito, o Colóquio chama a atenção das autoridades nacionais e dos organismos internacionais competentes para que ofereçam proteção e assistência a estas pessoas e contribuam para aliviar a angustiosa situação em que muitas delas se encontram.

Outro caso pioneiro que merece destaque quanto a ampliação do status de refugiado, e, ainda, ao conceito de "refugiado ambiental" é a proposta que Governo das Maldivas lançou a comunidade internacional em 2006. Trata-se de proposta para adoção de um novo Protocolo à Convenção de 1951 que possui como escopo a prevenção e a redução de perdas decorrentes de catástrofes ambientais. De acordo com a proposta, a introdução de causas ambientais abrangentes para a concessão do status, garante uma proteção mesmo em situações de desastres ambientais em que não haja a interferência humana. A proposta também traz uma proteção aos deslocados internos, pois visa a garantia da ajuda internacional para aqueles que necessitem (RAMOS, 2011, p. 113-116).

Destaca-se, ainda, dentro deste contexto, a elaboração da proposta do Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais que teve início em 2008. O Colóquio Internacional sobre Refugiados Ambientais foi realizado no ano de 2005, na cidade de Limoges, França e resultou no então denominado "O apelo de Limoges". Foi então a partir deste documento que se conclamou de forma expressa à tomada de consciência da sociedade internacional sobre a situação dos "refugiados ambientais". Buscou-se, neste documento, o reconhecimento e a proclamação de um estatuto internacional que abarcasse essa categoria. (RAMOS, 2011, p. 127-128).

Nesse sentido, discorrem Ricardo Viera e Fernanda Cavedon sobre o objetivo do Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais:

> contribuir para garantir direitos aos deslocados ambientais e organizar seu acolhimento e seu eventual retorno aos seus lugares de origem. (...) Reconhece como direitos comuns a todos os deslocados ambientais: 1) direito à informação e à participação; 2) direito à assistência e socorro; 3) direito

> à água e à ajuda alimentar; 4) direito à habitação; 5) direito ao cuidado médico; 6) proteção dos direitos da pessoa; 7) direito ao respeito da unidade familiar; 8) direito à educação e à formação; 9) direito à subsistência pelo trabalho (VIERA; CAVEDON, 2013, p. 94).

O Projeto prevê, ainda, "uma estrutura administrativa e organizada para a implementação da Convenção, especialmente pela criação de uma Agência Mundial para os Deslocados Ambientais" (VIEIRA; CAVEDON, 2013, p. 94).

Por fim, observa-se que os exemplos acima refletem um movimento no direito internacional quanto a extensão do status de refugiados para os "refugiados ambientais". Porém, até o momento, a sociedade internacional ainda não concedeu tal proteção jurídica a esse grupo de refugiados. Ainda, não se pode olvidar que tal premissa de proteção está ligada a primazia do valor da dignidade humana, uma vez que os direitos humanos são universalmente reconhecidos.

5. Refugiados ambientais no âmbito das organizações das nações unidas: desafios atuais e emergência climática

Num primeiro momento, será apresentado nesse item como se desenvolve o discurso da Organizações das Nações Unidas (ONU) sobre o tema "refugiados ambientais". A pesquisadora Karen Elizabeth McNamara investiga tais posicionamentos, e, sendo assim, a partir de dados empíricos, a autora identificou os seguintes discursos (RAMOS, 2011, p. 117-118):

> 1. O discurso dominante de absoluta negação da expressão "refugiado ambiental" em razão da ausência de previsão normativa200, da restrição do mandato do ACNUR201 em relação a esse tipo de refugiado e da construção da ideia de que pessoas deslocadas não são verdadeiros refugiados;
> 2. A inexistência de uma definição clara em razão da multiplicidade de fatores que interferem no processo de deslocamento;
> 3. O enquadramento dos "refugiados ambientais" como migrantes econômicos, mas que a maioria dos países não aceita porque não contribuem para a vida econômica do país, conceito que deve ser repensado antes que a questão dos "refugiados ambientais" se torne um problema sério;
> 4. O reposicionamento da questão dos "refugiados ambientais" pelo ACNUR a partir da definição do ato de migrar (como ato voluntário) como forma de liberação dos problemas ambientais;
> 5. A mudança de foco do PNUMA, primeira agência a manifestar preocupação com o sofrimento e o número crescente de "refugiados ambientais", para uma atuação voltada à integração das dimensões ambientais e preventivas visando conter os impactos causados por fluxos de refugiados

> e deslocados internos no meio ambiente;
> 6. No caso da UNFPA, também predomina o discurso da restrição do mandato, que não alcançaria especificamente esse tipo de movimento de população.

Observa-se, a partir dos discursos acima apresentados, que a dificuldade em se avançar sobre a temática dos "refugiados ambientais" é meramente política e não jurídica.

Sabe-se que muito em breve a questão climática irá gerar inúmeros casos de "refugiados ambientais" e a própria ONU já reconhece tal questão. Recentemente, em junho de 2019, o Conselho de Direitos Humanos da ONU alertou sobre o iminente risco de um "apartheid climático" que pode empurrar mais de 120 milhões de pessoas para a pobreza até 2030 (CDH-ONU, 2019).

O relatório especial das Organizações das Nações Unidas sobre pobreza extrema e direitos humanos que as mudanças climáticas ameaçam todo os esforços da organização destinados ao desenvolvimento, saúde global e redução da pobreza. De acordo com relator, o especialista Philip Alston, dezenas de milhões de pessoas ficarão mais pobres e isso levará ao "deslocamento generalizado da fome" (CDH-ONU, 2019).

O relator destaca ainda que: "Uma dependência excessiva do setor privado pode levar a um cenário de apartheid climático em que os ricos pagam para escapar do superaquecimento, da fome e do conflito, enquanto o resto do mundo sofre" (CDH-ONU, 2019, p.14).

O relatório destaca, ainda, que:

> As mudanças climáticas terão consequências devastadoras para as pessoas em situação de pobreza. Mesmo no melhor cenário, centenas de milhões enfrentarão insegurança alimentar, migração forçada, doenças e morte.
>
> As mudanças climáticas ameaçam o futuro dos direitos humanos e arriscam desfazer os últimos cinquenta anos de progresso no desenvolvimento, saúde global e redução da pobreza. Manter o rumo será desastroso para a economia global e levará um grande número à pobreza.
>
> A abordagem das mudanças climáticas exigirá uma mudança fundamental na economia global, dissociando as melhorias no bem-estar econômico das emissões de combustíveis fósseis. É imperativo que isso seja feito de maneira a fornecer o suporte necessário, proteger os trabalhadores e criar trabalho decente.

> Os governos, e muitos na comunidade de direitos humanos, falham em lidar seriamente com as mudanças climáticas há décadas. Discursos sombrios de funcionários do governo não levaram a ações significativas e muitos países continuam dando passos míopes na direção errada.
>
> Os Estados estão dando apenas uma atenção marginal aos direitos humanos nas conversas sobre as mudanças climáticas. Embora a mudança climática esteja na agenda de direitos humanos há mais de uma década, ela continua sendo uma preocupação marginal para a maioria dos atores. No entanto, representa uma emergência sem precedentes e requer um pensamento ousado e criativo da comunidade de direitos humanos e uma abordagem radicalmente mais robusta, detalhada e coordenada. (CDH-ONU, 2019, p. 1).

O relatório faz uma crítica as políticas ambientais no Brasil do atual governo Bolsonaro: "No Brasil, o presidente Bolsonaro prometeu abrir a floresta amazônica para mineração, acabar com a demarcação de terras indígenas e enfraquecer agências e proteções ambientais" (CDH-ONU, 2019, p. 10).

Já em setembro de 2019, a ONU Meio Ambiente (OMM) divulgou uma retrospectiva de dez anos do seu Relatório de Emissões onde realizou a comparação de emissão de gases de efeito estufa. O relatório constatou que apesar de todo o esforço em prol da redução da emissão de gases, houve um crescimento em média de 1,6% entre os anos de 2008 e 2017 na emissão. Aponta, ainda, que o mundo caminha para um aumento de temperatura de 3,5ºC neste século (ONU-OMM, 2019).

Outro fato importante quanto as questões envolvendo mudanças climáticas, foi a decretação pelo Parlamento Europeu da "emergência climática" em novembro de 2019. Tal posicionamento do bloco reflete numa posição de liderança na luta internacional contra as mudanças climáticas.

Além disso, em novembro de 2019, mais de 11 mil cientistas, de 153 países, decretaram "emergência climática" em um estudo publicado pela revista *Bioscience* (*OXFORD*, 2019).

Percebe-se, portanto, que apesar dos inúmeros alertas acerca das drásticas mudanças climáticas que estão ocorrendo no mundo, apesar das Organizações das Nações Unidas já falar em apartheid climático, ainda assim não se verifica qualquer movimento no sentido de modificação, extensão, do status do refugiado para abarcar os "refugiados ambientais".

Por fim, é urgente, portanto, que haja novos arranjos institucionais que abarquem as novas dinâmicas internacionais em resposta aos desafios já vividos em decorrência da crise climática atual e dos fenômenos climáticos extremos.

CONCLUSÃO

As mudanças climáticas extremas são uma realidade cada vez mais presente no nosso cotidiano e tem impactado de forma significativa na vida humana. Prova disto são as milhões de pessoas que se encontram em situação de deslocamento ambiental, por questões climáticas, e que por muitas vezes buscam refúgio em outras cidades ou países.

Verificou-se, no entanto, que os "refugiados ambientais", não ensejam proteção internacional no âmbito do atual instituto do refúgio, o que, consequentemente, traz dificuldade na proteção dos direitos e garantias fundamentais deste grupo vulnerável. Grupo este que é forçado a se deslocar para que possa alcançar e garantir alguma forma de subsistência e dignidade.

Ainda dentro desse contexto, constatou-se que embora haja uma movimentação na sociedade internacional no sentido de reconhecimento deste grupo, todavia até o momento não há qualquer definição jurídica. Tal situação aumenta ainda mais a vulnerabilidade deste grupo e abre brecha para que seus direitos humanos não sejam garantidos.

Nestes termos, considerando a análise dos argumentos suscitados nos capítulos do presente artigo, pode-se inferir que os deslocamentos humanos não são uma novidade na história, mas as causas relativas aos impactos ambientais assumem maior importância no cenário atual, em razão da velocidade das transformações perpetradas pelo homem moderno. Verificou-se, ainda, que estas transformações dão causa a inúmeros conflitos, em especial, aqueles de natureza ambiental.

Neste contexto, percebeu-se, ainda, que no período de 2018 a 2019, de acordo com os dados trazidos pelo relatório *IDMC's Global Report on Internal Displacement* ocorreu um aumento de 7.7 milhões de pessoas em situação de deslocamento por motivo de crises ambientais. Número este que só corrobora a importância e a urgência de uma definição jurídica pela sociedade internacional.

Não à toa, em junho de 2019, a Organização das Nações Unidas, por meio do seu Conselho de Direitos Humanos, alertou sobre um iminente risco de uma "apartheid climático" que pode empurrar mais de 120 milhões de pessoas para a pobreza até 2030, ou seja, em 10 anos.

Ainda, nesta mesma linha, verificou-se que em novembro de 2019, preocupados com a situação em que se encontra o meio ambiente na atualidade, 11 mil cientistas, de 153 países, assinaram um estudo no qual decretaram que estamos vivendo uma "emergência climática".

Por fim, conclui-se que a lacuna jurídica quanto ao reconhecimento e proteção dos "refugiados ambientais" indica uma grave violação de direitos humanos, uma vez que violam diretos e garantias fundamentais deste grupo de extrema vulnerabilidade. É urgente, portanto, que haja novos arranjos institucionais no sentido de buscar uma resposta a estes desafios decorrentes da crise climática atual e futura e do reconhecimento do status de refugiados para este grupo de extrema vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Relatório tendências globais*. 2018. Disponível em: < https://www.unhcr.org/5d08d7ee7.pdf#_ga=2.240985674.830798844.1585373102-308171629.1583004272&_gac=1.184555739.1585419551.Cj0KCQjw6_vzBRCIARIsAOs54z5ur-snHZiGF9i5746Mdx8jJJlSut_Ndt4PyTu8HIppbU0Io0p6pB0EaAlE9EALw_wcB >. Acesso em: 25 nov. 2020, 21:54.

BRASIL. *Decreto 50.215 de 28 de janeiro de 1961*: Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm >. Acesso em: 28. mar. 2020.

_____. *Decreto 70.946 de 07 de agosto de 1972*: Promulga o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D70946.htm >. Acesso em: 28. mar. 2020.

_____. *Lei 9.474 de 22 de julho de 1997*: Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. 22 de julho de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm >. Acesso em: 28. mar. 2020.

BROWN, Lester. *Plan B*: rescuing a planet under stress and a civilization in trouble. London: Norton & Company, 2003.

CLARO, Carolina A. B. *"Refugiados Ambientais"*. JUBILUT, Liliana Lyra ... [et al.] organizadoras; ALLGAYER, Amanda ... [et al.]. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees Nairobi*: UNEP, 1985.

FIOCRUZ. Mapa de conflitos ambientais. 2010. Disponível em: < http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/ >. Acesso em: 25 nov. 2020, 22:00.

HATHAWAY, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths Canada Ltd, 1991.

HERCULANO, S. O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental. São Paulo: InterfacEHS, 2006.

HOLZHACKER, Vivian. "Refugiados Ambientais". JUBILUT, Liliana Lyra ... [et al.] organizadoras; ALLGAYER, Amanda ... [et al.]. Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. *Migração*: *a última busca do direito humano à vida*. Entrevista especial com Joseane Shuck Pinto. 2019. Disponível em: < http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/586878-migracao-a-ultima-busca-do-direito-humano-a-vida-entrevista-especial-com-joseane-schuck-pinto >. Acesso em: 25 nov. 2020, 22:23.

INSTITUTO IGARAPÉ. *Relatório anual 2019*. Disponível em: < https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2020/05/2021-05-04-Relatorio-Anual-2019-PT.pdf >. Acesso em 25 nov. 2020, 21:52.

INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. *Report 2019*. Disponível em: < https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2019/ >. Acesso em: 25 nov. 2020, 21:44.

_____. *Report 2020*. Disponível em: < https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2020/ >. Acesso em: 25 nov. 2020, 21:44.

JACOBSON, Jodi. *Environmental Refugees*: a Yardstick of Habitability. World Watch Paper nº. 86, Washington, D.C.: World Watch Institute, 1988.

ONU. *Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951*. Disponível em: < https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf >. Acesso em: 25 nov. 2020, 21:33.

_____. *Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: < https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf >. Acesso em: 25 nov. 2020, 21:36.

_____. *Convenção da Organização de Unidade Africana de 1969*. Disponível em: < https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/convencao_de_kampala.pdf >. Acesso em: 25 nov. 2020, 21:39.

_____. Declaração de Cartagena de 1984. Disponível em: < https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf >. Acesso em: 25 nov. 2020, 21:41.

_____. *Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos*. 1998. Disponível em: < https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos_da_ONU/Principios_orientadores_relativos_aos_deslocados_internos_1998.pdf. > Acesso em: 25 nov. 2020, 21:58.

_____. *Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente*. 1985. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/agencia/pnuma/ >. Acesso em: 25 nov. 2020, 21:58.

_____. *Global compact for migration*. 2018. Disponível em: < https://refugeesmigrants.un.org/migration-compact >. Acesso em: 25 nov. 2020, 22:21.

_____. *Mais de 160 países adotam Pacto Global para a Migração*. 2018. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/mais-de-160-paises-adotam-pacto-global-para-a-migracao/ >. Acesso em: 25 nov. 2020, 22:21.

_____. ONU Meio Ambiente. *Emisson Gap Report 2019*. Disponível em: < https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/30797/EGR2019.pdf?sequence=1&isAllowis=y >. Acesso em: 25 nov. 2020, 21:25.

_____. CDH. *Climate change and poverty*: Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights. 2019. Disponível em: < https://news.un.org/pt/story/2019/06/1678121 >. Acesso em: 25 nov. 2020, 21:27.

OXFORD. BioScience: *World Scientists' Warning of a Climate Emergency*. Disponível em: < https://academic.oup.com/bioscience/article/70/1/8/5610806 >. Acesso em: 25 nov. 2020, 21:17.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis. *60 anos de ACNUR*: Perspectivas de futuro. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

_____. André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais*: Em busca de reconhecimento pelo direito internacional. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=>. Acesso em: 25 nov. 2020, 21:29.

VIERA, Ricardo Stanziola; CAVEDON, Fernanda de Salles. *Conexões entre desastres ecológicos, vulnerabilidade ambiental, direitos humanos e deslocados ambientais*: novas perspectivas. In: BRAVO, Álvaro Sanches, MISAILIDIS, Mirta Lerena (Orgs.). Os direitos fundamentais dos refugiados (deslocados) ambientais e da exclusão socioeconômica. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Durcelania da Silva Soares
Mestre em Direitos Difusos e Coletivos
Centro Universitário Salesiano de São Paulo
durcelania@hotmail.com

Fábia de Oliveira Rodrigues Maruco
Mestre em Direitos Difusos e Coletivos
Centro Universitário Salesiano de São Paulo
maruco.fabia@gmail.com

Resumo: O direito de acesso à saúde é um dos fundamentos constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e elevado a status constitucional no Brasil em 1988, no artigo 196. Após a decretação da pandemia do Coronavírus em 11 de março de 2020, devido ao Covid-19, houve intenso apelo para que a população permanecesse em isolamento social para evitar o caos no Sistema Único de Saúde, sob o argumento de que não haveria leitos suficientes para atender a enorme demanda de vítimas da doença. Nesta esteira, segue o Poder Judiciário, com o seu poder normativo implícito, para decidir sobre questões de ordem pública para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, principalmente nas questões que envolvam o direito à saúde, com a solução pacífica das controvérsias, de acordo com a Constituição Federal. É uma realidade que não tem mais volta, pois as demandas judiciais, como sempre, transbordam o sistema já colapsado e represado, sintoma de um modelo democrático deficiente atualmente. A implementação de política pública de saúde através de decisões proferidas pelo Poder Judiciário representa falha grave na atuação do Poder Executivo. Nesse contexto, segundo decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, foi imposto aos juízes para que tenham atenção para as consequências das suas decisões, recomendando-se prudência redobrada em cenários aos quais os impactos da intervenção judicial são complexos, incalculáveis e imprevisíveis. Antes de decidirem, devem os juízes ouvir os técnicos, porque uma postura judicial diversa gera decisões processuais que desorganizam o sistema de saúde, gerando decisões trágicas e caridade injusta. O estudo, feito pelo método dedutivo a partir do levantamento bibliográfico traz as consequências da intervenção judicial nas questões de ordem pública ante a omissão do poder estatal

na implementação de políticas públicas na área de saúde, sobretudo em tempos de pandemia.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Judicialização; Políticas Públicas; Sistema Único de Saúde; Pandemia

INTRODUÇÃO

A judicialização do direito à saúde constitui uma forma de reivindicação de acesso por meio de decisão judicial. Pode parecer estranho, a princípio, buscar a tutela jurisprudencial para algo que é direito fundamental do cidadão e contido expressamente no artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

A saúde constitui uma preocupação global. No Brasil a situação se agrava por conta de um sistema colapsado, diante da falta de estrutura, financiamento por parte do Poder Público ao Sistema Único de Saúde, maior plano de saúde pública do mundo.

A situação piorou com a decretação da pandemia de Covid-19, ante a inércia estatal, muitas foram as decisões judiciais que garantiram o direito de acesso à saúde, observando-se os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial com o fito de barrar decisões injustas.

Através do levantamento bibliográfico serão demonstradas as consequências das decisões judiciais de garantia de acesso à saúde.

1 O Direito Fundamental de Acesso à Saúde

A saúde é uma condição essencial à dignidade da pessoa humana, um direito de segunda geração, cabendo ao Estado por meio de políticas públicas e de seus órgãos, assegurá-la como direito de todos os cidadãos. O direito à saúde se consubstancia em um direito público subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia (HUMENHUK, 2004).

Até as primeiras décadas do século XX, a assistência médica no Brasil era restrita devido à escassez de profissionais na área. A população tinha acesso quase exclusivamente à técnicas terapêuticas realizadas pelos "práticos" locais (IGNACIO, 2020, p.1).

O atendimento à saúde por profissionais da medicina era restritos às elites, fornecidos em sua grande parte pelo setor privado, que nessa época, ainda não possuíam grandes estruturas, eram somente pequenas clínicas, hospitais e consultórios, isolados entre si. As prestações de saúde oferecidas pelo Estado, reconhecidas na época como sistema de saúde suplementar, surgiram juntamente a consolidação das medicinas de grupo e das cooperativas médicas por meio da manutenção de práticas filantrópicas para aqueles em vulnerabilidade social e que não possuíam assistência.

O Movimento de Reforma Sanitária, que nasceu no início da década de 1970, impulsionou diversas reflexões em relação às mudanças e transformações necessárias na área da saúde. No Brasil a questão da saúde recebeu diversos conceitos ao longo da história – tanto do ponto de vista político e social quanto no jurídico – até ser fixado na Constituição de 1988 como um direito de todos e dever do Estado.

As ações e os serviços de saúde no Brasil, são considerados de relevância pública e devem estar sujeitos aos mecanismos de controle social de uma democracia, para evitar eventuais abusos a esse direito (art.197, da CF/88):

Ao reconhecer as ações e os serviços de saúde como de relevância pública, a Constituição Federal deixa claro que o bem jurídico saúde prepondera no sistema jurídico brasileiro. (BRASIL, 1988).

O direito fundamental à saúde tem previsão na Constituição no artigo 196 que assim dispõe: "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". A Constituição reservou a sociedade, o indivíduo e ao Estado o dever de cuidado com a saúde pública (ANDRADE, 2015, p.1).

A Constituição deve ser interpretada sob um aspecto prático que garanta uma resposta efetiva ao anseio da sociedade. A hermenêutica constitucional procura "atingir um sentido que tornam efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não os contrarie ou reduza à inocuidade". (MAXIMILIANO, 2010, p. 250)

Desse modo, os direitos humanos no conceito de uma nova democracia participativa teriam, portanto, como conteúdo fundamental a ideia de uma

democracia política participativa onde o indivíduo tenha voz, fala e comunicação (MAGALHÃES, 2005, p.4).

Pela primeira vez uma Constituição trata expressamente dos objetivos do Estado brasileiro, definindo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, valorizando o direito à vida como direito fundamental do cidadão. Tutelando, no art. 3º; os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, "de promover o bem de todos, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento, permeando os fundamentos do Estado Democrático de Direito, que são: a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana", conforme o art. 1º da CF/88. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a Carta de 1988 é considerada o marco inicial da abordagem dos direitos humanos, sendo este um elemento básico da construção e consolidação de um Estado democrático de direito no Brasil (SARLET, 1998, p.61).

A saúde não é apenas um direito de segunda geração, mas de todas as gerações, pois saúde é vida e vida está relacionada à simbiótica do ser humano e aos direitos sociais. A saúde está presente em muitos documentos universais e, em boa parte do mundo, vem enfrentando dificuldade na sua efetividade. Isso porque existe um paradigma entre a saúde e o retorno financeiro de um Estado. A precariedade da saúde pública é um problema universal, até mesmo em países desenvolvidos (ANDRADE, 2015, p.1).

Criado pela Constituição Federal de 1988, o Sistema Único de Saúde (SUS) é reconhecido internacionalmente, mas enfrenta uma série de obstáculos que precisam ser vencidos nos próximos anos para que continue existindo, dentre eles um melhor gerenciamento dos recursos, aumento de pessoal e de capacidade de atendimento da população.

O SUS está entre os maiores sistemas do mundo com o melhor orçamento da Esplanada dos Ministérios; em 2017, foram destinados R$ 130,2 bilhões para o setor. Para enfrentar os desafios que virão é preciso entender a complexa gama de elementos que compõem a sociedade brasileira e sua realidade, entendendo de que forma é possível resolver problemas como falta de saneamento básico e educação precária, que influenciam diretamente nos gastos públicos com a saúde (ESTADÃO, 2019, p.1).

O acesso à saúde pode ser considerado um dos determinantes fundamentais da qualidade de vida e do desenvolvimento socioeconômico. É uma das dimensões sugeridas pelo Banco Mundial para a mensuração da pobreza

multidimensional. O acesso à saúde influencia, entre outros aspectos da vida social, a dinâmica demográfica, com impactos sobre a mortalidade e a expectativa de vida. É um elemento essencial do sistema de saúde ligado à organização dos serviços, ou seja, tudo aquilo referente à entrada no serviço de saúde e todo o tratamento que se sucede. Nesse sentido, pesquisas e políticas de saúde nas áreas rurais orientam-se na compreensão e redução dos efeitos das desigualdades nas condições de saúde, garantindo, por exemplo, o acesso universal e integral ao sistema (ARRUDA; MARIA; ALVES, 2018, p.1).

Residir em localidades mais vulneráveis gera uma série de custos ao indivíduo, sejam aqueles relacionados à infraestrutura, como maior distância e dificuldade para acesso aos serviços públicos, sejam aqueles associados às características sociais intrínsecas, como menor coesão social, maior nível de criminalidade e estresse. Essas características, que, por si só, afetam o nível de bem-estar individual e da população, são potencializadas devido ao seu efeito sobre o estado de saúde.

Eugênio Vilaça Mendes é um incansável estudioso de sistemas de saúde de todo o mundo. Autor de livros que tratam da necessidade de promover mudanças tanto no modelo de atenção à saúde, quanto nos modelos de gestão e de financiamento do sistema, Vilaça é responsável pela consultoria e acompanhamento em diversos estados e municípios que resolveram arregaçar as mangas e deixar para trás as amarras históricas e conceituais que os impediam de lidar com os problemas e de enxergar soluções para o sistema público de saúde brasileiro (FIOCRUZ, 2016, p.1).

> O SUS apresenta três grandes problemas estruturantes: no plano da organização macroeconômica, a segmentação que conduz ao dilema entre a universalização e a segmentação; no plano da organização microeconômica, a fragmentação do sistema e seu modelo de gestão; e no plano econômico, o seu subfinanciamento (FIOCRUZ apud MENDES, 2016, p.1).

Oitenta e nove por cento dos brasileiros classificam a saúde – pública ou privada – como péssima, ruim ou regular. A avaliação é compartilhada por 94% dos que possuem plano de saúde e por 87% dos que dependem do Sistema Único de Saúde. Os dados mostram que, entre os itens com maior dificuldade de acesso na rede pública estão: consultas com médicos especialistas (74%); cirurgias (68%); internação em leitos de UTI (64%); exames de imagem (63%); atendimento com profissionais não médicos, como psicólogos, nutricionistas e

fisioterapeutas (59%); e procedimentos específicos como diálises, quimioterapia e radioterapia (58%) (LABOISSIÈRE, 2018, p.1).

Ante a ineficácia da execução de políticas públicas na área de sáude pelo Poder Executivo, o Poder Judiciário, uma vez acionado, vê-se obrigado a intervir proferindo decisões que visam garantir o direito da população em geral ao acesso à saúde. Esse direito de acesso refere-se: a obtenção de medicamentos custeados pelo Sistema Único de Saúde (um dos maiores planos médicos públicos do mundo), vagas em leitos de internações, atendimentos de doenças, etc.

O Estado preocupa-se exclusivamente em combater as doenças e deixa de lado o investimento nos meios de prevenção.

Para que a saúde seja de fato eficaz, faz-se necessário que haja a disponibilidade dos serviços, acessibilidade universal, entre outros, como, por exemplo, qualidade no atendimento, não basta prestá-lo, tem que haver profissionais qualificados e supervisão dos serviços (CAMARGO, 2014, p.1).

2 A pandemia de Covid-19 no Brasil

O novo coronavírus (covid-19) surgiu em Wuhan, China, no final de 2019, tendo se espalhado rapidamente para todas as províncias chinesas e hoje alcança mais de 180 países e territórios.

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) classificou como pandemia a enfermidade que já contaminou grande parte do mundo e continua a se alastrar. Esforços para conter o vírus estão em andamento, em especial o chamado distanciamento social, que tem forçado parcela da sociedade a se manter em casa. As incertezas em relação ao novo coronavírus causam dúvidas na população e aumenta a vulnerabilidade dos integrantes do grupo de risco e das populações já vulneradas por razões sociais, como moradores de comunidades carentes, moradores de rua, pessoas idosas em asilos e presos. (MARUCO, 2020, p.1).

O insuficiente conhecimento científico sobre o novo coronavírus, sua alta velocidade de disseminação e capacidade de provocar mortes em populações vulneráveis, geram incertezas sobre quais seriam as melhores estratégias a serem utilizadas para o enfrentamento da epidemia em diferentes partes do mundo. No Brasil, os desafios são ainda maiores, pois pouco se sabe sobre as características

de transmissão da COVID-19 num contexto de grande desigualdade social, com populações vivendo em condições precárias de habitação e saneamento, sem acesso sistemático à água e em situação de aglomeração (WERNECK; CARVALHO, 2020, p.1).

No Brasil, a questão de qual seria a estratégia mais adequada para o contexto atual da epidemia, se o "isolamento vertical" ou o "isolamento horizontal", tem dominado o debate em diferentes setores da sociedade civil, mas também entre pesquisadores e profissionais direta ou indiretamente envolvidos com o enfrentamento da epidemia. Esse debate tem analogia com o dilema da escolha de intervenções baseadas em "estratégias de alto risco" ou "estratégias populacionais" (WERNECK; CARVALHO apud ROSE, 2020, p.1).

A epidemia de COVID-19 encontra a população brasileira em situação de extrema vulnerabilidade, com altas taxas de desemprego e cortes profundos nas políticas sociais. Ao longo dos últimos anos, especialmente após a aprovação da Emenda Constitucional nº 95, que impõe radical teto de gastos públicos e com as políticas econômicas implantadas pelo atual governo, há um crescente e intenso estrangulamento dos investimentos em saúde e pesquisa no Brasil. É justamente nesses momentos de crise que a sociedade percebe a importância para um país de um sistema de ciência e tecnologia forte e de um sistema único de saúde que garanta o direito universal à saúde (WERNECK; CARVALHO, 2020, p.1).

O surto da Covid-19 possui duração incerta. Reduzir a exposição ao vírus é necessário para controlar/retardar a propagação da doença e os impactos negativos, como o aumento da mortalidade e degradação do quadro econômico e social. O envolvimento de toda sociedade para a adoção consciente das medidas de precaução frente a Covid-19 exige uma mudança de comportamento individual e coletivo nesse momento, de forma imediata e rigorosa. Nesse cenário da pandemia, é possível aprender que seu curso e impactos no Brasil depende do esforço colaborativo de todos, poder público, famílias e cidadãos. A realidade mundial ainda aponta uma situação de grande atenção e pode apoiar escolhas do caminho a ser seguido para o enfrentamento desse momento crítico, a fim de se permitir uma interferência na evolução rápida da Covid-19 (OLIVEIRA; LUCAS; IQUIAPAZA, 2020, p.1).

Vivencia-se a expectativa do surgimento de uma vacina eficiente para que toda a população seja imunizada. Países como a Rússia, Inglaterra, iniciaram

a vacinação em massa de sua população, o que, em breve, se estenderá para outros países.

No Brasil, a politização da vacina e a dependência de aprovação pelos órgãos sanitários constituem verdadeiras barreiras para a imunização da população.

3 A judicialização do acesso à saúde como direito fundamental

A sociedade brasileira tem vivenciado os mais acalorados debates sobre a atuação do Poder Judiciário no processo chamado de judicialização da tutela da saúde. Questões envolvendo a medicalização, internações e implementação de projetos na área da saúde pelo Poder Executivo, embora apresentem um quid de políticas, foram lançadas, em alguma medida, à apreciação do Poder Judiciário. O magistrado se depara com questões que exigem não só conhecimentos técnicos da seara jurídica como também a ponderação de interesses, análise de direitos fundamentais e do orçamento público e, em última análise, a própria justiça da decisão, mormente em se considerado o aspecto macro do decisum e seus efeitos sobre aqueles que não ingressaram no Judiciário, mas que aguardam na fila para atendimento (BASTOS; FERREIRA, 2019, p. 48).

A judicialização da saúde é uma questão recente no Brasil e cada vez mais comum.

Por judicialização da saúde, deve-se entender uma questão ampla e diversa de reclame de bens e direitos nas cortes: são insumos, instalações, medicamentos, assistência em saúde, entre outras demandas a serem protegidas pelo princípio do direito à saúde. A origem da questão é ainda incerta, não apenas pela ausência de estudos empíricos sistemáticos e comparativos no país, mas principalmente pela amplitude da judicialização e seus diferentes níveis de expressão nas cortes. Em consequência, existem argumentos distintos para analisar as implicações da judicialização do direito à saúde no país: de um lado, se anuncia a possibilidade de efetivação do direito, mas, por outro, há o risco de a judicialização ser uma interferência indevida do Judiciário nas políticas públicas caso a decisão judicial não adote critérios objetivos e uniformes ou não seja munida de informações suficientes para uma correta avaliação quanto à viabilidade e adequação técnica e orçamentária do bem demandado (BARROSO, 2008, p.35).

A vasta maioria dos países com sistema universal de saúde não garante o direito à saúde, mas o direito aos serviços de saúde (HAM. ROBERT, 2003, p.1).

O Brasil experimenta um quadro original no cenário internacional da última década de judicialização da política de saúde em países com sistemas universais públicos - aqui, o bem protegido é o direito à saúde. Há um caráter pouco evidente do conceito de saúde para a resolução deste conflito. Parte importante da judicialização do direito à saúde não visa garantir o direito à vida, mas sustenta-se em outro princípio ainda mais abstrato, que é o da dignidade da pessoa humana. A saúde não seria um fim em si mesmo, mas um meio para a garantia da dignidade (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p.1).

É exatamente nesse contexto argumentativo e de encontro tenso entre a implementação da política e a busca crescente do Poder Judiciário para acesso à assistência em saúde.

A implementação de política pública de saúde através de decisões proferidas pelo Poder Judiciário representa falha grave na atuação do Poder Executivo. Nesse contexto, segundo decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, foi imposto aos juízes para que tenham atenção para as consequências das suas decisões, recomendando-se prudência redobrada em cenários aos quais os impactos da intervenção judicial são complexos, incalculáveis e imprevisíveis. Antes de decidirem, devem os juízes ouvir os técnicos, porque uma postura judicial diversa gera decisões processuais que desorganizam o sistema de saúde, gerando decisões trágicas e caridade injusta.

> Nesse contexto, impõe-se aos juízes atenção para as consequências das suas decisões, recomendando-se prudência redobrada em cenários nos quais os impactos da intervenção judicial são complexos, incalculáveis ou imprevisíveis (FUX, 2020, p.1).

Exemplo disso é a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais onde a decisão judicial não determinou que o SUS fornecesse ao paciente medicamento de eficácia ainda não comprovada:

> JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA. MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO NO ÂMBITO DO SUS. DÚVIDA EFICÁCIA. IMPRESCINDIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. RECURSO PROVIDO 1. A saúde é direito fundamental que

> se concretiza por meio de prestações estatais que assegurem o acesso de todos à assistência farmacêutica, médica e hospitalar, bem como as políticas públicas voltadas para esse fim. 2. A eficácia desse serviço público, notadamente de assistência farmacêutica depende da seleção e distribuição à população, para atingir o maior número possível de pessoas. Para esse desiderato, o estabelecimento de diretrizes e de critérios de aquisição de medicamentos, norteados pelos princípios da seletividade e distributividade, requer padronização, muitas vezes incompatível com a especificidade do caso. 3. Isso não quer dizer que o Poder Público não tenha obrigação de garantir ao cidadão necessitado dessa assistência quando o medicamento não se encontra no rol daqueles fornecidos. A ponderação dos valores contidos nos princípios em conflito: dignidade humana; mínimo existencial; da reserva do possível, possuem pesos diferentes, sendo que os dois primeiros devem prevalecer, desde que demonstrado que o não atendimento lhe suprirá o mínino de qualidade de vida, incluído aí a saúde. 4. Havendo dúvida quanto a existência de alternativas terapêuticas em relação ao medicamento pleiteado, o qual, além de não ser padronizado pelo SUS, tem eficácia controversa e é de alto preço, há de se colocar em relevo o princípio da reserva do possível sob pena de se inviabilizar a política pública de saúde sob uma perspectiva universal. (TJMG - Agravo de Instrumento - Cv AI - 100002051515740001 - MG - 24.11.2020. Rel. Des. Bitencourt Marcondes).

O Decreto nº 7.508/2011, como norma reguladora da Lei nº 8.080/1990, é o diploma legal responsável pelo direcionamento das ações e serviços de saúde, disciplinando a responsabilidade de cada ente político (União, estados, Distrito Federal e municípios). Os Municípios são responsáveis pela atenção básica e pelo fornecimento dos medicamentos do componente básico de atenção farmacêutica, ao passo que estados e União são os responsáveis pela média e alta complexidades e pelo componente especializado e estratégico de atenção farmacêutica (RONCHI, 2018, p.1).

Se é inquestionável que o direito à saúde é fundamental, por outro lado não se pode desconsiderar que sua concretização é garantida mediante políticas sociais e econômicas, sendo certo que o acesso às ações e serviços é feito de modo igualitário e universal conforme a realidade orçamentária de cada ente federativo.

Em tempos de pandemia da Covid-19, caracterizada por uma crise sanitária e econômica de proporção mundial, a judicialização da saúde precisa ser racionalizada, sob pena de colapso do sistema sanitário e ineficácia das decisões judiciais.

O ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, defendeu que, em meio à pandemia do coronavírus, prevaleçam as decisões que mais protejam a saúde. Em abril de 2020, o plenário do Supremo reconheceu, por unanimidade, que estados e municípios têm poder para adotar medidas de combate à covid-19, como o isolamento social. Segundo Fux, o STF entende que os governos municipais têm uma competência maior do que os estaduais para definir as medidas de distanciamento. "O Brasil vive um paradoxo: se antes da pandemia o ideal era evitar a judicialização das decisões, agora ela é bem-vinda (...) a judicialização é importante "porque conduz à pacificação". (FUSCO, 2020, p.1).

Portanto, dada a ineficácia de políticas públicas voltadas para a área da saúde, será cada vez mais comum a judicialização do direito à saúde frente a omissão de um Estado mais preocupado em sanar problemas econômicos, remediar as doenças e pouco preocupado em executar políticas de prevenção e combate de doenças, sobretudo de Covid-19.

CONCLUSÃO

O objeto central do presente estudo foi o de compreender que o direito de acesso à saúde é um dos fundamentos constantes na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e elevado a status constitucional no Brasil em 1988. Até as primeiras décadas do século XX, a assistência médica no Brasil era restrita devido à escassez de profissionais na área. A população tinha acesso quase que exclusivamente à técnicas terapêuticas realizadas pelos "práticos" locais.

No Brasil a questão da saúde recebeu diversos conceitos ao longo da história – tanto do ponto de vista político e social quanto no jurídico – até ser fixado na Constituição de 1988 como um direito de todos e dever do Estado, que deve concretizar e ampliá-la a todos os cidadãos sem distinções, conforme artigo 196.

Apesar de ser visto como um sistema de referência mundial, o Sistema Único de Saúde – SUS tem de lidar com um orçamento insuficiente, desigualdades entre profissionais, falta de recursos para manter um padrão mínimo de qualidade e também uma dependência do setor privado.

O problema é tão sério que se encaminha para o campo judicial. As deficiências e insuficiências preocupantes desse sistema único e do setor privado acabaram fortalecendo o crescimento de obter o acesso a saúde por meio das

demandas judiciais individuais: ações judiciais que possuem pedidos relacionadas a procedimentos, internações e insumos de saúde que por vezes não são oferecidos corretamente ou não estão disponíveis àqueles que precisam.

A situação se agravou ainda mais com a decretação da pandemia do Coronavirus em 11 de março de 2020, devido ao COVID-19, houve intenso apelo para que a população permanecesse em isolamento social para evitar o caos no Sistema Único de Saúde, sob o argumento de que não haveriam leitos suficientes para atender a enorme demanda de vítimas da doença.

Nesta esteira, segue o Poder Judiciário, com o seu poder normativo implícito, para decidir sobre questões de ordem pública para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, principalmente nas questões que envolvam o direito à saúde, com a solução pacífica das controvérsias, de acordo com a Constituição Federal de 1988.

É uma realidade que não tem mais volta, pois as demandas judiciais, como sempre, transbordam o sistema já colapsado e represado, sintoma de um modelo democrático deficiente atualmente.

A implementação de política pública de saúde através de decisões proferidas pelo Poder Judiciário representa falha grave na atuação do Poder Executivo na atuação contra a crise sanitária de Covid-19 no Brasil, preocupação esta que se estenderá após o término deste período de pandemia.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, G. *Direito fundamental à saúde*. Disponível em: https://quentasol.jusbrasil.com.br/artigos/214750436/direito-fundamental-a-saude>. Acesso em 02 dez.2020.

ARRUDA, N.M; MAIA, A.G.; ALVES, L.C. *Desigualdad en el acceso a la salud entre áreas urbanas y rurales de Brasil:* una descomposición de factores entre 1998 a 2008. Disponível em: https://scielosp.org/article/csp/2018.v34n6/e00213816/>. Acesso em: 12 dez.2020.

BASTOS, S. P.; FERREIRA, A. P. *A judicialização da saúde: uma atuação da magistratura na sinalização da necessidade de desenvolvimento e de implementação de políticas públicas na área da saúde.* Saúde debate, Rio de Janeiro , v. 43, n. spe4, p. 48-60, 2019 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042019000800048&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 dez.2020.

BARROSO, L.R. *Da efetividade à judicialização excessiva:* direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e os parâmetros para a atuação judicial. Revista Interesse Público, 2008.

BRASIL. Fiocruz. *Desafios do SUS*. Disponível em: https://saudeamanha.fiocruz.br/desafios-do-sus/#.X9lBO9hKjIU>. Acesso em 13 dez.2020.

_____. Senado Federal. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAMARGO, C.L.de. *Saúde:* um direito essencialmente fundamental. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-121/saude-um-direito-essencialmente-fundamental/>. Acesso em: 12 dez.2020.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. *A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil*. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 19, n. 2, p. 591-598, fev. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232014000200591&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 dez. 2020.

ESTADÃO. *3 maiores desafios da saúde pública no Brasil*. Disponível em: https://summitsaude.estadao.com.br/desafios-no-brasil/maiores-desafios-da-saude-publica-no-brasil/>. Acesso em: 12 dez.2020.

FUSCO, N. *Fux defende que decisões judiciais em meio à pandemia devem privilegiar a saúde*. Disponível em:https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/fux-defende-que-decisoes-judiciais-em-meio-a-pandemia-devem-privilegiar-a-saude.html>. Acesso em 13 dez.2020.

FUX, L. *Justiça infectada?* A hora da prudência. Disponível em: https://amaerj.org.br/noticias/em-o-globo-fux-pede-humildade-judicial-em-casos-de-covid-19/>. Acesso em 12 dez.2020.

HAM, C.; ROBERT, G., editors. *Reasonable Rationing*: International Experience of Priority Setting in Health Care. Maidenhead: Open University Press; 2003.

HUMENHUK, H. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839>. Acesso em: 9 nov. 2010.

IGNÁCIO, J. *A judicialização da saúde no Brasil:* o que é? Disponível em: https://www.politize.com.br/judicializacao-da-saude-no-brasil/>. Acesso em: 13 dez.2020.

LABOISSIÈRE, P. *Quase 90% dos brasileiros consideram saúde péssima, ruim ou regular*. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2018-06/para-89-dos-brasileiros-saude-e-considerada-pessima-ruim-ou-regular>. Acesso em 12 dez.2020.

MAGALHAES, J. L. Q. *A Nova Democracia e os Direitos Fundamentais, 2005.* Disponível em: <http://www.cadireito.com.br/artigos/art01.htm>. Acesso em: 19 ago.2010.

MACHADO, D. H. G.; MATEUS, E. do N. *Breve reflexão sobre a saúde como direito fundamental.* Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/breve-reflexao-sobre-a-saude-como-direito-fundamental/>. Acesso em: 10 dez.2020.

MARUCO, F.O.R.M. *Prioridade de direitos da pessoa idosa*: o atendimento médico em tempos de pandemia da Covid-19 e exemplos ocorridos em Portugal e na Espanha. Disponível em: http://www.rededeconselhos.com/blog/2020/06/22/2773/>. Acesso em: 02 dez.2020.

OLIVEIRA, A.C.de; LUCAS, T.C.; IQUIZPAZA, R.A. *O que a pandemia da Covid-19 tem nos ensinado sobre adoção de medidas de precaução?* Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?%20pid=S0104-07072020000100201&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em 10 dez.2020.

RONCHI, R. *Em tempos de pandemia, a judicialização da saúde precisa ser racionalizada.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/renzzo-ronchi-judicializacao-saude-durante-pandemia>. Acesso em: 13 dez. 2020

ROSE, G. *The strategy of preventive medicine.* Oxford/New York: Oxford University Press; 1992.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.35, p.36, p.42.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento 100002051515740001 - MG - 24.11.2020. Rel. Des. Bitencourt Marcondes. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Judicializa%C3%A7%C3%A3o+do+direito+%C3%A0+sa%C3%BAde>. Acesso em 15 dez.2020.

WERNECK, G.L.; CARVALHO, M.S. *A pandemia de COVID-19 no Brasil:* crônica de uma crise sanitária anunciada. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36n5/e00068820/pt/>. Acesso em 28 nov.2020.

A MEMÓRIA DO TERROR

Nadine Borges
Universidade Federal Fluminense Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito
Niterói, Brasil;
nadineborges@gmail.com

Resumo: Trata-se do depoimento do torturador Paulo Malhães, cuja narrativa central encontra guarida no comando de esquecimento promovido pelo Estado brasileiro durante e após a ditadura empresarial-militar. O leitor terá em mãos parte dessa memória do trabalho desenvolvido pela autora à frente da Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro, revelando seus limites e suas potencialidades. Ao desenvolver esse caso, o artigo propõe uma reflexão que instiga a pensar como os desaparecidos políticos da ditadura (indivíduos ou coletivos) não destoam do apagamento que os indivíduos e as coletividades vivenciam nos dias atuais, através do comando de esquecimento promovido pelo Estado que se omite diante das obrigações de reparações do presente e do passado no Brasil.

Palavras- Chave: Memória, Verdade e Justiça, Ditadura Militar.

INTRODUÇÃO

A possibilidade colocada de estar frente a frente com um torturador foi construída paulatinamente a partir de conversas com jornalistas que já o haviam entrevistado. Seu endereço não era conhecido e localizá-lo foi resultado de algumas investidas da nossa parte com a colaboração de profissionais da imprensa que cobriam a Comissão da Verdade. O local era isolado, assim como eram as memórias daquele coronel que havia sido deixado à deriva, após algumas décadas de apoio e financiamento para que o comando de esquecimento não perdesse sua efetividade. As condições materiais em que vivia destoam de outras residências de oficiais das Forças Armadas e tínhamos essa evidência porque já havíamos visitado alguns que se recusaram a prestar testemunhos.

A aproximação para que falasse já estava dada quando autorizou nossa visita, pois caso não quisesse falar, bastava não nos receber. E foi assim, nos dias 18 de fevereiro e 11 de março de 2014 em um sítio isolado em Nova Iguaçu, no Rio de Janeiro, que entrevistamos aquele que até hoje foi um dos poucos torturadores confessos da ditadura empresarial-militar no Brasil entre os anos de 1964

e 1985, o Coronel reformado Paulo Malhães, que integrou o Centro de Inteligência do Exército (CIE).

A entrevista com Malhães trouxe à tona experiências de pesquisas e atuação profissional anteriormente acumuladas na assessoria da Comissão Nacional da Verdade e também na Comissão sobre Mortos e Desparecidos Políticos. Os elementos que eu podia aportar enquanto o entrevistava decorriam de informações que conseguimos reunir nos arquivos públicos, bem como os testemunhos de familiares e ex-presos políticos. A entrevista de quase 30 horas nos deu pistas do envolvimento dele em crimes contra a humanidade. Importante frisar que chegar até ele foi fruto de uma investida que fazíamos no âmbito da Comissão da Verdade para chegarmos aos torturadores descobrindo seus endereços. Quando conseguimos o endereço de Malhães não o procuramos imediatamente pois era preciso estudar algumas informações para subsidiar a entrevista. A pior coisa que poderíamos fazer era conversar sem um mapeamento mínimo já disponível da sua biografia e por isso tardamos meio ano a entrevistá-lo.

O TERROR

Malhães esteve 24 anos na carreira militar, dedicando 18 anos à repressão, como apontam Chico Otávio e Aloy Jupiara (OTAVIO & JUPIARA, 2015). Ele iniciou sua carreira militar em 1961 e por ser um "ferrenho anticomunista" mergulhou de corpo e alma no golpe empresarial-militar de 1964 que depôs João Goulart. Sua formação – ou parte dela – se deu no Centro de Estudos de Pessoal no forte do Leme, uma das células de formatação de torturadores. Em 1968, já sob comando dos militares no país, o Coronel ingressou no embrião do que seria o CIE e logo se destacou. Assim, do Leme ao Araguaia, passando pela estruturação da casa da morte em Petrópolis, pela operação Medianeira em Foz do Iguaçu e por outros cantos do país, Malhães sabia demais e dizia que o "desaparecimento é mais importante do que a morte". Ele afirmou que ao desaparecer com os corpos causava mais incerteza no inimigo, pois quando alguém morre um ciclo se encerra, mas quando desaparece a expectativa segue eterna.

Após essa entrevista e aparições públicas, seguidas de sua repentina morte em circunstâncias nebulosas, parece inegável que quebrar o pacto do silêncio ou o comando de esquecimento custou sua vida, embora as investigações da sua morte tenham sido concluídas como latrocínio (roubo seguido de morte).

Malhães foi um dos responsáveis pelo Serviço de Inteligência do Exército e dispunha de mapas e organogramas de diferentes grupos políticos de resistência as ditaduras da região. Em nossa entrevista admitiu ter sido formado na Escola das Américas no Panamá (1959) e reconheceu ter visitado os seguintes países em missão "oficial": Estados Unidos, África do Sul, Angola, França e Inglaterra. Seu papel era desenvolver sistemas de buscas e localização de pessoas consideradas subversivas. Dentre as diversas citações que fazia, o filme *A Batalha de Argel* parecia ser um manual de instruções em suas ações.

A narrativa que norteava sua fala era a "ameaça comunista" ao território e demonstrava conhecer as relações entre Venezuela, Bolívia, Uruguai, Argentina e Chile durante os anos da Operação Condor, embora não usasse essa terminologia. Para ele o papel do Brasil foi fundamental na formação das policias e militares de outros países do Cone Sul, já que o protagonismo do Brasil de ter sido um dos primeiros a vivenciar uma ditadura não era algo desprezível, além de ter sido a mais larga do continente.

Sem titubear, admitiu a existência da conexão repressiva entre os países do continente, bem como sua autoria na criação de centros clandestinos de tortura em todo o país, tendo como principal exemplo a Casa da Morte em Petrópolis, cuja existência só se comprovou após o depoimento de Inês Etienne Romeu, a única sobrevivente. Em seu depoimento nunca fez referência a datas e por isso ter preparado a entrevista foi fundamental para colher algumas informações que até hoje não podemos afirmar que são verdadeiras, já que os arquivos das Forças Armadas seguem sob sigilo. A relação com a Operação Condor ficava mais evidente quando reconhecia que havia trabalhado na fronteira em cidades como São Borja e Santana do Livramento, no Rio Grande do Sul. Admitiu ter controle sobre os passaportes e de quem entrava e saia do país. Cumpre ressaltar sua atuação em relação aos argentinos, já que admitiu ser o responsável pela elaboração de álbuns de fotos com todos os exilados que entravam e saiam do Rio de Janeiro com o apoio da Polícia Federal do Brasil. Ele denominava essa ação de "perseguição tácita", já que as pessoas não suspeitavam que estavam sendo monitoradas. Assim, conhecia toda a rotina dos exilados no Rio, sem exceção. O álbum de fotos era um facilitador quando recebia ordens para sequestrar qualquer um desses estrangeiros, sem falar na afirmação de que tinha apoio do Consulado Argentino e do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) da Organização das Nações Unidas. Informações encontradas em sua casa pelo Ministério Público Federal, após sua morte, confirmaram algumas dessas histórias em documentos oficiais das Forças Armadas. Vale frisar que os

documentos desclassificados que ajudaram no processo de exumação do presidente João Goulart que desenvolvemos em nossa tese de doutorado compõem esse mosaico de coordenação das forças de inteligência referidos por Malhães, vinculados à conexão repressiva entre os países do continente responsáveis pela Operação Condor.

Trazer à tona depoimento de torturadores foi um dos desafios da Comissão da Verdade do Rio e nessas raras vezes a narrativa de quem praticou a tortura, estuprou, deu choque elétricos era permeada por uma tensão vinculada à ausência de provas que não fossem os testemunhos de suas vítimas. Evidente que para nós, na comissão, a fala das vítimas tinha um valor inequívoco. No entanto, os torturadores sempre as acusam de estar mentindo, o que adiciona ainda mais um grau de crueldade em sua postura. Essa entrevista me colocou frente a frente com um dos principais desafios do trabalho: a busca de informações escondidas por um segmento da sociedade responsável pelo comando de esquecimento.

Em seu depoimento, Malhães assumiu sua participação como um dos mentores da Casa da Morte de Petrópolis, considerada por ele um "laboratório" clandestino fora dos espaços militares, que permitia uma atuação mais livre e mais violenta em seu aspecto psicológico. Ele reconheceu a política de desaparecimento das Forças Armadas com a técnica de ocultação de cadáveres, na qual, segundo ele, se retirava a arcada dentária, as pontas dos dedos, além do corte no ventre das vítimas antes de colocá-las em sacos impermeáveis e lançá-las em um rio na região serrana do Rio de Janeiro, tornando impossível sua localização e identificação. Admitiu ainda o desenterro dos restos mortais do deputado Rubens Paiva; o assassinato de Onofre Pinto no massacre de Medianeira em Foz do Iguaçu (PALMAR, 2006) e o destino dado ao seu corpo, com a mesma técnica de desaparecimento; a participação durante a Guerrilha do Araguaia, como repórter infiltrado da Presidência, na região, e a posterior atuação na Operação Limpeza que desenterrou e lançou no Rio Araguaia os restos mortais dos guerrilheiros.

A despeito da crescente produção acadêmica sobre as comissões da verdade, pouco espaço tem tido o papel específico do lugar ocupado pelos algozes nesse processo. Há uma produção sobre a resistência dos militares da ativa e da reserva em relação à CNV, e também existe bastante material sendo produzido sobre o papel dos testemunhos das vítimas (MARIANI; JACOBO, 2012). Na interseção entre esses dois temas – ou seja, os depoimentos de torturadores –,

permanece um grande lapso de reflexões e análises. No entanto, as historiadoras Maud Chirio e Mariana Joffily publicaram um artigo acerca do tema com leituras importantes (CHIRIO; JOFFILY, 2016).

Chirio e Joffily marcam, com propriedade, que a despeito de alguns momentos entre o fim da ditadura e os trabalhos da CNV em que as falas de militares vieram à tona no debate público, foi apenas com as comissões da verdade que os perpetradores de graves violações de direitos humanos ganharam uma voz e um rosto para a sociedade brasileira. Esse caráter de ineditismo trouxe inúmeras tensões para dentro da CNV: as convocações deveriam ser secretas, de modo a aumentar a possibilidade de que os agentes revelassem fatos sobre as circunstâncias dos crimes? Ou deveriam ser públicas, para que os agentes prestassem contas de seus atos, tal como defendiam os movimentos de vítimas? Qual papel os membros e assessores do órgão deveriam assumir? O de juiz, de interrogador, de pesquisador, de historiador...?

De fato, a CEV-Rio enfrentou todas essas questões – e outras mais – no caso do depoimento de Paulo Malhães. O ponto central das discussões internas da CEV-Rio sobre o depoimento de Malhães foi quanto crédito deveríamos dar às narrativas dele sobre as circunstâncias de casos específicos de violações de direitos humanos que estávamos investigando. Por um lado, é evidente que qualquer pista para o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáver era relevante, tendo em vista o objetivo fundamental das comissões da verdade: identificar e tornar públicas as estruturas, os locais, as instituições, bem como suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e suas ramificações civis, relacionadas à prática de violações de direitos humanos.

Tratava-se, afinal, de entender se os fatos ali apresentados – mesmo sendo verossímeis algumas vezes – poderiam auxiliar na investigação de casos investigados pela CEV-Rio. Para nós, era temerário ler aquele depoimento sem conceber a probabilidade de uma espécie de armadilha plantada por Malhães, cujos resultados seriam ao mesmo tempo embaralhar investigações em curso e também utilizar o espaço da comissão para promover sua memória publicamente.

Nesse sentido, o caso evocava uma questão central para todo o debate da Justiça de Transição, que é o da produção de narrativas legítimas encaradas como a *verdade*. Durante a ditadura as Forças Armadas possuíam a capacidade de impor uma versão oficial sobre quaisquer eventos, mas ao longo do regime democrático, com a emergência de narrativas das vítimas, houve uma tentativa de

mudar a narrativa pública sobre a ditadura, o que se intensificou no âmbito da CNV e das comissões estaduais. Desse modo, Malhães fazia aquele movimento como uma forma de tentar salvaguardar sua condição de produtor da verdade, perdida com o fim da ditadura. Essa questão logo se colocou como um debate interno no âmbito da comissão. Ou seja, em que medida deveríamos dar publicidade àquele tipo de narrativa? Não haveria o risco de significar uma chancela definitiva sobre os fatos que ele apresentava como realidade?

Entendemos, no entanto, que dar publicidade ao depoimento de Malhães significaria continuar promovendo um debate público a respeito da urgência de se tratar a questão com novas lentes. Ou seja, a decisão da CEV-Rio, nesse caso, tinha menos relação com a comprovação (ou não) factual das circunstâncias descritas por Malhães.

Decidimos dar publicidade ao depoimento em um Fórum de Participação. Na ocasião, publicamos um preâmbulo à transcrição de seu depoimento, o que foi uma prática inédita e única dentre todos os depoimentos de torturadores em todas as comissões da verdade. No documento, destacavam-se os seguintes trechos:

> Dar publicidade ao depoimento de Malhães, antes do término do relatório final, significa promover um debate público a respeito da urgência de se tratar esses sofrimentos com novas lentes. Mesmo que se comprove a verdade dos fatos descritos pelo torturador confesso, o que só será possível com a abertura dos arquivos das Forças Armadas, o que se busca é dar conhecimento e lutar para o esclarecimento desses fatos. Trata-se, nesse momento, de permitir que a sociedade possa delimitar e qualificar as responsabilidades institucionais, sociais e políticas daquele período, a fim de transformar um paradigma que nos acompanha até hoje, quando o Estado, por meio de seus agentes, mantém sua prerrogativa de promover matanças sem qualquer responsabilização
> [...]
> O caso Malhães, na condição de agente do Estado que exercia o monopólio da força em circunstâncias especiais, acaba encobrindo outro monopólio, menos explícito, mas inaceitável, que é o monopólio da produção da verdade. O desafio colocado é enfrentar exatamente esse poder de produção da verdade exercido de tal forma que não permite contestação, já que o Coronel Malhães reporta os fatos atendendo aos seus interesses e reveste a narrativa com versões que reforçam o estigma dos adversários pela responsabilidade dos atos de "terrorismo" e, ao mesmo tempo, justifica pelo caráter de "guerra" instalado no período.
> [...]
> É por isso que a apuração da verdade, em rigor, equivale a fazer despir da versão oficial as vestimentas inverídicas e impor no discurso oficial

> também os elementos recolhidos da versão e da memória dos vencidos, à exemplo das atividades públicas denominadas Testemunhos da Verdade, realizadas pela Comissão da Verdade do Rio. Soma-se aos testemunhos a coleta de informações e documentos públicos (sigilosos ou não) que reportem os acontecimentos.
> [...]
> Paulo Malhães pode ser um exemplo da condição humana e real de um agente que, ao manipular a história e a memória por ele apropriada, é capaz de jogar de forma perversa com aqueles que não têm acesso ao passado, já que os arquivos da ditadura continuam nos porões. O desafio da Comissão da Verdade do Rio e de todos que lutam pelo direito à verdade, à memória e à justiça, é descortinar esse passado que não passa e que se perpetua, transformando torturadores em contraventores, em homicidas, em matadores, em milicianos, em criminosos comuns, em corruptos, a revelar que a verdade só se tem transformado ao longo do tempo sem perder sua essência de ilicitude.

Este preâmbulo é demonstração inequívoca do tipo de debate interno à CEV-Rio naquele momento. A partir daqui, pretendo aprofundar algumas das questões ali esboçadas. Neste ponto, penso ser importante fazer um breve apontamento de dois aspectos que entendo serem centrais em sua narrativa, do ponto de vista do seu conteúdo. Em seguida, tratarei mais especificamente da forma.

Em primeiro lugar, destaca-se que a fala de Paulo Malhães foi norteada pela preocupação em demonstrar uma prevalência do serviço de inteligência em detrimento das ações operacionais da repressão. Em outras palavras, ele negava a tortura física para afirmar que a estratégia fundamental dos militares para obtenção de informações teria sido a infiltração, obtida na medida em que uma série de militantes teriam sido "virados" após serem submetidos a diferentes métodos de terror psicológico. Nesse mesmo quadro, apresentava muitos dos militantes da luta armada como ingênuos que não tinham noção do adversário e das condições de luta, e que acreditavam que apenas os bons propósitos e desprendimento bastariam. Por essa razão, eles seriam alvos fáceis das estratégias psicológicas.

Nesse sentido, "virar" os militantes seria, na perspectiva apresentada por Malhães, mais importante que submetê-los à violência física, pois era uma forma de demonstrar a superioridade do bem – representado por ele mesmo e pelos militares a serviço da ditadura – contra o mal – na visão dele, os comunistas. E nessa sobrevalorização de uma "guerra psicológica", ele se mostrava continuadamente como o grande personagem. Afinal, em sua narrativa, ele teria sido responsável por "virar" centenas de militantes ao longo dos anos, e por esse caminho teria sido capaz de sufocar a guerrilha.

O segundo aspecto dizia respeito à existência de uma forte autonomia e liberdade para a atuação clandestina. Nessa chave, ele afirmava haver uma estratégia de atuação que ao mesmo tempo prescindia de registros escritos e de autorização dos superiores. Segundo ele, havia grupos que agiam de forma independente, aparentemente sem coordenação. Por vezes, a impressão que se tinha de seu depoimento era de que ele atuava quase como um "lobo solitário". Como se sabe, tal postura seria totalmente oposta aos padrões militares.

Vejamos, portanto, o quadro montado por esses dois elementos anteriormente elencados. Os militantes seriam românticos, fracos e ingênuos, facilmente enganados pelos agentes da repressão – dentre os quais ele próprio se destaca –, os quais por sua vez não promoviam a "suja" tortura física, mas sim as "evoluídas" estratégias psicológicas. Assim, o que explica o fato de que inúmeros militantes da oposição armada terem "virado" seria não uma incapacidade de resistência física quando submetidos à tortura e aos maus-tratos, mas sim sua suposta fraqueza moral. No entanto, os militares que levaram adiante este trabalho atuavam de maneira descentralizada e autônoma, não prestando contas aos seus superiores nem deixando registros escritos. Com essa atuação dos militares envolvidos na repressão à esquerda, a guerrilha teria sido facilmente desmontada, mas, como não há documentos oficiais sobre essa atuação, o que restaria às comissões da verdade seria ouvir e acreditar nos próprios envolvidos na repressão, como ele próprio, Paulo Malhães, que naquele momento, de forma colaborativa, estava se propondo a ajudar o órgão.

Trata-se, evidentemente, de uma narrativa excessivamente bem amarrada. Com efeito, no momento mesmo da coleta do depoimento, emergia uma sensação de que o cenário apresentado por ele era bastante diferente daquilo que todas as investigações já existentes demonstravam, especialmente no tocante à quantidade e a atuação de infiltrados. Nesse sentido, não é possível afastar a hipótese de que Malhães estava construindo uma imagem cujo objetivo era desmoralizar, perante às comissões da verdade e todo o apelo público que elas vinham gerando, a memória das vítimas. Por um lado, é fato que permanecem até hoje, entre muitos dos militantes, tensões, desconfianças e desavenças. Por outro lado, setores da sociedade estão em permanente espera de elementos para desqualificar e acusar os que pegaram em armas contra a ditadura. Assim, Malhães parecia jogar para esses dois públicos, compreendendo aquele momento de sua aparição pública como uma retomada de sua luta contra o mal. Se fora por meio das estratégias de terror psicológico que ele vencera no passado, seria novamente por

essa via que ele voltaria a combater a esquerda, desta vez materializada não mais nos guerrilheiros, mas sim nas comissões da verdade.

Malhães simboliza a própria ambivalência da tortura no Brasil, psicótica, que se apresenta sádica, mas se vê como patriota, que combate o "inimigo", mas é servil à oligarquia e que, sobretudo, reveste de pseudo-psicologia seus cacoetes de terror, pois é o terror que é aqui tomado como base conceitual da formação do Estado. No mesmo sentido que Carlo Ginzburg, que explora a emergência da concepção de Estado em Hobbes - um palaciano inglês ilustrado que observa, no século XVIII, o medo, a reverência e o terror como substantiva fonte a emanar o direito e a garantir o controle das massas e das paixões -, podemos observar que o torturador aqui se quer sofisticado, explorando como fraqueza o lirismo humano, interpretando como fraca e frágil a pluralidade democrática, por esta representar também uma pletora de sentimentos; e, assim, o torturador, fractuando e decompondo esse discursos que contrariam a ordem soberana "acima de todos", traz esses impulsos para o remanso da hierarquia e da disciplina, como um pai obstinado que, ao final, sabe bem educar e colocar nos trilhos os filhos rebeldes. (GINZBURG, 2014)

Uma vez delimitados alguns dos principais aspectos relativos ao conteúdo do depoimento de Malhães, esboço aqui algumas reflexões sobre sua forma. Ou melhor, acerca do tipo de *interação* estabelecido entre os entrevistadores, representando a CEV-Rio, e o militar. Ao utilizar esse termo em destaque, inspirado em Goffman, proponho um deslocamento do tipo de análise usualmente feita sobre os depoimentos de violadores de direitos humanos, usualmente focados nos enquadramentos discursivos por eles mobilizados. Refletir sobre esses depoimentos à luz de uma sociologia sobre as interações pode ajudar a trazer à tona questões menos debatidas.

Uma das razões pelas quais essa abordagem não costuma ser utilizada para pensar as falas dos torturadores talvez se explique pelo fato de que tais depoimentos costumam ser realizados em cenários que favorecem um enquadramento discursivo já muito definido de antemão. Recorro à análise de Joffily & Chirio, que buscam descrever as principais "técnicas de interrogatório" utilizadas, bem como o "clima dos comparecimentos". Segundo as autoras, nos depoimentos coletados privadamente:

> Algunos interrogadores, sobre todo cuando se trataba de declaraciones en privado, intentaron reconstruir la trayectoria profesional del testigo en su integridad y, más allá del establecimiento de hechos concretos, se

> interesaron por la estructura y la lógica de la maquinaria represiva. Otros pusieron al agente represor ante una lista de víctimas y no esperaron de él más que recuerdos sobre hechos precisos, con el objetivo de averiguar, no de compreender (CHIRIO; JOFFILY, 2016. p.21)

Já em depoimentos públicos, "aumentaba entonces el miedo a ofrecer una tribuna a los antiguos agentes de la represión, de modo que su relato estaba previamente encuadrado y no se daba pábulo a una historia de vida" (CHIRIO; JOFFILY, 2016. p.21). Assim,

> Las estrategias para incitar a los testigos a hablar también fueron diversas. Algunos miembros de la comisión (hombres de edad madura, a menudo juristas y a veces ex ministros) se valieron de su autonomía moral e insinuaron que los militares disfrazaban los hechos, o les condenaron. Otros usaron técnicas de interrogatorio policial (...). (CHIRIO; JOFFILY, 2016. p.21)

Assim, seja em entrevistas privadas do tipo "histórias de vida", seja em depoimentos públicos organizados em torno de um cenário e um tom de interrogatório ou até mesmo de julgamento penal, as possibilidades de interação pareciam já delimitadas de antemão pelo formato definido pelos entrevistadores para conduzir os depoimentos.

Argumento que, no caso do depoimento de Malhães para a CEV-Rio, é possível encontrar uma excepcionalidade em relação ao conjunto dos depoimentos de militares para as comissões da verdade. Isso se deu por três razões: as trajetórias pessoais e profissionais dos dois entrevistadores – uma advogada de direitos humanos e um jornalista –, o local onde foi realizado o depoimento – na casa do militar – e, por fim, o fato de que o depoimento foi coletado privadamente, antes de sua aparição pública em uma audiência da CNV. Por sua vez, esses elementos só foram possíveis em função daquilo que já argumentei no correr deste capítulo: as comissões subnacionais, em razão da menor exposição pública e do menor grau de institucionalização, tiveram condições de levar adiante uma atuação que para a Comissão Nacional da Verdade não parecia possível.

Malhães havia dado uma entrevista em sua própria casa no ano de 2012, para jornalistas d'O Globo. E falaria com a CNV em março de 2014, em um depoimento que sabia estar sendo gravado em vídeo e que seria imediatamente publicado na imprensa. Como entrevistado para um jornal, sua capacidade de apresentar sua versão dos fatos é virtualmente infinita. Ou seja, trata-se de um

cenário em que seu papel é o de militar que atuou durante a ditadura, fornecendo suas informações (supostamente) factuais a fim de apresentar a sua "versão" da história. Já como depoente frente à CNV, o papel a ser representado por Malhães era o de inquirido, ou mesmo de réu, em que todas suas informações seriam colocadas a prova e questionadas, uma vez que o que se buscava não era a sua perspectiva pessoal sobre o período, mas sim a declaração acerca de casos de violência. De fato, o depoimento de Malhães para a CNV teve início precisamente com a montagem dessa cena. Ele solicitou a palavra para fazer um "preâmbulo" sobre o que ele pensava de sua participação naquela ocasião. E então afirmou: "Estou aqui na condição quase que de réu, quase". Foi então interpelado por José Carlos Dias, membro da CNV e ex-ministro da justiça que disse: "o senhor não é réu, porque nós não temos o poder punitivo e nem jurisdicional. Agora, o senhor é investigado porque nós queremos reconstruir os fatos, nós queremos recontar a história".

Nosso encontro com ele se deu na interseção entre esses dois momentos. Sem se configurar como uma entrevista (a despeito da presença de um jornalista), e sem a cena de tribunal existente na CNV, apresentava-se ali uma situação inédita para os presentes – tanto para nós quanto para ele –, de modo que a definição da situação, nos termos de Goffmann, se daria precisamente no curso da interação. Estabeleceu-se ali, entre nós que representávamos um órgão da Justiça de Transição e o indivíduo responsável por inúmeras violações de direitos humanos, um "jogo" de interações, em que os papeis a serem representados não estavam tão evidentes.

Foi naquele momento, quando Malhães não era nem apenas o militar que comandara o CIE e nem apenas o réu a ser inquirido, que pôde emergir com força um terceiro papel, que continha esses dois anteriores, mas ia para além disso, representado por ele: o de formulador das estratégias de produção de esquecimento sobre as graves violações de direitos humanos da ditadura. Para desenvolver o argumento, observemos o seguinte trecho da conversa. Aqui, importa menos o conteúdo propriamente dito. Ou melhor: o que discuto não é a possibilidade de comprovação factual das afirmações de Malhães no caso em questão, mas a sim a forma pela qual se desenvolve a interação. Falava-se, neste trecho, de uma suposta operação realizada com o corpo de Rubens Paiva.

> Malhães – Na praia eles vão achar. O DOI todo sabia em que lugar da praia tinha posto o cara.
> CEV-RJ - Não podia ficar lá.
> Malhães - E agora?

CEV-RJ - O medo era que vazasse ou o medo era que a maré baixasse e aparecesse?
Malhães – Não, ele estava bem enterradinho. É que a umidade penetra, passa por baixo e deteriora a carne muito rápida. Mas todo mundo... enterrado direitinho.
CEV-RJ - Não seria descoberto pela natureza.
Malhães – Não. Podia ser construindo um edifício e você...
CEV-RJ - Sim, uma escavação, anos depois...
Malhães – É. Isso acontece muito.
CEV-RJ - Na praia, que o senhor fala, é beira-mar ou terreno próximo?
Malhães – Não, mais para dentro. Bem mais para dentro.
CEV-RJ - Duna.
Malhães – Bem mais para dentro.
CEV-RJ - Ali perto, entre a antiga Sernambetiba, a antiga Sernambetiba para dentro...
Malhães – É.
CEV-RJ - ... onde eram só terrenos vazios?
Malhães – Vazios.
CEV-RJ - Lá para o lado da... o senhor disse que é Barra mesmo.
Malhães – É Barra mesmo.
CEV-RJ - Mas deve ser quase chegando lá na Reserva?
Malhães – Nem me lembro mais. Mas, eu sei que eu fui lá, eu fui lá... Alguém foi lá e tirou ele, e deu a solução final. Todo mundo ficou, 'e agora, o que a gente faz'. Nós fomos e fizemos. Bota ele num saco...
CEV-RJ - Bota em um saco?
Manhães – E, faz a finalização normal.
CEV-RJ - Enterra.
Malhães – Não, enterra não, nunca mais. Nunca mais. Eu não enterro ninguém nunca mais.
CEV-RJ - Sim, e aí? Deixa no saco aonde?
Malhães – Aí, aonde é que não posso dizer. Eu quase disse, porque no saco...
CEV-RJ - No mar. Não, o senhor disse que não jogou no mar.
Malhães – Pode ser até que você diga que jogou no mar, mas para isso você tem que estar perto do mar.
CEV-RJ - Na Lagoa.
Malhães – Não, você tem que... tem outra proposta aí.
CEV-RJ - No Araguaia não tem mar. Não é coronel?
CEV-RJ - Mas eu estou falando da Barra da Tijuca. Rio? Mar? Lagoa?
Malhães – Lagoa não, nada fechado, nada que o cara possa chegar, ir lá no meio e encontrar. Tem que ser um troço aberto.
CEV-RJ - Rio?
Malhães – É alguma coisa que...
CEV-RJ - No Rio Paraíba. Em um rio caudaloso.
Malhães – Então é... por exemplo, se eu matar alguém aqui. Vamos dizer que um cara invade meu quintal, eu dou tiro nele. Não vou chamar a polícia. Vou preparar ele, botar no carro, sair e jogar ele fora. Isso já foi feito.

CEV-RJ - Pode ser em um lixão.
Malhães – Nada de lixão. Lixão o cara pode ser encontrado, vai feder e nego vai dizer porra que cheiro é este.
CEV-RJ - Mas o cheiro do lixão....
Malhães – Não, não supera o da carne humana, putrefata.
CEV-RJ - Então é um rio.
Malhães – Se você acha que é...
CEV-RJ - Não, não sei. Tô chutando.
Malhães – Se você acha que é...
CEV-RJ - Eu estou chutando.
CEV-RJ - O senhor conhece Marambaia, coronel?
Malhães – Conheço. Mas, Marambaia é muito longe, não pode ser na Marambaia. Eu não gosto do mar. Porque o mar tanto leva como trás.
CEV-RJ - Tudo o que vai, volta.
Malhães – Não vê o assassinato do...
CEV-RJ - O rio só leva.
Malhães – O assassinato do Baumgarten. Mataram ele e jogaram no mar e o cara pensou que o mar ia levar e em vez de levar o mar trouxe para a praia. Acharam. Levaram para, como é que é, onde levam o morto...
CEV-RJ - Necrotério.
Malhães – Necrotério. Chegaram lá, os caras mais burros ainda, tentaram trocar a etiqueta que fica no dedão do cara de um morto para o outro. Aí chegaram à conclusão que só podia ser o CIE ou... Aí chegaram à conclusão que deveria ser o SNI. E foi daí que surgiu a história.

Ao longo de todo este trecho – como afinal no curso de todo o seu depoimento –, Malhães assume uma postura que passa ao mesmo tempo uma imagem de quase onipotência durante a ditadura – é ele, afinal, quem faz a "finalização" do trabalho com o corpo – com uma relativa condescendência com o depoimento ora em curso – "se você acha que é...". Assim, no lugar de fazer afirmações cabais (verdadeiras ou não) sobre as circunstâncias dos casos investigados, ele buscou conduzir o depoimento o tempo inteiro como uma batalha, sentindo-se à vontade para nos testar. Em muitos momentos, ficava evidente que ele buscava identificar nossas reações corporais, discordâncias e constrangimentos. Do mesmo modo, promovia uma espécie de teste sobre os nossos conhecimentos acerca dos casos de violação de direitos humanos, bem como da estrutura repressiva, ao perguntar nomes de agentes, vítimas e locais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se do ponto de vista estrito do conteúdo de sua fala, Malhães poderia estar fazendo apenas contrainformação – ou seja, mentindo –, o que pretendo é caracterizar essa cena do seu depoimento à CEV-Rio como o momento mais

simbólico daquilo que pode ser entendido como as disputas de memória sobre a ditadura. A socióloga argentina Elizabeth Jelin cunhou o termo "empreendedores da memória" para designar os atores sociais e políticos que "habitualmente tienen la intención o voluntad de presentar *una* narrativa del passado en los escenarios públicos de su atuación, y luchan por imponer *su* versión del passado como la dominante y convertirla en hegemónica, legítima, 'oficial', normal" (JELIN, 2002). Ou seja, também os militares que buscam impor sua narrativa são empreendedores da memória, e são esses atores sociais que estão disputando entre si quando se fala em batalha de memórias ou narrativas. Ao longo de toda a Nova República, os empreendedores da memória efetivamente disputaram suas narrativas sobre o passado na cena pública, mas os depoimentos de torturadores para as comissões da verdade pela primeira vez colocaram face a face esses agentes. E o caso de Malhães, pela configuração da situação que foi estabelecida, foi um momento singular em todo este processo.

O tempo transcorrido desde a entrevista que fiz com Paulo Malhães ainda é pouco, pelo menos para mim, que em alguns momentos vi o uso de armas e violência física como algo do cotidiano, mas mesmo diante dessas lembranças nunca havia estado frente a frente com alguém cuja ideia de morte ou de tirar a vida de outro ser humano fosse algo "normal", tampouco que essa pessoa já não seria capaz de lembrar quantas pessoas matou, torturou e desapareceu.

REFERÊNCIAS

BORGES, Nadine. *A Exumação da Ditadura e o Comando de Esquecimento: um estudo autoetnográfico das políticas de memória e verdade no Brasil.* Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. Universidade Federal Fluminense. 2020.

CHIRIO, Maud; JOFFILY, Mariana. *La verdad de los verdugos. las comparecencias de los agentes de la represión ante la Comissão Nacional da Verdade de Brasil.* Rubrica Contemporanea, vol. 5, n. 9, 2016

COMISSÃO ESTADUAL DA VERDADE DO RIO DE JANEIRO. Relatório Parcial. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2014

GINZBURG, Carlo. *Medo, reverência, terror: quatro ensaios de iconografia política.* São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

JELIN, Elisabeth. *Los trabajos de la Memoria.* Siglo Veinteuno de España Editores, 2002.

MARIANI, Ana; JACOBO, Alejo Gomez. *La Perla: historia y testemonios de um campo de concentración*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2012.

OTÁVIO, Chico; JUPIARA, Aloy. *Os porões da contravenção: jogo do bicho e ditadura militar: a história da aliança que profissionalizou o crime organizado*. Rio de janeiro; Record, 2015.

PALMAR, Aluízio. *Onde foi que vocês enterraram nossos mortos?* Curitiba: Travessa dos Editores, 2006.

DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: fome, desenvolvimento humano e dignidade da pessoa humana

Regina Vera Villas Bôas
UNISAL/SP e PUC/SP
regvboas@terra.com.br

Durcelania da Silva Soares
Universidade Estácio de Sá e UNISAL/SP
durcelania @hotmail.com

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apreciar a contemporaneidade do vocábulo "fome" como um fenômeno mundial, que assola grande parte da humanidade, desafiando a materialização do Direito Humano à Alimentação Adequada, no enfrentamento das situações de vulnerabilidades dela (fome) decorrentes. O fenômeno da fome designa uma enorme preocupação mundial, razão pela qual a Organização das Nações Unidas para Alimentação e a Agricultura (FAO) tem desenvolvido, no mundo inteiro, trabalho relevante, relacionado à motivação e conscientização de centenas de governos, sobre a necessidade de assumirem compromissos internacionais objetivando a erradicação da fome. Valendo-se do método de investigação dialético, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, documental e eletrônica, coletando-se dados de diversas fontes, entre outras, legislações, livros, revistas e periódicos, especializados na matéria, notadamente os que se referem às contemporaneamente no combate à fome e à pobreza, buscando a sua erradicação; pois, muitas pessoas, ainda morrem por causa da fome, algumas vezes, pela fome extrema (miséria), outras, pela insegurança alimentar (ausência de alimentação adequada); de ambos os lados, é imperioso o reconhecimento da necessidade do fortalecimento do valor do Direito Humano à Alimentação, do Direito Fundamental à Alimentação Adequada e respectivas efetividades, comprometendo-se o Estado em buscar mecanismo para aplacar a fome desafiando a desigualdade social, assegurando o direito básico de não se experimentar a fome e assim concretizando a Justiça Social. A utilização dos métodos apontados, levarão aos resultados da pesquisa, apontando possibilidades (ou não) de se viabilizar a efetividade do direito à alimentação (adequada) garantindo a todos a não experimentar a fome assegurando o desenvolvimento e a dignidade da pessoa humana.

Palavras chave: Direito Humano à Alimentação Adequada; Fome; Dignidade da pessoa humana; Justiça Social.

INTRODUÇÃO

Desde os tempos remotos, o combate à fome e à pobreza marca importante luta da pessoa humana, estando referida batalha, inscrita na própria trajetória humana. A luta pelo direito humano à alimentação adequada, brutalmente violado pelo próprio Estado garantidor, corrobora a transformação deste Estado, em Estado violador.

Atualmente, a fome continua presente nos inúmeros lares, moradias e variadas residências de pessoas, reforçando vulnerabilidade que se atrelam a debilidades, doenças, epidemias e mortes, atingindo pessoas de todas as idades.

Nessa seara, o Direito Humano à Alimentação Adequada e o Direito Fundamental Social à Alimentação devem materializar o acesso de todos à uma alimentação diária suficiente, que atenda às necessidades nutricionais de cada indivíduo, objetivando a garantia de uma vida ativa, saudável e digna.

Observa-se que, nos últimos anos, de um lado, a segurança alimentar tem sido vista, pelos Estados nacionais e internacionais, como um problema e estes, por sua vez, passam a tratar a questão do Direito Humano à Alimentação Adequada, não como uma questão de política de Estado, mas sim, como uma questão de política de Governo, tornando as questões caóticas, a cada mudança de Governo. Em contrapartida, os indivíduos que sofrem com a fome contribuem para o aumento da parcela da população em situação de vulnerabilidade social, sempre que têm o seu direito à alimentação violado.

A presente pesquisa objetiva, também, apurar os valores dos investimentos relacionados ao enfrentamento da fome, extraindo a situação atual relacionada à (in) efetividade de referido Direito Fundamental Social no Brasil e no mundo, o que é feito a partir da estrutura apresentada por Jean Ziegler, que traz a problemática da fome, sob a percepção contemporânea, como um fenômeno mundial que destrói, anualmente, dezenas de milhões de pessoas, devendo, por isso, ser considerado como o "escândalo do século".

A relevância da pesquisa se justifica pela total atualidade da temática, e pela especificidade do tema proposto para o estudo, existindo um número restrito de pesquisas verticalizas sobre a matéria, fato este que revela um empecilho a ser enfrentado, e suscita a necessidade de se provocar inúmeros debates sobre referida problemática.

Para tanto será discutido em um primeiro momento a temática da fome como um fenômeno mundial, sendo apontado as "manchas negras" da fome mundial, em 1948, por Josué de Castro visando a busca do Direito Humano à alimentação adequada. Logo em seguida abordaremos o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoas humana, resaltando que os direitos são construções históricas e surgem das lutas sociais presentes na sociedade, resultante de ações efetivadas por atores sociais históricos que, condicionados à determinantes econômicos, políticos e sociais e por configurar-se como inacabados, se busca a sua efetivação até os dias atuais para que se posa assegurar a todos uma vida digna.

A erradicação da pobreza, em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, certamente constitui o grande desafio global, sendo por isso considerada o Objetivo nº 1 do Desenvolvimento Sustentável (ODS).

Utilizou-se na elaboração da pesquisa o método de investigação dialético, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, documental e eletrônica, coletando-se dados de diversas fontes, entre outras, legislações, livros, revistas e periódicos especializados na matéria, notadamente, os que se referem às organizações internacionais.

1 A FOME: UM FENÔMENO MUNDIAL

Josué de Castro, na Conferência de Alimentação de Hot Springs, em 1948, aponta as "manchas negras" da fome mundial, e valendo-se da terminologia "conspiração de silêncio em torno da fome", alerta sobre a necessário de quebra-las, afirmando que

> [...] quarenta e quatro nações, através dos depoimentos de eminentes técnicos no assunto, confessaram, sem constrangimento, quais as condições reais de alimentação dos seus respectivos povos e planejaram as medidas conjuntas a serem levadas a efeito para que sejam apagadas ou pelo menos clareadas, nos mapas mundi da demografia qualitativa, estas manchas negras, que representam núcleos de populações subnutridas e famintas, populações que exteriorizam, em suas características de inferioridade antropológica, em seus alarmantes índices de mortalidade e em seus quadros nosológicos de carências alimentares [...] a penúria orgânica, a fome global ou específica de um, de vários e, às vezes, de todos os elementos indispensáveis à nutrição humana. (CASTRO, 2003, p. 53).

A fome é um fenômeno antigo, que sempre esteve presente nas pautas políticas internacionais, como uma grande preocupação de todos, e que ocupa espaços importantes nas pautas governamentais, o que vem, assim, retratado por Castro (2003, p. 12), ao prefaciar a primeira edição de Geografia da fome "[...] para cada mil publicações tratando dos problemas da guerra, pode-se contar com um trabalho acerca da fome", sustentando, também, "ser o estrago feito pela fome muito maior do que os estragos feitos pelas guerras e pelas epidemias juntas". Contudo, a partir do século XXI, a agenda internacional passou a ganhar conotações bem mais definidas quanto à temática alimentar. É certo que, no campo das relações internacionais, tem-se buscado a paz nos planos político e econômico, paz esta que impõe levar-se os debates relacionados aos Direitos Humanos e à Justiça Social para o âmbito internacional, o que corrobora as reflexões e ações relacionadas à fome mundial, que passa a ocupar com destaque a pauta internacional.

A Organização das Nações Unidas para Alimentação e a Agricultura (FAO) tem desenvolvido, no mundo inteiro, trabalho muito importante relacionado à motivação e conscientização dos governos de inúmeros países, sobre a necessidade de eles (governos) assumirem compromissos internacionais, objetivando a erradicação da fome. Tanto é verdade que no encontro da I Cúpula Mundial da Alimentação, em 1996, os líderes mundiais se comprometeram a realizar esforços permanentes para erradicar a fome em todos os países, extraindo do referido encontro, o objetivo imediato de reduzir pela metade o número de pessoas subalimentadas, até o ano de 2015 (Declaração de Roma, 1996).

Na segunda Cimeira Mundial sobre Alimentação em Roma, no ano de 2002, os chefes de Estado e de Governo reafirmaram o direito de todos, ao acesso a alimentos seguros e nutritivos, conforme o direito fundamental de abrigo contra a fome, que busca estabelecer diretrizes voluntárias ao alcance à segurança alimentar de todos, no nível mundial (FAO, 1996).

A temática relacionada à segurança alimentar que ainda é um desafio a ser enfrentado pela sociedade, necessita de ações ativas para ser superado, observando-se, porém, que as comunidades internacionais não têm medido esforços na busca da erradicação da fome no planeta, atuando a cooperação internacional no sentido de convencerem os países a participarem da discussão sobre a erradicação da fome, o que é, assim, anotado por Mota (2015, p. 58)

> [...] a despeito de ter mudado o padrão de implementação dos programas de cooperação internacional para a superação da fome, o tema tem

> convencido outros países a participarem das discussões, onde o tema é prioritário; como é o caso das chamadas nações emergentes, entre elas, Brasil, a Índia e a China, e do restante do mundo em desenvolvimento.

Percebe-se que, apesar de vários países estarem sensibilizados para a questão da erradicação da fome no mundo, ainda se tem muito a discutir sobre referido assunto, sendo Ziegler (2013,a, p. 79) categórico, ao questionar a possibilidade de, diante da atual capacidade de produção de alimentos, ainda ter pessoas que morrem pela falta desse alimento, afirmando que "[...] um grande número das crianças morre logo após o nascimento, como consequência da subalimentação fetal ou porque suas mães, subalimentadas, não podem aleitá-las".. São crianças cuja sina é vir ao mundo apenas para morrer e morrer de fome.

Certo é que o direito humano à alimentação adequada é reconhecido em vários documentos das leis internacionais, entre eles invoca-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que se refere à alimentação, no artigo 11, de maneira mais abrangente, anotando ser "[...] direito de todas as pessoas ter um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência". (ONU, 1966).

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) trouxe no seu preâmbulo, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a idealização de um mundo livre da miséria e reconhecendo o direito fundamental de todas as pessoas estarem livre da fome.

E tratando especificamente do direito à alimentação adequada, no ano de 1999, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CESCR) elabora documento denominado Comentário Geral 12, que passa a fixar uma série de parâmetros importantes para assegurar a todos, mundialmente, o Direito Humano à Alimentação Adequada. O Comentário concebe que o direito à alimentação adequada deve ser interpretado como um itinerário a ser realizado progressivamente, desde um patamar mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes necessários, tendo os Estados a obrigação de tomar as medidas necessárias à mitigação e alívio do sofrimento causado por esse fenômeno (BRASIL, 2013, p. 18).

Com o objetivo de avançar na efetivação do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) e ampliar o debate, o Comentário Geral nº 12, assim, o define:

> O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção. O direito à alimentação adequada não deverá, portanto, ser interpretado num sentido estrito ou restritivo, que equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada deverá ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2, do artigo 11, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não. (ONU, 1999, p. 2).

Cabe, então, ao Estado "[...] respeitar, proteger e facilitar a ação de indivíduos e comunidades em busca da capacidade de alimentar-se de forma digna, colaborando para que todos possam ter uma vida saudável, ativa, participativa e de qualidade" (PODESTÁ, 2011, p. 26). O Comentário Geral nº 12 informa que os Estados-membros devem assumir as obrigações de respeitar, proteger, promover e prover o Direito Humano à Alimentação Adequada. Nesse sentido, a atuação do Estado deve estar vinculada a medidas que objetivam prover condições aos indivíduos relacionadas à capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação, deixando de experimentar a fome.

Importante lembrar que a alimentação adequada é aquela adequada ao contexto e às condições culturais, sociais e econômicas da pessoa que irá consumi-la, relacionadas à adequação nutricional e cultural da dieta, necessitando estar livre de substâncias nocivas, cuidando-se de que ela não esteja contaminada e que contenha as especificações nutricionais do alimento a ser consumido. A noção de alimentação adequada deve estar relacionada à nutrição, estando vinculada ao acesso à alimentação, a qualidade e quantidade suficiente a ser consumida, diariamente, de maneira a atender às necessidades básicas nutricionais de cada indivíduo, na manutenção da sua saúde, tomado o cuidado de não se reduzir essa alimentação à ingestão de algo que somente mitigue a fome (RANGEL, 2018a, p. 82).

Na contemporaneidade, a definição de fome busca captar a dimensão do sofrimento humano que está ausente em muitas descrições oficiais da insegurança alimentar, a saber: a angústia intolerável, que tortura todo "ser" faminto, desde o momento que desperta, podendo ser a angústia, a mais terrível

manifestação de sofrimento psicológico, diante das múltiplas dores e enfermidades de que padece um corpo desnutrido. Jean Ziegler (2013a, p. 32) destaca que "[...] dolorosa é a morte pela fome. A agonia é longa e provoca sofrimentos insuportáveis. Ela destrói lentamente o corpo, mas também o psiquismo".

De acordo com o relatório da FAO (2018, p. 3-4) pelo terceiro ano consecutivo, ocorreu aumento da fome no nível mundial, chegando a 821 milhões, o número de pessoas subnutridas, em 2017. Conforme o relatório, a proporção de pessoas subnutridas na população mundial pode ter atingido 10,9%, em 2017, sendo que em 2016 atingiu 10,8%, e no ano de 2015, 10,6%. Isto significa dizer que o mundo não alcançará a meta do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) de erradicar a pobreza e a fome de maneira sustentável, até o ano de 2030, erradicação esta, relacionada a todas as formas e dimensões de pobreza, incluindo a pobreza extrema, que é o maior desafio global e, requisito indispensável ao desenvolvimento sustentável.

Todos os 193 estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) assinaram um compromisso global, em setembro de 2015, contendo 17 objetivos para transformação do mundo, por meio da agenda 2030, onde um dos objetivos principais consiste em acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição, promovendo a agricultura sustentável, até o ano de 2030. A adoção desses objetivos assegura a aceitação de um caminho voltado para o desenvolvimento de todos os países do mundo, e somente por meio do desenvolvimento sustentável se poderá alcançar a meta de erradicação da pobreza e da fome.

A agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável (ONUBR, 2018b) busca, por meio da meta da ODS libertar a raça humana da tirania da pobreza e da penúria com a erradicação da fome no mundo. São medidas ousadas, transformadoras e necessárias. A agenda universal é ambiciosa, contudo necessária. Os referidos objetivos buscam a concretização dos direitos humanos de todos, alcançando a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e das meninas, buscando exterminar a pobreza em todas as suas formas e lugares, acabando com a fome e alcançar a segurança alimentar com a melhoria da nutrição, promovendo-se a agricultura sustentável.

Contudo, o fenômeno fome está longe de ser erradicado, pois a "[...] a fome é um flagelo fabricado pelos homens contra outros homens" (MELLO; NEVES, 2007, p. 8), e não propriamente a falta de alimentos. Pode-se dizer que

a fome se relaciona com a capacidade que tem o homem e adquirir o seu próprio sustento, devendo o Estado capacitá-lo e garantir-lhe a concretização do Direito Humano à Alimentação Adequada, afastando-os da pobreza extrema.

Quando se afirma ser a pobreza uma violação dos direitos humanos, constata-se que os direitos dos mais pobres estão limitados, ficando eles privados dos bens necessários à sobrevivência, entre os quais se encontra, notadamente, a alimentação, a qual deveria ser assegurada a todos, resguardando a dignidade de cada um. Isso porque a ausência de alimentação retira a dignidade do ser, promove a pobreza e a degradação do ser humano, motivando conflitos sociais, razões pelas quais ela deve ser combatida, sempre. A erradicação da pobreza é dever do Estado e direito assegurado a todo cidadão.

Não há dúvidas de que, em qualquer parte do mundo, a pobreza é entendida como a ausência ou a privação de uma necessidade básica do ser humano, oscilando, muitas vezes, quanto à intensidade desta privação. A falta de rendimentos impede que o indivíduo se alimente e, sendo a alimentação a primeira condição básica à sua sobrevivência, caso não efetivada, poderá ocasionar o seu estado de indigência e, também, a sua morte (VILLAS BÔAS e SOARES, 2017, p.80).

O direito de se ter, todos os dias, o alimento adequado sobre a mesa, é de todo ser humano. E, veja-se, é um direito do homem, e não, somente, um ato de caridade esperado por ele, conforme exaltado, a seguir

> O Estado e qualquer ser humano deve sempre prestar a caridade, ofertando alimentos a quem estiver deles desprovido, porém, cada homem, antes de se dizer satisfeito com a alimentação recebida, de maneira caridosa, deve sim, cobrar do Estado a efetividade desta prestação, porque a alimentação adequada é dever do Estado perante os homens do seu povo. (VILLAS BÔAS E SOARES, 2017, p. 82)

Alimentar-se de maneira adequada propicia o enfrentamento do estado da fome, corrobora a realização da dignidade de cada ser, pois a alimentação reduz as desigualdades sociais, caminhando sempre na direção da concretização do princípio da solidariedade.

Mundialmente, deseja-se que o fenômeno "fome" seja encarado de maneira franca, aberta e de frente, afastando-se tabus antigos que, no lugar de auxiliar no combate à fome, de um lado, propicia um afastamento de todos da problemática, um sentimento de repulsa e de distanciamento e, de outro lado, corrobora a vergonha, a baixa-estima e a indignidade daquele que sente o mal da

fome. O combate à fome é uma luta de toda a sociedade mundial, que busca a concretização da igualdade social, razão pela qual ela deve ser denunciada, sempre (VILLAS BÔAS e SOARES, 2017, p.88).

Extrai-se dos ensinamentos de Helene, Marcondes e Nunes (1997, p. 7) que "[...] a fome não é consequência da falta de alimento, mas da falta de democracia, de um tipo de democracia que diga que todos nós temos direito a uma alimentação compatível com nossa idade, nossas necessidades e dignidade".

Ao analisar o fenômeno fome na atualidade não se pode confundir apenas com o apetite ou vontade de comer, mas a fome está relacionada à subnutrição, ou seja, ingestão calórica inferior às calorias gastas por um ser humano normal para funcionamento normal do organismo, que é chamada de "[...] global, energética ou calórica [...]". (ABRAMOVAY, 1983, p. 14). Sabe-se que, mesmo havendo consumo de alimentos, ainda assim poderá existir a fome parcial, quando falta na alimentação uma das substâncias vitais (vitaminas, minerais ou proteínas), ou quando a ingestão dessa substancia é insuficiente.

Nesse sentido, existem dois conceitos de fome utilizados pela ONU e suas agências especializadas: a fome estrutural e a conjuntural, conforme exposto, a seguir

> A fome estrutural é própria das estruturas de produção insuficientemente desenvolvidas dos países do Sul. Ela é permanente, pouco espetacular e se reproduz biologicamente: a cada ano, milhões de mães subalimentadas dão à luz milhões de crianças deficientes [enquanto que] A fome conjuntural, em troca, é altamente visível. (ZIEGLER, 2013a, p. 37).

E, mais, com relação à fome conjuntural

> [...] se produz quando, repentinamente, [há] uma catástrofe natural [...], [ou se produz uma] guerra e destrói o tecido social, arruína a economia, empurra centenas de milhares de vítimas aos acampamentos de pessoas deslocadas no interior do país ou de refugiados para além-fronteiras. (ZIEGLER, 2013a, p. 37-38).

Apresenta Abramovay (1983, p. 15) um conceito de "fome parcial ou específica", que é aquela se dá quando há ausência de proteínas, vitaminas ou minerais, ou quando estão todos esses componentes presentes, mas em quantidade inadequada. Ressalta que a ausência constante de qualquer uma dessas substâncias ou a "monotonia alimentar" determinará, "cedo ou tarde, lesões orgânicas".

Já para Castro (1968, p. 81), "fome parcial" é o mesmo que fome oculta, sendo a monotonia alimentar um "[...] hábito do homem civilizado de nutrir-se à base de um número restrito de substâncias alimentares". O autor chama a atenção para algumas fomes específicas: a) A "fome da proteína", que ele acredita ser "[...] uma das formas mais graves e generalizadas de carências". (CASTRO, 1968, p. 85); b) A "fome de minerais", pois "[...] uma dieta completa sob os vários aspectos da alimentação, não contendo, porém, certa dose de cálcio ou ferro, por exemplo, acarreta perturbações graves ao ser vivo que a consome". (CASTRO, 1968, p. 91); c) A "fome de vitaminas", extremamente preocupante, pois

> [...] a falta de vitaminas ocasiona não só doenças típicas, características, como é o caso da xeroftalmia, do beribéri, da pelagra, do escorbuto, mas também estados infinitos de mal-estar, perturbações obscuras que traduzem a fome oculta ou latente. (CASTRO, 1968, p. 101).

Certo é que a fome atua no ser humano marcando não só o seu corpo, como também, a sua alma. Para Castro (1968, p. 118), "[...] nenhum fator do meio ambiente atua sobre o homem de maneira tão despótica, tão marcante, como o fator da alimentação". Há de se procurar capacitar o ser humano com o objetivo de políticas de combate à fome, sendo que tais políticas não podem ser apenas direcionadas à erradicação da fome, mas capacitar os indivíduos investindo em educação, serviços de saúde etc., e mantendo o debate sobre a relação nutrida entre fome, pobreza e desigualdade.

2. DESENVOLVIMENTO HUMANO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A história pela busca da efetivação dos direitos humanos sempre esteve vinculada às lutas pela liberdade construídas durante séculos pelas vítimas da opressão, sendo os direitos humanos realizados a partir de um processo histórico. "A história de todas as sociedades até hoje existentes é a história das lutas de classes". (MARX; ENGELS, 2005, p. 40). Habermas (2012, p. 11) afirma que o direito humano surge após a constatação da opressão, da humilhação, da violação da dignidade humana, que é considerada fonte moral dos direitos humanos.

A evolução dos direitos humanos originou os direitos e garantias fundamentais, "A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas

sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade". (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009, [n.p.]). A construção dos direitos humanos não está finalizada, mas continua em evolução, de forma paulatina, sendo reconhecidos aos poucos, conforme o clamor da própria sociedade na busca pelo alargamento dos direitos decorrentes das lutas libertárias. Cavalcante Filho (2017, p. 6) afirma que os direitos humanos "[...] são uma construção histórica, isto é, a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais varia de época para época e de lugar para lugar".

A história das lutas pelos direitos humanos encontra-se na afirmação de Bobbio (2004, p. 5):

> Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Portanto, os direitos são construções históricas e surgem das lutas sociais presentes na sociedade, resultante de ações efetivadas por atores sociais históricos que, condicionados à determinantes econômicos, políticos e sociais e por configurar-se como inacabados, trazem a possibilidade de "[...] enfrentamento das mazelas produzidas pelo capitalismo". (COUTO, 2004, p. 52), visto que compõem o sistema de proteção social. Ainda complementa Celso Lafer (1988, p. 124): "[...] do século XVIII até os nossos dias, o elenco de direitos do homem contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais foram-se alterando com a mudança das condições históricas".

Os direitos sociais surgem, então, como conquistas dos movimentos sociais ao longo dos séculos, sendo, atualmente, reconhecidos no âmbito internacional, em documentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e as Diretrizes Voluntárias da FAO/ONU, dentre outros.

Com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nela os direitos do ser humano eram vistos como direitos inatos. Bonavides (2011, p. 578) sustenta que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é o estatuto da liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de

promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano. Os direitos humanos conscientizam e declaram o que vai sendo adquirido nas lutas sociais e dentro da história, para transformar-se em opção jurídica indeclinável (POZZOLI; ANTICO, 2011, p. 7).

No mesmo sentido, Piovesan, Gotti e Martins (2010) sustentam que os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. Trata-se de uma concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. A marca do direito humano é a luta pela liberdade e pela dignidade humana dos povos. O requisito único para a titularidade desses direitos é ser humano.

Na concepção de Pablo Jiménez Serrano (2017, p. 179), "[...] direitos humanos – direitos dos homens – podem ser definidos como o conjunto de direitos ligados à subsistência do ser humano, acrescentando que referida definição é complexa pela falta de uma definição unívoca".

Quanto aos direitos humanos, Rangel (2018b, p. 61) sustenta que,

> Em uma perspectiva essencialmente histórica, os direitos humanos são afirmados a partir das lutas permanentes contra a exploração, o domínio, a vitimização, a exclusão e todas as formas de "apequenamento" do humano. Materializa, pois, a base das lutas pela emancipação e pela construção das relações solidárias e justas.

Se a história mostra as lutas dos atores sociais pela liberdade, essa luta está atrelada às conquistas dos direitos dos homens. Guerra (2015, p. 45) afirma que os direitos humanos constituem um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade humana, as quais exigem reconhecimento positivo pelos ordenamentos jurídicos, em nível nacional e internacional.

Quanto ao reconhecimento positivo dos direitos humanos, Rangel (2018b, p. 63) sustenta que

> [...] é oportuno reconhecer que a positivação, por si só, não se traduz em garantia dos direitos humanos; lado outro, se não fossem positivados, subsistiria ainda maior dificuldade, eis que a sociedade não disporia de condições públicas para acioná-lo.

Neste mesmo sentido, "[...] a eficácia real dos direitos humanos requer um marco jurídico e normativo que possibilite seu exercício frente ao Estado e

aos particulares. (Tradução nossa)"[1]. (TOVAR, 2008, p. 49), sendo a positivação essencial pois, quando da violação dos direitos, é essencial saber a quem se deva reclamar para ver garantido a proteção e o reconhecimento dos direitos violados.

Ainda sobre a importância da positivação dos direitos humanos, Montoro Ballesteros (1984, p. 301-302, grifo do autor) nos ensina que

> A função fundamental da positivação assenta-se na transformação ou conversão dos direitos humanos – que são princípios do direito natural – mediante sua incorporação ao ordenamento jurídico positivo – fundamentalmente ao ordenamento jurídico constitucional –, em autênticos direitos subjetivos, desde o ponto de vista técnico-jurídico, concretizando e determinando seu conteúdo, seu alcance e seus limites, assim como seu regime de garantias e tutela. Contudo, note-se que a natureza, a significação e o alcance da positivação variam de umas épocas para outras, podendo-se distinguir a respeito:
> a) Uma significação prática: confirmar e afiançar antigos costumes e privilégios, sobre a base de uma fundamentação histórica, tradicional. Tal foi o sentido da positivação dos direitos na história constitucional inglesa.
> b) Uma significação filosófica: inspirar, informar e legitimar o direito positivo, sobre a base de uns princípios filosóficos, racionais, de caráter abstrato e universal. Esse foi o sentido das declarações de direitos americanas e francesas dos séculos XVIII e XIX.
> c) Uma significação normativa: é própria das constituições modernas. Nelas, a positivação dos direitos humanos tem a finalidade fundamental de conferir validez dogmática e das correspondentes garantias jurídicas a tais direitos, de modo que sua formulação constitua autênticas normas de direito positivo. A máxima expressão desta significação normativa é a representada pelo "princípio de aplicação imediata" dos direitos humanos constitucionais, técnica que inaugura a Lei Fundamental de Bonn. (Tradução nossa).[2]

---

[1] "[...] la eficacia real de los derechos humanos requiere de un marco jurídico y normativo que posibilite su ejercicio, frente al Estado y los particulares".

[2] La función fundamental de la positivación radica en la transformación o conversión de los derechos humanos – que son principios de derecho natural – mediante su incorporación al ordenamiento jurídico positivo – fundamentalmente al ordenamiento jurídico constitucional -, en auténticos derechos subjetivos, desde el punto de vista técnico-jurídico, concretando e determinando su contenido, su alcance e sus límites, así como su régimen de garantias y tutela. Con todo hay que advertir que la naturaleza, la significación y el alcance de la positivación ha variado de unas épocas a otras, pudiéndo-se distinguir al respecto:

a) *Una significación práctica:* confirmar y afianzar antiguas costumbres y privilégios, sobre la base de una fundamentación histórica, tradicional. Tal fue el sentido de la positivación de los derechos en la historia constitucional inglesa.

b) *Una significación filosófica:* inspirar, informar y legitimar el derecho positivo, sobre la base de unos princípios filosóficos, racionales, de carácter abstracto y universal. Ese fue el

Não restam dúvidas quanto à importância da positivação dos direitos humanos, sobretudo a efetivação de tais direitos, pois é necessário para a segurança quando se tratar de direitos violados, sabendo que estão inseridos no ordenamento jurídico, determinando o seu conteúdo, limites e alcances, bem como as garantias e tutela. Certo é que esse alcance da positivação tem uma variante de uma época para outra, o que consolida a afirmação de que os direitos humanos estão em construção e não são passíveis de transações.

Para Rangel (2018b, p. 64), na acepção ética, os direitos humanos materializam as exigências basilares referenciadas na dignidade da pessoa dos sujeitos de direitos. Implica dizer que não são passíveis de transação em quaisquer circunstâncias e, ao mesmo tempo, configuram condições colocadas a toda efetivação histórica. Afirmando ainda, que "[...] dignidade da pessoa humana advém do fato de que, em razão da sua vontade racional, somente a pessoa vive em condições de autonomia, ou seja, um ser capaz de orientar-se pelas leis que ele mesmo produz". (RANGEL, 2018b, p. 64).

No que concerne à dignidade humana, São Tomás de Aquino, na leitura da Melina Girardi Fachin (2009, p. 34), foi quem, pela primeira vez, cunhou a expressão dignitas humana, afirmando que "[...] a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe in actu só no homem enquanto indivíduo". Fato é que se o homem é a imagem e semelhança de Deus, logo a semelhança com Deus gera a dignidade que é inerente ao homem, como espécie.

Sobre o surgimento da proteção humana, Fábio Konder Comparato (2008, p. 54) sustenta que após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos de 1930, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da

---

sentido de las declaraciones de derechos americanas y francesas de los siglos XVIII y XIX.

c) *Una significación normativa:* es la propia de las constituciones modernas. En ellas la positivación de los derechos humanos tiene la finalidad fundamental de dotar de validez dogmática y de las correspondientes garantias jurídicas a tales derechos, de modo que sua formulación constituya auténticas normas de derecho positivo. La máxima expresión de esta significación normativa es la representada por el <<princípio de aplicación inmediata>> de los derechos humanos constitucionalizados, técnica que inaugura la Ley Fundamental de Bonn.

compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

Sarlet (2010, p. 27-29), no tocante à dignidade da pessoa humana, ensina que a dignidade se encontra latente em tudo que diz respeito à essência do ser humano. Caracteriza-se como uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, de forma que a destruição de um implicaria a destruição do outro, fazendo com que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituam-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, Moraes (2002, p. 128) ressalta que

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Trata-se de uma prerrogativa do ser humano ser tratado e respeitado como uma pessoa, reconhecendo o ser humano como o centro e o fim de direitos,

> [...] um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. (SARLET, 2010, p. 62).

A luta pela efetivação dos direitos do homem é a luta para que esse mesmo homem tenha respeitado a sua dignidade, e o seu desenvolvimento tem que acontecer embasado nesse respeito, como destaca Nunes (2003, p. 111), que a ideia de desenvolvimento econômico humano, "[...] passa por caminhos que respeitem a dignidade do homem, o desenvolvimento integral da sua personalidade, a conquista do bem-estar material, mas também o desenvolvimento dos homens no plano da sua profissão, da cultura e do lazer".

E ao identificar a liberdade e as oportunidades de promoção do indivíduo na sociedade, a partir da perspectiva do desenvolvimento social, Amartya Sen (2010, p. 71) observa que

> Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nesta perspectiva, as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas – dada a oportunidade na conformação do seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade têm papéis de sustentação, e não apenas de entrega sob encomenda.

Para o economista indiano, o alargamento de liberdades é considerado o principal fim e o meio do desenvolvimento, voltadas para as pessoas que devem estar envolvidas pois as oportunidades são direcionadas a elas, implicando necessariamente que os indivíduos sejam dotados das capacidades de esquivarem-se das carências como a "[...] fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc.". (SEN, 2010, p. 55).

É o principal meio do desenvolvimento em razão de seu papel instrumental, relativo

> [...] ao modo como diferentes tipos de direitos, oportunidades e intitulamentos [entitlements] contribuem para a expansão da liberdade humana em geral e, assim, para a promoção do desenvolvimento, [razão pela qual a] eficácia da liberdade como instrumento reside no fato de que diferentes tipos de liberdade apresentam inter-relação entre si, e um tipo de liberdade pode contribuir imensamente para promover liberdades de outros tipos. (SEN, 2010, p. 56-57).

A expansão da liberdade com a promoção do desenvolvimento humano precisa estar associada às políticas públicas, as quais, segundo Sen (2010, p. 25), "[...] visando ao aumento das capacidades humanas e das liberdades substantivas em geral podem funcionar por meio da promoção dessas liberdades distintas, mas inter-relacionadas". Desta feita a implementação de políticas públicas precisas e adequadas destinadas à alimentação certamente contribuirá para a superação das desigualdades sociais, com expansão das liberdades dos cidadãos na sua capacidade de agente.

E no tocante a Políticas Públicas no Brasil, em 15 de setembro de 2006 foi sancionada a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), Lei nº 11.346/06, criando o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), o qual se refere à disponibilização de alimentos e ao acesso dos indivíduos à alimentação, que deve ser de qualidade e suficiente quantidade à ingestão de nutrientes, de maneira a nutrir o indivíduo, já que a alimentação que

não nutre o indivíduo não pode ser considerada alimentação, mas, sim, o ato de atulhar o estômago. Sempre é bom lembrar que o artigo 1º da Lei nº 11.346/06 dispõe ser dever do Estado assegurar o direito humano à alimentação adequada (BRASIL, 2006b).

Nessa esteira, o direito humano à alimentação adequada e segurança alimentar e nutricional, pode ser conceituado como

> [...] realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras da saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis. (GAMBA; MONTAL, 2009, p. 44).

O direito à alimentação saudável e adequada é derivado do próprio direito à vida. É um direito humano e fundamental à existência humana, pois é indispensável à sobrevivência do homem, garantindo a sua dignidade e liberdade, além da igualdade entre todos os seres humanos. "O direito à vida deve ser considerado como o mais fundamental de todos os direitos humanos, na medida em que, por ele, todos os outros direitos fundamentais podem ser realizados". (VILLAS BÔAS; SOARES, 2017, p. 84).

As políticas públicas devem corroborar a concretização do direito humano à alimentação adequada, melhorando as condições de insegurança alimentar enfrentada por todos os indivíduos.

Em sendo assegurado o direito humano à alimentação adequada, há uma melhoria na saúde, pois não se fala mais em desnutrição; na educação, pois com fome não existe possibilidade de concentração para o aprendizado; e no desenvolvimento humano, já que há uma melhoria na vida dos cidadãos que passam a ter capacidades e oportunidades, entre outras garantias. Josué de Castro (1984, p. 279) já afirmara que

> [...] a desnutrição é causada pela falta de alimentos, dificuldades econômicas e desconhecimento dos princípios de alimentação balanceada. [...] a fome no Brasil, que perdura, apesar dos enormes progressos alcançados em vários setores de nossas atividades, é consequência, antes de tudo, de seu passado histórico, com os seus grupos humanos, sempre em luta e quase nunca em harmonia com os quadros naturais. Luta, em certos casos, provocada e por culpa, portanto, da agressividade do meio, que iniciou abertamente as hostilidades, mas, quase sempre, por inabilidade do

> elemento colonizador, indiferente a tudo que não significasse vantagem direta e imediata para os seus planos de aventura mercantil.

A luta pelo provimento da alimentação adequada tem que ser diária, não podendo ficar à mercê do Estado e das políticas públicas, esperando para quando for possível que se faça alguma coisa, como bem sustentado por Valente (2002, p. 111), não se pode cruzar os braços e ficar esperando "[...] que haja condições políticas ou econômicas ideais para que ele, o direito humano à alimentação adequada seja assegurado. Ele é um direito primordial, pois é um direito à própria vida".

O direito humano à alimentação visa ao desenvolvimento humano, pois, por intermédio do direito a não sofrer o mal da fome se protege a vida humana, pondo-a a salvo desde a concepção, estando resguardado o direito à vida, também é assegurado o direito a ter uma alimentação adequada, e em quantidade suficiente para manter o mínimo existencial.

CONCLUSÃO

Apresente pesquisa analisa questões relevantes relacionadas ao enfrentamento da fome apontando se, de fato, o Direito Humano à Alimentação Adequada está sendo concretizado, sob o prisma da dignidade da pessoa humana, insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 1º, III e na DHDU, artigo 25.

Partiu-se, primeiramente, de um estudo sobre o significado da fome e as consequências trazida por ela, constatando-se que ela, a fome, continua matando milhões de pessoas no mundo, até hoje, sendo que o número de pessoas que passa fome no mundo é crescente, aumentando de 815 milhões de indivíduos, em 2016, para quase 821 milhões em 2017.

Extraiu-se dos estudos que por mais que se tenha realizado esforços para enfrentar a problemática da fome, ultimamente, o número de pessoas que vivem em situação de insegurança alimentar, tem sempre crescido, denotando que a fome continua rondando os lares no Brasil e no Mundo, quer a fome extrema quer a fome relacionada à ausência de alimentação adequada.

Constatou-se, também, que a pobreza que gera a fome, ainda tem que ser vencida, sendo necessário para tanto, alcançar-se a redução das injustiças sociais nas sociedades existentes, buscando-se concretizar o princípio da

igualdade social entre todos os indivíduos, caminhando-se para a materialização da solidariedade. A dignidade da pessoa humana e o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em benefício das gerações presentes e futuras está completamente atrelado à concretização do Direito Humano à Alimentação Adequada, objetivo a ser alcançado pelo desenvolvimento sustentável (ODS).

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, R. *O que é fome*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Direito à alimentação adequada.* Brasília, DF, 2013. Disponível em: https://www.mdh.gov.br/biblioteca/promocao-e-defesa/direito-a-alimenta-cao-adequada. Acesso em: 14 mar. 2018.

BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CASTRO, A. M. de (org.). *Fome:* um tema proibido. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Geopolítica da fome*: ensaios sobre os problemas de alimentação e de população. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Brasiliense, 1968. v. 2.

_____. de. *Geografia da fome*: o dilema brasileiro: pão ou aço. Rio de Janeiro: Antares, 1984.

CAVALCANTE FILHO, J. T. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2017. Disponível em: https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 14 maio 2018.

COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COUTO, B. R. C. *O direito social e a Assistência Social na sociedade brasileira*: uma equação possível? São Paulo: Cortez, 2004.

FACHIN, M. G. *Fundamentos dos direitos humanos*: teoria e práxis na cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FOOD AND AGRICULTURE OF ORGANIZATION OF THE UNITED STATES (FAO). *Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de*

Acção da Cimeira Mundial de Alimentação. 13-17 de novembro de 1996, Roma. Disponível em: http://www.fao.org/docrep/003/w3613p/w3613p00.htm. Acesso em: 14 mar. 2019.

FOOD AND AGRICULTURE OF ORGANIZATION OF THE UNITED STATES (FAO). *El Estado de Seguridad Alimentaria y la Nutrición en el Mundo*. 2018. Disponível em: http://www.fao.org/3/I9553ES/i9553es.pdf. Acesso em: 3 jan. 2019.

GUERRA, S. *Direitos Humanos*: Curso Elementar. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARX, K.; FRIEDRICH, E. *Manifesto Comunista*. Tradução de Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo. 2005.

MELO, M. M.; NEVES, T. C. W. (org.). *Josué de Castro*. Brasília, DF: Plenarium, 2007. (Perfis Parlamentares, n. 52). Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Downloads/perfis_josue_castro.pdf. Acesso em: 14 mar. 2017.

MONTORO BALLESTEROS, A. Sobre el proceso de positivacion de los derechos humanos. *Persona y Derecho*, Pamplona, España, n. 11, p. 293-393, 1984. Disponível em: http://dadun.unav.edu/handle/10171/12460. Acesso em: 24 jul. 2017.

MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES, A. J. A. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTA, R. dos S. *O combate à fome e à pobreza na política externa brasileira (2003-2010)*: do discurso à prática e a prática do discurso. 2015. 161 f. Dissertação (Relações Internacionais) – UNB, Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17903/1/2015_RodrigodosSantosMota.pdf. Acesso em: 11 nov. 2018.

ONUBR. *FAO*: fome aumenta no mundo e afeta 821 milhões de pessoas. Brasília, DF, 2018a. Disponível em: https://nacoesunidas.org/fao-fome-aumenta-no-mundo-e-afeta-821-milhoes-de-pessoas/. Acesso em: 25 fev. 2019.

_____. *Mundo não pode ver água como garantida, afirma chefe da ONU ao lançar década global de ação*. Brasília, DF, 2018b. Disponível em: https://nacoesunidas.org/mundo-nao-pode-ver-agua-como-garantida-afirma-chefe-da-onu-ao-lancar-decada-global-de-acao/. Acesso em: 15 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas,

de 16 de dezembro de 1966. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27º. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. *Comentário Geral nº 12*: O Direito Humano à Alimentação (art. 11). Genebra: ONU, 1999. Disponível em: http://www.sesc.com.br. Acesso em: 25 jul. 2017.

PIOVESAN, F.; GOTTI, A. P.; MARTINS, J. S. A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: PIOVESAN, F. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PODESTÁ, O. P. G. de**.** *Programa Bolsa de Família e a Segurança Alimentar e Nutricional*: o caso do município de Anchieta-ES. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local) – EMESCAN, Vitória, 2011.

POZZOLI, L.; ANTICO, A. A função promocional do direito ao trabalho digno sob a ótica dos direitos humanos. In: HERRERA, L. H. M.; AGOSTINHO, L. O. V. de; BAIO, L. S. (org.). *Tutela dos direitos humanos e fundamentais*. Ensaios a partir da linha de pesquisa construção do saber jurídico e função política do direito. Birigui: Boreal, 2011.

RANGEL, T. L. V. *Poder de polícia e segurança alimentar e nutricional*: tessituras à vigilância sanitária e a função fiscalizadora de produtos e serviços de alimentos. 2016. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br. Acesso em: 14 mar. 2019.

_____. *Fome*: segurança alimentar e nutricional em pauta. Curitiba: Appris, 2018a.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIQUEIRA, D. P.; PICCIRILLO, M. B. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 12, n. 61, fev. 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 4 out. 2015.

TOVAR, L. F. Positivación y protección de los derechos humanos: aproximación colombiana. *Criterio Juridico*, Santiago de Cali, v. 8, n. 2, p. 45-72, nov. 2008. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1

&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj85ezHx6LVAhUOl5AKHZ0QC-gQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Frevistas.javerianacali.edu.co%2Findex.php%2Fcriteriojuridico%2Farticle%2Fdownload%2F306%2F1125&usg=AFQjCNGN5Ynolqlad-iAlWvRjD-XIcZE8A. Acesso em: 24 jul. 2018.

VILLAS BÔAS, R. V.; SOARES, D. da S. O direito humano à alimentação adequada. *Actas del IIº Congreso Internacional de Derechos Humanos*. Chile: Ribicón Editores, 2017.

ZIEGLER, J. *Destruição em massa:* Geopolítica da Fome. São Paulo: Cortez, 2013.

BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO: uma proposta política de emancipação para pessoas em situação de vulnerabilidade

Renato Santos Gonçalves
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)
Docente do Departamento de Direito, Governador Valadares, Brasil
e-mail: renatosantos.goncalves@ufjf.edu.br

Resumo: A Bioética de Intervenção, proposta epistemológica brasileira, decolonial, pluralista e democrática, tem como pedra fundamental a proteção dos Direitos Humanos e opção ideológica pelas comunidades marginalizadas e indivíduos em situação de vulnerabilidade, sustentando que o debate bioético demanda atuação política e social, e não pode ser restrito ao paradigma biomédico. Foi inserida no cenário global a partir de 2002, e teve posteriormente participação decisiva para a aprovação de uma Declaração Universal sobre Direitos Humanos e Bioética (UNESCO – 2005) em que os Direitos Humanos não fossem flexibilizados em benefício de interesses coloniais e de mercado. Demanda, de quem a defende, atuação acadêmico-política de resistência, engajada na educação e promoção da equidade.

1. Introdução

Tradicionalmente, ao discutir-se epistemologia e ética, sob o argumento da neutralidade da ciência, afirma-se que o conhecimento genuíno, livre de valores (inclusive epistêmicos, como verdade, verossimilhança, dentre outros), coloque a epistemologia e a (bio)ética (valorativa, pois discute moralidades) em compartimentos distintos. Epistemologia e ética, nesses termos, não seriam relacionadas (OLIVÉ, 2005).

Entretanto, Olivé (2005), sustenta que "epistemologia é indispensável para a ética, e particularmente para as éticas aplicadas, como é o caso da bioética." A tarefa principal da (bio)ética estaria relacionada à busca de princípios, e da análise da estrutura axiológica de práticas sociais; dentre elas as práticas biomédicas (nas pesquisas, docência e demais atividades profissionais), além da crítica das normas e valores que fundamentam referidas práticas e estrutura axiológica – com o fim de proposição de normas e valores éticos. (OLIVÉ, 2005).

Tanto a epistemologia quanto a ética têm, portanto, dimensão normativa e descritiva, analisam práticas sociais (como se desenvolveram, como existem),

mas esta análise deve ser crítica e levar a normas mais adequadas. À ética, cabe buscar normas e valores para a convivência harmoniosa, pacífica e cooperativa entre as diferentes moralidades e visões de mundo. No caso da bioética, estabelecimento de normas que permitam o exercício de práticas eticamente aceitáveis, no que diz respeito à vida, desde a saúde e bem estar dos seres humanos, até o reconhecimento e respeito dos direitos dos animais, bem como o direito de conservação do meio ambiente, através do valor da sustentabilidade (OLIVÉ, 2005).

Não há sentido, portanto, em aumentar valorações éticas da ciência em abstrato, ou de forma genérica, senão somente de sistemas concretos, em função de seus respectivos fins e objetivos, meios propostos para alcança-los, e consequências previsíveis e descobertas no meio do caminho. Por isso, não é desejável uma crítica estéril da ciência; a atitudes responsável é a de buscar conhecer seus procedimentos e limitações, e participar nas decisões de adoção de tecnologias e medidas tecnológicas concretas (OLIVÉ, 2005).

Estabelecida a integração entre ética, éticas aplicadas (como a bioética) e a epistemologia, necessária ainda a atenção ao fenômeno da colonialidade, que demarca os mecanismos opressivos dentro da epistemologia e produção de conhecimento, a partir de países centrais, direcionados aos países periféricos.

2. Colonialidade e a bioética hegemônica principialista

No que diz respeito à produção do conhecimento em bioética, percebe-se que as práticas hegemônicas se originaram nos Estados Unidos e Europa, que impõem aos países periféricos suas práticas e formas de pensamento como sendo as mais adequadas, por meio de "um regime de produção de conhecimentos que legitima e funcionaliza o contexto colonial-modernidade." (NASCIMENTO, MARTORELL, 2013). Nesse contexto, os países centrais corresponderiam às metrópoles, e os países periféricos, as colônias, como um desdobramento claro e atual de todo um sistema opressivo, colonizador e imperialista inaugurado na modernidade.

A modernidade, aliás, foi o período em que a colonialidade, a formação da América Latina e a constituição do modo capitalista de produção tiveram início, numa relação de interdependência persistente até a atualidade, uma vez que os mecanismos de dominação das antigas colônias, atuais países periféricos, como os latino-americanos, persistem em virtude da organização do sistema

capitalista. Afinal, "o padrão de poder que se instaura na modernidade – a colonialidade – funciona mediante a hierarquização das populações com o direcionamento da força produtiva para a produção e manutenção do capital" (QUIJANO, 2006). A produção de conhecimento oriunda dessa máquina opressiva é igualmente hierarquizante e excludente em relação aos países periféricos, do sul.

Para além de todo esse processo iniciado na modernidade, no século XX a situação se agrava, pois se sedimentou uma ideia de desenvolvimento em que

> a sociedade de mercado transforma o pacto social em um contrato de compra e venda, que oblitera os valores humanos, produzindo desigualdades econômicas e sociais entre indivíduos, grupos e segmentos no âmbito interno das nações, além de flagrante assimetria entre elas. (PORTO, GARRAFA, 2005)

A hierarquização de indivíduos, grupos e segmentos, nesse contexto, ocorre a partir de sua capacidade de adquirir os bens de consumo, oferecida pelo mercado. O que determina o pacto social é a capacidade de fazer parte do mercado como produtor ou consumidor de tecnologia (PORTO, GARRAFA, 2005).

A globalização dos mercados, e sua consequentemente internacionalização das fronteiras do mundo capitalista, acentuaram as disparidades entre norte e sul, entre metrópoles e colônias, e isso não apenas no que diz respeito a bens de consumo, mas também produção de conhecimento. Toda a lógica colonial iniciada na modernidade foi acentuada com a globalização, inclusive no que diz respeito à produção do conhecimento e de suas respectivas bases epistemológicas.

A teoria principialista, de Beauchamp e Childress (1979) se fundamenta em quatro princípios norteadores para a conduta biomédica: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, o que, conforme será verificado, constitui uma forma reduzida para análise de dilemas bioéticos. O detalhamento dos princípios não é objetivo do presente trabalho, uma vez que seu foco é a Bioética de Intervenção; de todo modo, necessário se faz, para além da menção dos princípios a contextualização sobre aos interesses aos quais a teoria em questão adere, e características referenciais fundamentadoras.

A teoria principialista parte da proposta de uma moral universal, em que especificidades regionais e o pluralismo cultural são desconsiderados ou pouco valorizados. Mais uma vez, uma imposição de valores culturais e morais do norte-central em direção aos países do sul-periféricos. Também tem como característica

marcante a limitação do debate bioético ao âmbito biomédico, centrando sua prática na aplicação de Termos de Consentimento Informado, com fins de verificação (na maior parte das vezes, protocolar e documental) apenas sobre o respeito aos quatro princípios norteadores da bioética.

O *check list* dos Termos de Consentimento Informado é de cômoda aplicação na pesquisa e práticas biomédicas, mas é imprescindível que o debate bioético saia das raias do paradigma biomédico e se torne um debate coletivo, de cidadania, em todos os espectros da sociedade, de maneira multi-inter-transdisciplinar.

Anota-se ainda que com o desdobramento da globalização e da economia de mercado próprias do sistema capitalista, o princípio da autonomia acabou por ser supervalorizado em detrimento dos demais, haja vista o individualismo exacerbado típico do capitalismo. O princípio da justiça, por exemplo, mais ligado à coletividade, acabou sendo relegado a segundo plano, de forma acessória, embora sua observação seja de suma importância em países periféricos, marcados pela vulnerabilidade e desigualdade sociais.

3. Bioética de Intervenção (BI): uma proposta contra-hegemônica e de resistência

Resistindo ao mecanismo homogeneizante e impositivo mencionado, emerge a bioética de intervenção, aliada a uma série de formas de pensamento contra hegemônicas, como as teorias da colonialidade, a teologia da libertação e a pedagogia do oprimido - sendo a bioética de intervenção a mais recente, em construção e consolidação. Destaca-se que

> a bioética de intervenção pretende legitimar, no campo do estudo das moralidades e da aplicação dos valores éticos, uma perspectiva ampla, que envolva os aspectos sociais da produção das doenças, contribuindo para a construção de uma bioética crítica que possa ser aplicada nos países periféricos (PORTO, GARRAFA, 2005)

A Bioética de Intervenção (BI), que começa seu desenvolvimento a partir dos anos 90, tem seu marco inicial de internacionalização no Sexto Congresso Mundial de Bioética, em Brasília, em novembro de 2002. A despeito de forte oposição, a voz regional dos oprimidos se fez presente, e mais forte dentro da temática "Bioética, poder e injustiça". Até 1998, a bioética brasileira importava a teoria principialista, e adotava de forma acrítica os Termos de Consentimento

Informado, mas a partir da virada do século XXI, vozes dissidentes se tornaram cada vez mais audíveis no cenário internacional.

A BI entende que a teoria principialista, embora de certa praticidade, necessita ser expandida, haja vista que, tal qual proposta pelo norte, é insuficiente para: análise contextualizada de conflitos em que valores culturais e morais específicos de determinado local sejam considerados; e enfrentamento de problemas bioéticos persistentes em países colonizados, com marcadas desigualdades e vulnerabilidade social. Defende, portanto, o pluralismo moral, e, consequentemente, entende ser impossível existirem paradigmas bioéticos universais.

Conforme proposto por Garrafa (2005), categorias como responsabilidade, cuidado, solidariedade, comprometimento, alteridade e tolerância devem integrar a gramática dos(das) bioeticistas. Ademais, há que se respeitar também o que o autor chama de quatro "pês": prevenção (de possíveis danos e iatrogenias), precaução (frente ao desconhecido, prudência (com relação aos avanços e novidades tecnológicas), e proteção (dos marginalizados e desassistidos). Percebe-se assim uma bioética compromissada com a banda mais frágil da sociedade, com a coisa pública e com a sustentabilidade do meio ambiente.

Garrafa (2005), ao apresentar a BI, sustenta que ela defende, no campo público, a priorização de políticas e decisões que privilegiem o maior número de pessoas, pelo maior espaço de tempo e com melhores consequências, ainda que em desfavor de certas situações individuais, pontuais e discutíveis; no campo privado, a busca de resposta viáveis e práticas para dilemas identificados com o contexto social, cultural, econômico e político em que ocorrem. Isso tudo denota que a BI se opõe a importação acrítica e universalizada de teorias estrangeiras e hegemônicas, já que, como afirmado, estas são incapazes ou insuficientes para solução de conflitos e impactos positivos nas sociedades excluídas dos países periféricos e suas organizações políticas.

Conforme Nascimento e Garrafa (2011), as propostas defendidas acima tem a equidade como ponto de partida, a justiça social como objetivo e ambiente reflexivo; a libertação como ferramenta interventiva e o empoderamento e a libertação como forma de mobilização de sujeitos e recursos; e a emancipação como ponto fundamental. Denota-se, portanto, uma postura utilitarista e voltada para a equidade, num consequencialismo solidário e crítico.

Entretanto, importante que não se esqueça que a BI propõe a politização das questões morais abordadas pela bioética, rejeitando práticas e saberes

coloniais, e, portanto, demanda o exercício da cidadania e participação política cidadã. Desse modo, o utilitarismo voltado para a equidade deve envolver a participação da sociedade, com fins a evitar que as tomadas de decisão sejam de poucos favorecidos em detrimento de muitos desfavorecidos.

Sobre a equidade, Berlinguer (2015) ensina ser este o termo correto (ao invés de igualdade) quando o tema em discussão estiver ligado à dimensões éticas ou escolhas políticas, justificando que a igualdade universal, homogeneizadora, "significaria pretender uniformizar a espécie humana num único modelo, e anular o valor intrínseco das diferenças entre os indivíduos" (BERLINGUER, 2015, p. 113). Essa igualdade de fato, não formal, construída politicamente a partir das diferenças, diversidade e subjetividade seria a equidade.

Como a BI se coloca ao lado dos mais fragilizados, as tomadas de decisão devem não só contemplá-los, mas envolvê-los, de modo a não serem restritas a profissionais da área acadêmica e/ou técnica das áreas biomédicas e sociais, em coerência à sua concepção de bioética para além do estrito campo de atuação nas áreas da saúde *strictu sensu*.

A BI também chama a atenção para o fato de que, na modernidade, o controle e gestão do corpo se tornam elementos centrais na organização capitalista. Como Foucault coloca,

> o controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade biopolítica (FOUCAULT, 1988).

Essa noção de corporeidade, em que o corpo é marcado pelas relações de poder, injustiça, hierarquização, desigualdade e vulnerabilidade é essencial para a construção da BI. A vida que se afirma nesse regime de poder moderno é dominada, hierarquizada e dirigida para a gestão das massas e populações. O capitalismo, as noções de raça, e gênero consolidam uma racionalidade política na qual o Estado é legitimado à gestão da vida. Dentro dessa dinâmica de pensamento, cria-se a percepção de que algumas vidas tem mais valor que outras, seja politicamente ou existencialmente, e isso funda a hierarquia e justifica a dominação, a submissão e exploração da vida (NASCIMENTO, MARTORELL, 2013), ideias frontalmente combatidas pela BI.

Referida ideia é reforçada quando se percebe que teorias hegemônicas em bioética se colocam como progressistas, alinhando-se a ideologias da economia de mercado, em que vida e corpo são bens de consumo, e, portanto, vendáveis, comercializáveis e colonizáveis. Nesse contexto, a BI se torna importante ferramenta para a crítica a biopolítica dominante, e às teorias bioéticas fundadas na colonialidade do projeto desenvolvimentista e capitalista.

A BI se coloca em resistência aos padrões bioéticos hegemônicos, mas propõe, para além de um debate crítico, intervenções práticas, através do reconhecimento do pluralismo sociocultural, e de intervenções pautadas no diálogo entre pessoas e instituições envolvidas. Por mais que assuma uma postura ideologicamente crítica e de resistência, sua *práxis* é sempre voltada para a interlocução e a constituir-se em ponte entre cidadãos, sociedade e Estado, no que diz respeito a solução de conflitos bioéticos persistentes e emergentes.

4. BI no contexto internacional. As conquistas na Declaração Universal sobre Direitos Humanos e Bioética (DUBDH)

As reflexões mencionadas, a respeito da BI, estão até hoje em constante processo de construção e consolidação, e atingiram, o cenário global a partir do 6º Congresso Mundial de Bioética, em 2002. Importante ressaltar que outro marco importante para o debate internacional das propostas e referenciais da Bioética de Intervenção se deu por ocasião da aprovação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH), da UNESCO (2005), e reuniões prévias à aprovação, denotando, como será mencionado, novamente o embate (bio)ético e epistemológico existente entre países centrais e periféricos, tornando evidentes os aspectos relacionados à colonialidade e o caráter anti-hegemônico e descolonial da BI.

Entretanto, necessária se faz uma pequena discussão acerca da evolução das discussões em Direitos Humanos, para melhor situar o leitor em relação ao cenário em que as discussões para aprovação da DUBDH ocorreram.

Entende-se que as discussões e reconhecimento dos Direitos Humanos ocorreram a partir de determinados contextos, divididos em gerações, e portanto, atreladas ao seu contexto sócio-político. Os Direitos Humanos de primeira geração, notadamente, as liberdades civis e políticas, remontam o fim do século XVIII, e a ruptura com o regime absolutista, através das Revoluções Francesa e de Independência dos Estados Unidos da América. Diante de um Estado

Absolutista, o movimento revolucionário buscava, sobretudo, limitar o poder estatal e sua ingerência na vida privada, assegurando direitos civis, políticos, de reunião, associação, sempre marcados pela busca de liberdade (concebendo também a igualdade de todos perante a lei). Frise-se, entretanto, que referido período histórico é o marco inicial da modernidade e do sistema capitalista, e, portanto, a liberdade maior que a nova classe dominante burguesa buscava era a liberdade de mercado.

Diante disso, apesar de mercados abertos, e de uma suposta liberdade e igualdade das pessoas de acordo com a lei, verificava-se, na prática, uma acentuada e crescente desigualdade entre os seres humanos. As liberdades, e, sobretudo, a igualdade, eram meramente formais, reconhecidas em documentos políticos, e com pouca ou nenhuma repercussão sobre as classes trabalhadoras e a grande massa, que não compunha a burguesia que havia ascendido ao poder, e não desfrutava das riquezas resultantes do sistema capitalista e mercantil.

Com isso, em defesa dessa grande massa trabalhadora, operária e oprimida pelo sistema, movimentos socialistas e comunistas ganham força e visibilidade, entre fins do século XIX e início do século XX. Buscavam, através da organização e união da classe trabalhadora, e junto à classe trabalhadora, a reivindicação da igualdade como primado garantido não apenas de maneira formal, mas de forma material e prática. A partir dessas lutas e reivindicações, direitos humanos sociais (garantidores do exercício de direitos em situação de igualdade), como direito ao trabalho, moradia, alimentação, educação e saúde foram incorporados ao arcabouço dos Direitos Humanos – consistindo nos Direitos Humanos de segunda geração.

Com o incremento do desenvolvimentismo e das ideias de "progresso" vendidas pelo capital, de avanço industrial e tecnológico, inúmeros danos à coletividade foram surgindo, ensejando a defesa de direitos ligados à coletividade, imantados pelos valores da fraternidade e solidariedade, dentre eles o direito ao meio ambiente sadio, autodeterminação dos povos, propriedade sobre o patrimônio da humanidade. São os direitos de terceira geração.

Destaca-se que as gerações de Direitos Humanos não se sobrepõem umas as outras, mas se complementam, refletindo a historicidade das lutas pelos Direitos Humanos e dimensões protetivas que a eles foram sendo dadas. Fato é que os Direitos Humanos são indivisíveis, e não podem ser vislumbrados fora da complexidade de suas interrelações.

Feita essa breve digressão, importante também perceber que o reconhecimento dos Direitos Humanos, no contexto das gerações mencionado, se dava no âmbito interno dos Estados, no plano nacional. Entretanto, após a criação da ONU, e após a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH (1948), inaugura-se um sistema de proteção internacional aos Direitos Humanos, até então protegidos em maior ou menor grau apenas no plano interno dos países. Ao aderirem à ONU, os Estados-Membros se comprometem a proteger os Direitos Humanos e reconhecem a DUDH como referencial protetivo, submetendo-se ao sistema de proteção internacional. Parte desse sistema de proteção é a UNESCO, cuja Declaração Universal de Bioética em Direitos Humanos passaremos a tratar.

4.1. Contextualização sobre as deliberações e aprovação da DUBDH (2005)

De acordo com Cruz, Oliveira e Portillo (2010), o Programa de Ética da Ciência e Tecnologia da Unesco tem como meta promover reflexões sobre ciência e tecnologia sob o prisma ético, por meio de um processo de elaboração de normas construídas a partir do ideal de diálogo verdadeiro, com base no respeito aos valores e dignidade das civilizações e culturas.

Através desse programa, especialistas de reconhecida competência se reúnem para elaboração de recomendações sobre aspectos éticos, legais e sociais relativos às ciências da vida, orientando as ações no campo da bioética. O Comite Internacional de Bioética (IBC) e o Comitê Intergovernamental de Bioética (IGBC) estruturam as discussões do programa.

Uma das resoluções da 32ª sessão da Conferência Geral, em 2003, considerava "oportuno e desejável fixar padrões universais no campo da bioética no que diz respeito à dignidade, aos direitos e às liberdades humanas, no espirito do pluralismo cultural inerente à bioética" (UNESCO, 2005). Sugeriu-se, então, ao Diretor-Geral da UNESCO que preparasse uma declaração de normas universais em bioética, para apreciação na 33ª sessão (CRUZ, OLIVEIRA, PORTILLO, 2010).

Importante destacar, em preparação à 33ª sessão, a atuação da delegação brasileira na 4ª sessão do Comitê Intergovernamental de Bioética. Recomendou fortemente a adoção de artigo referente à responsabilidade social, e de redação

mais completa sobre o tema. Direito ao acesso de medicamentos, proteção de populações vulneráveis, não aceitação do duplo *standard* em pesquisas (conduta em que regulamentos de segurança, sobretudo para testes de medicamentos ou tratamentos, apresentados por países periféricos, devem ser menos rigorosos do que em países centrais) foram defendidos como elementos do artigo de forma explícita. Recomendou também que, no artigo referente a práticas transnacionais, ficasse explícita a vedação à biopirataria, tráfico de órgãos e mercancia de material científico de origem humana ou animal (CRUZ, OLIVEIRA, PORTILLO, 2010). Claro é que a atuação da delegação brasileira ocorreu revestida de todo o aporte da BI, e sua opção pelos mais vulneráveis (em contexto global, inclusive), em atuação frontalmente contra a colonialidade hegemônica.

O debate ficou polarizado entre as delegações brasileira-periférica-colônia e a alemã-central-metrópole. A alemã defendia, de acordo com o principialismo bioético, que a DUBDH ficasse restrita à biotecnologia e biomedicina, e que, portanto, valores como responsabilidade social, solidariedade e cooperação internacional seriam impertinentes. Ao fim, a recomendação da sessão foi no sentido da revisão de pontos como "autonomia, consentimento informado, responsabilidade social, avaliação de risco, repartição de benefícios, práticas transnacionais e comitês de ética" (CRUZ, OLIVEIRA, PORTILLO, 2010).

Já na Sessão Conjunta do Comitê Internacional de Bioética e do Comitê Intergovernamental de Bioética, em janeiro de 2005, a atuação da delegação brasileira, a partir das diretrizes da BI, novamente foram decisivas para a resistência internacional às investidas bioéticas hegemônicas. De acordo com Cruz, Oliveira e Portillo (2010), recomendou, primeiramente, que a liberdade de pesquisa não fosse tratada como princípio, pois deve ser limitada por considerações éticas (o que despertou posicionamento contrário dos países centrais-metrópole). A delegação brasileira também se opôs à expressão "sempre que possível" no artigo referente à responsabilidade social, haja vista a clara possibilidade de flexibilização e redução do impacto do compromisso de responsabilidade social pelos países-membros.

Referida polarização nos debates foi decisiva, pois os entendimentos sobre bioética até então eram demasiado acadêmicos, e o resultado da atuação do grupo brasileiro demonstrou a necessidade de que aspectos políticos fossem contemplados na concepção de bioética. Assim, a bioética poderia ser utilizada como instrumento resolutivo de conflitos não apenas nas ciências da vida, mas também

naqueles oriundos das ciências sociais (CRUZ, OLIVEIRA, PORTILLO, 2010). A DUBDH contempla, após esse debate e atuação, o conceito de bioética como

> estudo sistemático, plural e interdisciplinar e resolução de questões éticas levantadas pela medicina e pelas ciências da vida e ciências sociais com implicações para os seres humanos e para o relacionamento destes com a biosfera, incluindo questões concernentes à disponibilidade e acesso aos desenvolvimentos científicos e tecnológicos e suas aplicações (UNESCO, 2005)

Encerrando o ciclo de debates prévios à aprovação da DUBDH, anota-se que, em sessão extraordinária do Comitê Internacional de Bioética, o diretor-geral da UNESCO, Koïchiro Matsuura manifestou sua satisfação em relação ao destaque à responsabilidade social, proteção dos direitos humanos, e questionamentos éticos em relação às gerações humanas furturas. O fato de serem levantadas questões específicas de acesso aos cuidados de saúde, alimentos e água, a redução da pobreza e melhoria do ambiente, ampliam possibilidades de ação que extrapolam os limites da ética médica, e demonstram mais uma vez a necessidade de a bioética se inserir em um debate aberto sobre o mundo político e social em geral (CRUZ, OLIVEIRA, PORTILLO, 2010). Definitivamente, uma importante conquista de espaço para a BI.

O texto final, aprovado, da DUBDH, em seu título explicita suas bases na legislação internacional de proteção aos direitos humanos, respeito à dignidade humana e liberdades fundamentais como fundamento para o desenvolvimento dos princípios bioéticos nela adotados. Embora de maneira não explícita, a questão do duplo *standard* de pesquisa foi contemplada, com a afirmação de que "todos os seres humanos, sem distinção, devem se beneficiar dos mesmos elevados padrões éticos na medicina e nas pesquisas em ciências da vida" (UNESCO, 2005).

Além disso, o artigo 8 (respeito pela vulnerabilidade humana e pela integridade individual), o artigo 10 (igualdade, justiça e equidade), o artigo 11 (não-discriminação e não-estigmatização), o artigo 12 (respeito pela diversidade cultural e pelo pluralismo), o artigo 13 (solidariedade e cooperação), o artigo 14 (responsabilidade social e saúde), o artigo 15 (compartilhamento de benefícios), o artigo 16 (proeção das gerações futuras), e o artigo 17 (proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade) da DUBDH (UNESCO, 2005), não seriam possíveis se não fosse a firme atuação anti-hegemônica da delegação brasileira, imbuída dos referenciais e parâmetros da BI.

Isso tudo se estivermos falando apenas de valores e/ou princípios explícitos na Declaração. Aspectos mais pragmáticos nela elencados, como a cooperação internacional (art. 24), o papel dos Estados (art. 22) e práticas transnacionais (art. 21) da DUBDH (UNESCO, 2005), tem conteúdo alinhado à BI. Por isso, pode-se afirmar que a BI, mesmo que ainda não hegemônica, tem demarcado território no espaço internacional, e contribuído para que a bioética seja cada vez mais percebida, no panorama global, para além das limitadas fronteiras do paradigma biomédico, ao comprometer-se com os vulneráveis e reafirmar a responsabilidade do Estado perante o direito social à saúde.

CONCLUSÃO

Sem a pretensão de se esgotar os temas abordados no presente artigo, de relevante complexidade e desdobramentos, apresentaram-se os fundamentos da bioética principialista, com posterior foco maior nos referenciais, parâmetros e diretrizes da BI, anti-hegemônica, bem como um breve histórico de momentos marcantes para sua inserção no panorama internacional e reconhecimento, como debates prévios e aprovação da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da Unesco (2005).

A demarcação de espaços no cenário nacional e internacional se deve, em grande parte, pela atuação acadêmico-política do Programa de Pós Graduação em Bioética – Cátedra Unesco -, da Universidade de Brasília (UnB), ambiente em que as reflexões sobre a BI foram iniciadas, amadurecidas (lembrando que ainda estão em permanente construção) e irradiadas pela América Latina e até países centrais. Importante destacar que a conduta dos (das) atores (atrizes) sociais do ambiente em questão deve ser tida como referência, pois transbordaram as fronteiras da academia, viabilizando atuação pautada na ocupação de espaços em que o principialismo e os interesses centrais eram a única voz, além de postura firme e de resistência ante aos interesses do capital, das metrópoles e das corporações, sobretudo das áreas hospitalar e farmacêutica.

A partir da educação em saúde realmente emancipadora, que enseje a transformação dos espaços de opressão, tal qual proposto pelo Programa de Pós Graduação em Bioética da UnB, novos espaços serão ocupados e as posturas anti-hegemônicas e anti-coloniais em bioética poderão ser sedimentadas no Sul e desde o Sul.

Entretanto, é necessário que se atente que nos últimos três anos o Brasil e a comunidade global tem sido invadidos por uma onda conservadora e autoritária, o que demanda o aprofundamento da atuação acadêmico-política em apreço. As crises econômicas que vão surgindo em cenário global (exemplo claro da insustentabilidade e desgaste do sistema capitalista) são a causa principal de tantos retrocessos. Como já afirmado por Berlinguer, ao se opor a ideia de que a globalização seria uma exigência, citando Vicente Navarro:

> Uma delas é que a globalização da economia corresponde hoje à acumulação de riqueza e de poder em poucas mãos, e ao predomínio do sistema financeiro sobre qualquer outro interesse. A outras é que os conceitos dominantes na cultura da globalização correspondem à tendência a mostrar um mundo sem mais alternativas (no início dos anos 1990, o livro de F. Fukuyama intitulado *O fim da história* alcançou sucesso internacional), a desvalorizar assim a fundção da democracia, das diferenças e das livres escolhas. Ambas objeções se baseiam em fenômenos reais. Pode-se também acrescentar que nestes tempos o domínio do capital chegou a não respeitar mais nada (a vida, a saúde e até mesmo as partes do corpo humano vão se transformando em mercadoria), e que o predomínio do mercado foi imposto também por meio de métodos fundamentalistas, como os de uma religião que não tolera heresias (BERLINGUER, 2015, p. 271)

Evidente exemplo de toda essa investida do capital corporativo contra a democracia para a manutenção de seus interesses, a despeito do desgaste e insustentabilidade do sistema, é a atual conjuntura sociopolítica brasileira, em que conquistas sociais construídas por décadas tem sido constantemente alvo de violência institucional. Refletindo um movimento de ascensão do autoritarismo ao redor do mundo, nos últimos quatro anos foram galgados espaços para que uma nova classe chegasse ao poder, aliada e submissa aos interesses corporativos internacionais e centrais, implodindo uma série de garantias construídas em mais de uma década, com uma agenda política de agravamento desse quadro de ruptura dos direitos humanos e sociais, previstos constitucionalmente.

O quadro evidenciado exprime o que Berlinguer denomina "estado ético", típico de ditaduras ou demais regimes autoritários em que a religião fundamenta o sistema político, caracterizado pela absorção de demandas individuais, baseadas numa ética intrínsecas, o que resulta em apenas uma moral como válida (o que se alinha ao universalismo ético do principialismo), a qual serve como parâmetro normativo, desdobrando-se em benefícios para a maioria hegemônica e sanções para as minorias (BERLINGUER, 2015, p. 90).

Frente ao exposto, a BI se torna fundamental, e não apenas nos aspectos relacionados às práticas em saúde, mas para garantir o Estado de Direito e a democracia, através não só de sua postura de resistência, mas das práticas dialógicas e mediadoras que lhe são características. A afirmação de direitos humanos, seja na esfera interna como na internacional, são o alicerce das conquistas sociais, e as transformações sociais exigem a revisão constante dessas afirmações, evitando que sejam reduzidas ou extintas. Vislumbra-se então uma jornada de ocupação de espaços diversos, resistência contra padrões hegemônicos, universalizantes e homogeneizantes, através da promoção da interlocução entre sujeitos, instituições e interesses – assistindo sempre o lado mais frágil e vulnerável dessas interrelações.

REFERÊNCIAS

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Principles of biomedical ethics. New York: Oxford University Press, 1979.

BERLINGUER, Giovanni. *Bioética Cotidiana.* Brasília: ed. Universidade de Brasília, 2015.

CRUZ, Márcio Rojas; OLIVEIRA, Solange de Lima Torres; PORTILLO, Jorge Alberto Cordón. A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos – contribuições ao Estado brasileiro. *Bioética (CFM),* 2010, vol 18 (1): 93-107

FEITOSA, Saulo Ferreira; NASCIMENTO, Wanderson Flor. A bioética de intervenção no contexto do pensamento latino-americano contemporâneo. Bioética (CFM), 2015, 23(2): 277-284.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GARRAFA, Volnei. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. Bioética (CFM), 2005, vol 13 (1): 125-134.

_____. Inclusão social no contexto político da bioética. *Revista Brasileira de Bioética,* 2005, vol 1(2):122-132.

NASCIMENTO, Wanderson Flor; GARRAFA, Volnei. Por uma vida não colonizada: diálogo entre bioética de intervenção e colonialidade. Saúde Soc 2011, vol. 20(2): 287-299.

NASCIMENTO, Wanderson Flor; MARTORELL, Leandro Bambilla. A bioética de intervenção em contextos descoloniais. *Bioética (CFM),* 2013, vol 21(3):423-431.

OLIVÉ, León. Epistemología en la ética y en las éticas aplicadas. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya (coords.). *Estatuto espistemológico de la Bioética.* México: Universidad Nacional Autónoma de México/Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la Unesco, 2005, p. 133-159.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Paris: Assembléia Geral da ONU, 1948.

PORTO, Dora; GARRAFA, Volnei. Bioética de Intervenção: considerações sobre a economia de mercado. *Bioética (CFM)*, 2005, Vol. 13 (1): 111-123.

QUIJANO, Aníbal. Diversidade étnica. In: Sader Emir. *Latinoamericana: Enciclopédia contemporânea da América Latina e do Caribe*. Rio de Janeiro: UERJ; São Paulo: Bomptempo; 2006, p. 520-530.

UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH). Paris: Unesco, 2005.

ASSISTÊNCIA AOS DESAMPARADOS: o papel das políticas públicas na redução da pobreza extrema e na concretização dos direitos sociais no Brasil

Ruth Ramos Dantas de Souza
Universidade Estácio de Sá
ruth.ramos96@yahoo.com.br

Darlan Alves Moulin
Mestre em Direitos Sociais, Difusos e Coletivos.
Professor de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário
na Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ.
Pesquisador do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA/RJ.
darlan.moulin@estacio.br

Resumo: A presente pesquisa consiste no estudo sobre o direito social à assistência aos desamparados, previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Questiona-se, como problemática, se o Estado está cumprindo o seu objetivo institucional que é a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais, previsto no artigo 3º, III, do Texto Constitucional. Questiona-se, ainda, se os projetos para a solução de tal questão são devidamente debatidos pelas instituições do Estado, de modo a efetivar os direitos fundamentais sociais para milhões de brasileiros em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Cogita-se que essas pessoas se encontram marginalizadas, hipótese esta confirmada por meio de diversos estudos realizados que demonstram que o Poder Público não tem garantido a milhões de brasileiros as mínimas condições para terem uma vida digna. Registre-se que atualmente, no Brasil, há mais de treze milhões de desempregados, muitos desses vivendo abaixo da linha da pobreza e a margem da sociedade, sem nenhuma expectativa de retornarem aos grupos sociais anteriormente ocupados. Vale ressaltar que o Estado deve garantir a essas pessoas as mínimas condições para que possam resgatar sua dignidade, reinserindo-as na sociedade por meio de políticas públicas eficazes, tais como acesso à educação e saúde de qualidade, profissionalização, geração de empregos, programas de renda mínima, as quais devem ser debatidas de forma razoável pelas instituições do Estado e por toda a coletividade. Desta forma, conclui-se que é dever do Poder Público promover a efetivação dos Direitos Sociais para aqueles que estão vivendo à margem da sociedade. Para tanto, utilizou-se os métodos crítico e de revisão bibliográfica e análise de documentos de modo a comprovar que a efetivação de assistência aos desamparados somente será possível por meio de políticas públicas eficazes que deverão ser implementadas após o racional debate pelos membros das instituições do Estado.

Palavras- chave: Assistência aos desamparados. Políticas públicas. Pobreza extrema. Concretização. Direitos sociais.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a pobreza extrema no Brasil e a grave violação à Dignidade Humana, diante da necessidade da efetivação de políticas públicas, pois é muito comum em nosso dia a dia nos depararmos com a pobreza, não é necessário ir aos grandes centros da Cidade, basta que possamos fazer uma caminhada pelo bairro e nos depararmos com condições de vida totalmente fora do mínimo existencial.

Muitas pessoas não conseguem sustentar a si mesmos e buscam ajuda de quem passa. Ser abordado no semáforo, e nos demais locais públicos virou uma terrível rotina. Essa é a face mais visível das pessoas que vivem em condições de miserabilidade.

1. A POBREZA COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A pobreza tem ligação com a falta de acesso ao ensino de qualidade, saúde, água potável, fornecimento de energia elétrica, entre outros serviços fundamentais para a subsistência humana, e a falta desses serviços é uma triste realidade para milhões de pessoas que vivem em condições de extrema miserabilidade pelo Brasil e pelo mundo.

A pobreza é como se fosse uma ferida difícil de cicatrizar, são marcas visíveis na pele e na alma de cada pessoa, muitas vezes são sonhos maltratados, onde adultos, crianças e idosos veem os sonhos mais simples parecem distantes de sua realidade. Porém não há uma definição de pobreza que seja universalmente aceita, pois para conceituar vai depender de diversos fatores e valores de cada sociedade dos seus respectivos países[1].

Devido a sua dificuldade de conceituar a pobreza, muitos países adotam medidas baseando-se nos rendimentos da população e no seu poder de consumir em dada sociedade. Partindo desse pressuposto, pobre é todo aquele em que o nível de renda ou consumo per capita de sua família ou domicílio ficasse abaixo

[1] http://wwp.org.br/o-que-e-pobreza/

do mínimo capaz de suprir as necessidades básicas de cada indivíduo, e esse mínimo é chamado de linha de pobreza.

Nesse sentido, segundo AMARTYA SEN:

> Nessa perspectiva, a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza. A perspectiva da pobreza como privação de capacidades não envolve nenhuma negação da ideia sensata de que a renda baixa é claramente uma das causas principais da pobreza, pois a falta de renda pode ser uma razão primordial da privação de capacidades de uma pessoa. (AMARTYA SEN, 2010, Pág. 120)

As necessidades básicas de cada indivíduo variam com o passar do tempo, como também cada país faz a sua definição de linha de pobreza, baseando-se no seu desenvolvimento, valores culturais e normas. De fato, as diferenças entre a pobreza dos países ricos e a dos países pobres fazem com que adotem medidas diferentes para a medição do fenômeno da pobreza nos países desenvolvidos e nos em desenvolvimento, portanto, o governo precisa saber como a pobreza se manifesta em seu território para saber qual será a estratégia de medição da pobreza e poder criar as suas políticas e programas sociais.

Como dito anteriormente, o conceito de pobreza varia de acordo com cada sociedade, porém existe uma diferença entre pobreza absoluta e pobreza relativa. A pobreza absoluta é uma situação de miséria e carência absoluta, que é praticamente igual para todas as épocas e lugares da vida.

Já a pobreza relativa é uma situação de carência em termos relativos, traçando um comparativo com as outras pessoas, com os demais membros da sociedade. Existe uma diferença entre uma pessoa pobre no Brasil e uma pobre nos Estados Unidos, o norte americano pode ser considerado pobre para os padrões de lá, se for comparar com o Brasil, aqui ele pode ser de classe média.

Assim como um pobre que recebe um salário mínimo no Brasil e comparar com países da África, vai ser considerado rico ou de classe média alta. Antigamente a pobreza podia eventualmente ser resultado do meio ambiente ou de catástrofes naturais, como a erupção de um vulcão, terremoto, grandes epidemias e também as frequências de guerras e conflitos armados que sempre ocorreram na história da humanidade.

Nos dias atuais, em pleno século XXI, teoricamente não haveria motivos para existir fome ou mesmo pobreza extrema seja em qualquer parte do mundo,

porém os motivos que levam a sua continuação são a geração de empregos que não acompanha o crescimento populacional, a má distribuição de renda, a desigualdade social, a saúde e a corrupção.

E em relação com a pobreza e a fome, combater a pobreza significa erradicar a fome no mundo, e frequentemente os governos tem adotado medidas paliativas, que amenizam, mas não resolvem para sanar esse problema, a pobreza e a exclusão social, e a qualidade de vida dependem também de uma melhor distribuição de renda.

Segundo, AMARTYA SEN:

> Embora valha a pena ressaltar essas relações entre pobreza de renda e pobreza de capacidades, também é importante não perder de vista o fato fundamental de que a redução da pobreza de renda não pode, em si, ser a motivação suprema de políticas de combate à pobreza. É perigoso ver a pobreza segundo a perspectiva limitada da privação de renda e a partir daí justificar investimentos em educação, serviços de saúde etc. Como o argumento de que são bons meios para atingir o fim da redução da pobreza de renda. Isso seria confundir os fins com os meios. (AMARTYA SEN, 2010, Pág 125/ 126)

Sendo assim, a exclusão social significa não estar incluindo em nenhum benefício ou serviço. E além de exclusão social, acontece muito a exclusão digital e da inclusão de pessoas portadoras de deficiências físicas e mentais na sociedade, o Brasil vem sendo um pioneiro e vem inserindo no mercado e capacitando muitas dessas pessoas com necessidades especiais.

Seja qual for a interpretação da pobreza, é nítido que o não atendimento das necessidades mínimas diárias inclusive no que se refere compra de alimentos como, carnes, legumes, frutas e verduras, está ligado a pobreza. Seja qual for a sociedade quem não possui condições de garantir a própria alimentação diária mínima é considerado pobre.

2. ASSISTENCIA AOS DESAMPARADOS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E OBJETIVO DA REPÚBLICA

A pobreza extrema no Brasil vem subindo assustadoramente e vem atingindo principalmente as regiões norte e nordeste do Brasil, com enfoque nas

pessoas pretas e pardas, que não possuem acesso a informação e tem o ensino fundamental e médio incompletos[2].

E por mais que os pais lutem para que os seus filhos tenham acesso a uma educação de qualidade, a sua renda familiar é insuficiente e acaba fazendo com que muitos desses jovens e crianças abandonem os estudos para que possam buscar os seus respectivos sustentos e ajudar a família, pois entre ir à escola e trabalhar para ter comida na mesa, obviamente que a segunda opção é a melhor para eles pois a fome não pede licença.

É errado pensar que a caracterização da pobreza se mostra em pessoas que andam pelas ruas com seus corpos extremamente esqueléticos e subnutridos, grande engano de quem pensa que a fome no Brasil é uma grande mentira e que apenas passa-se mal[3].

Segundo a agência de notícias do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que é um órgão responsável por promover todas as informações estatísticas oficiais do país, no Brasil já se somam 13,5 milhões de pessoas que lutam para sobreviver com uma faixa de renda de aproximadamente R$ 145,00 (cento e quarenta e cinco reais) mensais, sendo o seu maior nível em 07 (sete) anos[4].

Com isso vemos a necessidade da efetivação de políticas públicas para combater a pobreza extrema, visto que ela atinge um grupo vulnerável da população que tem a menor condição de ingressar no mercado de trabalho caracterizando assim a sua pobreza levando em conta que existem diferenças de um idoso para um jovem, o idoso pode gastar bem mais dinheiro com remédios e não ter mais o mesmo vigor de sua juventude, em compensação o jovem pode encontrar maior dificuldade para entrar no mercado de trabalho, são fatores que ambas situações não se pode ter um controle e se tem é muito restrito e todos eles violam o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Sociais assegurados na Consituição Federal em seu artigo 6º.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

[2] https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315_913111.html
[3] https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/19/politica/1563547685_513257.html
[4] https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um pouco difícil de ser conceituado, pois a dignidade da pessoa humana nasceu bem antes de o direito consagrar como princípio fundamental na civilização ocidental.

A dignidade, foi muito influenciada pela igreja católica que via o homem como uma vontade divina, feito a imagem e semelhança de Deus, e que fazia o homem digno e distinto das demais criaturas, foi muito dominante esse domínio da igreja católica.

A dignidade da pessoa humana é um princípio jurídico fundamental e dela decorre um conjunto de direitos e deveres, e de modo geral essa dignidade é a vedação de tratamentos desumanos e degradantes da pessoa sobre outras, envolve uma garantia mínima de condições para uma vida saudável e tem relação com os direitos sociais.

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana se caracteriza pelo simples fato de uma pessoa integrar o gênero humano, sendo necessário respeitar as demais pessoas que estão ao seu redor em dada sociedade. Esse princípio se embasa de forma universal pois por mais que existem diversas culturas e sociedades, o homem é um só e todas as pessoas são detentoras de sua dignidade.

Falar de dignidade é falar de igualdade entre todos os seres humanos, sendo independente de sua opção sexual, cor, posição social, religião e idade.

Segundo o Professor e Dr. Juíz de Direito Ingo Wolfgang Sarlet

> a concepção jusnaturalista consagra a ideia de que a dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado (SARLET, 2011, Pág 48).

E isso vale principalmente a todos aqueles que estão em condições vulneráveis na sociedade onde devem ser devidamente respeitados e amparados.[5]

[5] https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315_913111.html

Conforme o entendimento majoritário, por mais que a pessoa seja um dos maiores criminosos e malfeitores em dada sociedade ele deve ser respeitado por simplesmente pertencer a condição humana.

Sarlet relata que em princípio,

> todos - mesmo o maior dos criminosos - são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas - ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos (SARLET, 2011, Pág 54).

Porém o conceito do princípio da dignidade da pessoa humana que o autor nos dá está em processo de constante reconstrução, sofrendo diversos ajustes ao longo do tempo.

Assim sendo, vamos a ele

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínsica e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da propria existencia e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2011, Pág 73).

O Direito brasileiro em sua Constituição Federal de 1988, no seu artigo 3°, inciso III[6], consagrou o objetivo que deve ser acolhido por todos os brasileiros que é erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> Pois só assim conseguiremos assegurar um começo de dignidade humana conforme o artigo 1º, inciso III[7] da mesma constituição.
> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> III - a dignidade da pessoa humana;

[6] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
[7] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Ninguém gosta de ver pessoas mal arrumadas, em estado de fome e desnutrição e com problemas de saúde. Claro que sempre se pode tentar ajudar a minimizar essa situação, mas nossa condição individual dificilmente se compara à ajuda que o Estado pode produzir em relação a toda a sociedade.

Alguns acreditam que isso é problema apenas das igrejas e as demais organizações religiosas e entidades assistenciais, mas nenhuma dessas tem condições de fazer algo tendo em vista o grande número de pessoas em situação de extrema vulnerabilidade social e por mais que individualmente cada um de nós colabore, nossos recursos são insuficientes. Devemos trabalhar com força total para a solução do problema. Sendo certo que esse tipo de trabalho deve ser coordenado pelo governo e precisamos nos convencer da necessidade de atingirmos o objetivo de erradicar a pobreza.

É da natureza humana cada um lutar por seus interesses e suas conquistas, mas nada disso impede a solidariedade humana, deixando de lado todo e qualquer tipo de religião. O Brasil pode se transformar em um país sem discriminações, mas para isso precisa erradicar a pobreza da população. O Brasil é riquíssimo em suas belezas naturais e fontes de petróleo e sistemas de exportação de alimentos e é estranho pensar que ainda existem pessoas passando fome.

3. A IMPORTANCIA DAS POLITICAS PÚBLICAS E A NECESSIDADE DA SUA DELIBERAÇÃO

A política pública é você pensar o Estado e o Governo em ação, são todas as atividades que vem do Estado e a forma que é executado pelo governo. Trata-se de um processo decisório que vai envolver conflitos de interesse, onde temos diversos grupos, cada um com seu pensamento e essas políticas é aquilo que o governo decide fazer e não fazer, quem ganha e porque ganha, trata-se da sua vida no dia a dia.

É como se fosse um conjunto de projetos, programas e atividades governamentais, um programa da prefeitura que beneficia o bairro. Uma vez que foi tomada a decisão o governo vai transformar em um programa, em um projeto, em uma atividade. A política de Estado é aquela que independe do governo ou governante ela terá que ser feita, pois está amparada na Constituição Federal.

A política de governo é a mudança de poder, onde temos um projeto de quatro anos de cada presidente e na medida em que elas se tornam boas de um

governo para o outro elas se tornam políticas de Estado. A idéia que as pessoas tem de políticas públicas é de que é uma coisa só do governo e que elas não precisam mecher com isso, já elegeram os governantes e o que eles fizerem está bom.

Porém a política pública é uma construção coletiva do intersse público, assim como a política social é uma área importante da política pública tais como a saúde, educação, habitação. Uma solução para isso seria aumentar a quantidade e melhorar a qualidade das políticas para poder acabar com a desigualdade.

Ocorre que a função do Estado na nossa sociedade vem ao longo do tempo passando por diversas alterações, antes o Estado tinha o papel apenas de proteger contra ataques dos inimigos e manter em ordem a segurança pública. Porém com o desenvolvimento da sociedade e o estabelecimento da democracia, o Estado passou a promover o bem estar da sociedade.

Com isso ele passou a atuar diretamente em diferentes áreas de nossa sociedade tais como na saúde, educação, meio ambiente dentre outros como já dito anteriormente.

Entende-se por políticas públicas as ações e programas desenvolvidos pelo Estado com o intuito de garantir os direitos legal e constitucionalmente previstos. São um conjunto de ações e decisões que se voltam para a população buscando a solução ou não de seus problemas, que com o passar do tempo tornam-se parte da necessidade da sociedade[8].

A criação das políticas públicas é o resultado do conjunto dos três poderes que são o legislativo, executivo e judiciário. O poder legislativo e o executivo podem propor essas políticas, onde o primeiro é responsável por criar as referidas leis e o segundo se torna responsável pelo planejamento e aplicação[9].

O poder judiciário trabalha no controle da lei criada e analisa se está cumprindo com o seu objetivo inicialmente proposto. Ou seja, as políticas públicas são o conjunto de ações e metas dos governos nacionais, estaduais e municipais, que buscam alcançar o bem estar da sociedade e do interesse público. Ressalte-se que os que tomam as decisões selecionam as suas prioridades pois são as que eles entenderem ser o melhor para a população naquele dado momento.

[8] https://www.todapolitica.com/politicas-publicas/
[9] https://www.todapolitica.com/politicas-publicas/

O bem estar da sociedade é sempre defino pelo governo, pois a sociedade não consegue expressar de forma correta, ela apenas clama e faz pedidos para os seus representantes que são os deputados, senadores e vereadores. São esses que mobilizam o poder executivo pelo qual também foram eleitos, como o prefeito, governador e até o presidente da república para que atendam as demandas da população.

Essas demandas, ou seja, os pedidos que a população faz podem ser apresentados também pelos grupos organizados que podem ser os sindicatos, associação de moradores e ONGs dentre outros. A sociedade muda o tempo todo, temos uma diversidade de pessoas com idades, religiões, renda, profissão, cor, ideias, valores e interesses completamente diferentes umas das outras e para isso os recursos para atender a essas demandas são limitados.

Com isso os bens e serviços públicos se tornam disputados, porém essa disputa deve se ver pelo bom lado pois com isso esses conflitos servem para efetuar melhorias na sociedade, claro que se ocorrer dentro dos limites da Lei.

Após compreender os diversos pedidos, o representante do povo vai selecionar e em seguida vai responder. Porém como todos somos diferentes, nem todo mundo vai sair satisfeitos, pois um grupo vai ser contemplado e outros não. Aos que foram contemplados o governo vai buscar cumprir com as suas expectativas, e quando o governo busca a atender a essas expectativas logo se fala que está voltado para o interesse público, buscando o seu bem estar social.

Porém não significa que essas demandas vão ser atendidas, pois antes de tudo isso acontecer é necessário que seja reconhecida e ganhe força ao ponto de chamar a atenção das autoridades do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Os tipos de políticas públicas podem estar relacionados a muitas áreas como a educação, saúde, trabalho, lazer, assistência social, meio ambiente, cultura, moradia e transporte. E para que essas políticas sejam efetivas, antes precisa passar por algumas fases, uma delas é a identificação do problema, que precisam de uma melhora ou solução. Primeiro acontece o agendamento, o governo vai listar as urgências a serem tratadas.

Em segundo lugar vai formular alternativas, é como se fosse uma fase de estudo e avaliação das medidas escolhidas. Em terceiro lugar vai tomar a decisão, essa parte trata das ações a serem executadas. Depois vem a quarta fase que é a Implementação, é quando essas políticas são colocadas em prática. E por

último, sendo a quinta fase vem a avaliação, acontece a avaliação depois que as políticas públicas são colocadas em prática avaliando a sua eficácia.

O Estado arrecada muitos impostos, todos pagam o tempo todo, é importante, portanto, devolver na forma de serviços para todos. A exemplo de políticas públicas anteriormente citados, a educação pública é uma forma de devolução, os hospitais públicos, e os programas sociais de redistribuição de renda também.

Teoricamente não haveria necessidade de transferir renda para pessoas que tem bastante dinheiro. Quem consegue arcar com suas despesas através de frutos do seu trabalho, não precisa da ajuda do Estado.

O grande problema é que nem todo mundo é autossuficiente, existe muita gente que nasce em condições absolutamente desumanas, que sobrevivem por fé e porque a vida é persistente. Onde uma mãe de família retempera com louro um pouco de feijão azedo que resta em sua panela, sendo este o único alimento que tem para o dia para sustentar a sua família.

Para que as políticas públicas sejam efetivas cabe a sociedade participar de suas escolhas, opinando de diversas formas. O avanço da tecnologia proporcionou mais acesso à informação diretamente na palma das mãos de qualquer cidadão, construindo a democracia digital onde através de aplicativos de celular por nome de mudamos.org[10], o cidadão pode enviar por meio de passo a passo a sua proposta de projeto de lei que pode ser assinada de maneira virtual e rápida de onde estiver.

As informações sobre como participar das políticas públicas nos Estados e Municípios podem ser obtidas por qualquer pessoa nas secretarias de cada prefeitura, tendo como base a Lei complementar nº. 131/09[11], chamada de Lei da Transparência, que estabelece a participação do cidadão nas políticas públicas sendo incentivadas pelo governo.

> Art. 1º O art. 48 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 48. .....
> Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

[10] https://www.mudamos.org/
[11] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm

> I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;
> II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

Ressalte-se que a vida é feita de fases e na velhice o corpo fica muito lento, as pernas já não caminham mais, as pessoas se tornam dependentes de outras jovens. Se não houver apoio e tratamento as pessoas morrem de forma desumana. Assim, programas sociais de distribuição de renda são necessários e válidos dentro do ordenamento jurídico, e a nossa constituição prevê expressamente a assistência aos desamparados.

Como exemplo temos o Benefício de Prestação Continuada – BPC, consolidado na Lei Orgânica da Assistência Social – Lei 8.742/1993[12], que assegura a assistência social e os direitos do cidadão garantindo o atendimento as suas necessidades básicas. Garante ainda o benefício mensal de um salário mínimo a pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de promover a própria manutenção dentre outras disposições.

Os programas sociais podem ser eficazes se visarem pessoas mais frágeis da população, em que certo momento da vida, pode ser qualquer um de nós que vai precisar de amparo. Esses programas podem ser bem ou mal administrados, e transferir renda para quem não precisa vai estar se desviando da sua finalidade.

Assim foi também instituído o programa bolsa família pelo governo federal em outubro de 2003, que foi convertido na Lei nº. 10.836 de 09 de janeiro de 2004[13]. O programa bolsa família que se inicia com o objetivo de contribuir para a inclusão social de muitas pessoas em condições de vulnerabilidade, sendo este programa um alívio imediato para retirar muitas famílias da pobreza extrema. O principal requisito para as famílias se cadastrar no PBF é possuir baixa renda que vai depender do perfil de renda de cada família e do número de crianças e adolescentes que a família possui.

Devemos ter em mente que sempre existiu muitos mitos, em especial no que se refere ao programa social bolsa família, onde o pensamento é de que as famílias de menor renda não saberia usar o dinheiro de forma correta, porém

[12] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8742.htm
[13] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm

nada melhor do que a própria família para tomar a decisão de como utilizar esse dinheiro na compra de mantimentos para a sua casa. Muitas pessoas criam o mito de que o PBF sustenta "vagabundo" e de que muitas famílias fazem filhos para se beneficiar ainda mais.

Porém ao contrário do que se pensa, os programas sociais prioriza ainda mais a população carente, o PBF é usado por meio de cartão magnético através de repasse do governo junto a caixa econômica federal e a sua titularidade á dada a muitas mulheres, onde proporciona o seu empoderamento, o ganho da sua autonomia e ampliação da sua cidadania, visto que muitas de suas titulares são mães solteiras que com o auxílio do PBF podem "aliviar o seu pensamento" na garantia de que em determinado mês vai ter uma renda para aliviar as suas necessidades básicas e poder sair com um pouco mais de tranquilidade na busca de um emprego fixo para o sustento de sua família.

Um outro efeito positivo do PBF é a melhoria da moradia e o aumento do consumo de itens básicos domésticos, como por exemplo a compra de uma geladeira a prestação que se torna um item básico de subsistência, e isso só foi possível com o aumento da renda gerada pelo recebimento do benefício, e também a facilidade de ter crédito.

Porém, o crescimento da pobreza no Brasil e no mundo em que vivemos é suficiente para levar a todos sobre uma reflexão para o caminho que estamos trilhando, se esse caminho é corretou ou não. Onde os muitos ricos ficam cada vez mais ricos e os pobres ficam cada vez mais pobres.

Segundo o sociólogo Bauman, devemos nos preocupar com o crescimento acelerado da pobreza que por consequência distancia ainda as pessoas, tornando-se um verdadeiro abismo da desigualdade

> O abismo crescente que separa os pobres e os sem perspectiva de abastados, otimistas, autoconfiantes e exuberantes - abismo cuja profundidade já excede a capacidade de todos, exceto dos mais fortes e inescrupulosos arrivistas - é uma razão óbvia para ficarmos gravemente preocupados. (BAUMAN, 2015, Pág. 10).[14]

[14] BAUMAN, A Riqueza de Poucos Beneficia a Todos Nós, Tradução Renato Aguiar, ZAHAR, 2015.

Os brasileiros não possuem igualdades de condições, e corremos o risco de repetir esse ciclo da pobreza com o baixo nível educacional, alimentação inadequada, saúde precária, a instabilidade dos empregos e a baixa renda. Com esse quadro, o Estado deve adotar e fiscalizar políticas públicas eficazes com o intuito de favorecer as novas gerações de brasileiros.

Porém não se pode dizer que o simples fato de ser beneficiário do programa bolsa família vai necessariamente significar que a pessoa saiu da pobreza, em muitos casos pode apenas significar ter uma renda mínima.

As pessoas só saem da pobreza quando tem acesso a uma educação de qualidade e se inserem no mercado de trabalho, passando a obter um salário digno, capaz se suprir as suas necessidades básicas.

Segundo Doutor SARLET

> O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2011, Pág. 71).

Para isso devemos fazer a nossa parte como cidadãos brasileiros que amam a sua pátria, buscar os caminhos da justiça para acabar com a corrupção e defender o interesse da população, lutar por políticas públicas justas onde as pessoas vão poder viver de forma digna. Pessoas humildes, adultos e crianças que muitas vezes não tem o que comer, seres humanos condenados a uma condição de vida em que a esperança parece cada vez mais distante.

CONCLUSÃO

Com a realização desta pesquisa foi possível concluir que a pobreza como dito no decorrer do trabalho tem ligação com a falta de acesso ao ensino de qualidade, saúde, água potável, fornecimento de energia elétrica, entre outros serviços fundamentais para a subsistência humana, e a falta desses serviços é uma triste realidade para milhões de pessoas que vivem em condições de extrema

miserabilidade e que segundo o IBGE vem crescendo a cada dia, pois no Brasil já se somam 13,5 milhões de pessoas que lutam para sobreviver com uma faixa de renda de aproximadamente R$ 145,00 (cento e quarenta e cinco reais) mensais.

Devemos levar em conta que isso afeta diretamente a sua dignidade enquanto ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, sendo um conjunto de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa a garantia de condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Ressalte-se que políticas públicas são um conjunto de ações e decisões que se voltam para a população buscando a solução ou não de seus problemas, que com o passar do tempo tornam-se parte da necessidade da sociedade e para isso ocorrer devemos cobrar de nossos governantes a solução, apoiando sistemas inteligentes e justos de distribuição de renda para que todos saiam da miséria.

As pessoas que se encontram nessa situação de pobreza extrema não se sujeitam a ela porque querem, mas sim porque não sabem como resolver o problema e não sabem a quem recorrer. Precisam da nossa ajuda, do nosso conhecimento, da nossa postura política nas urnas, precisam de uma educação, saúde, moradia, emprego e da nossa colaboração e da nossa solidariedade para que assim a constituição federal seja cumprida de fato.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, Extrema pobreza atinge 13,5 milhões de pessoas e chega ao maior nível em 7 anos, disponível em:<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos>. Acesso em: 07 Nov 2019.

AMARTYA SEN, Desenvolvimento como liberdade, companhia de bolso, tradução de Laura Texeira Motta, revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes, 5ª impressão, 2010.

BAUMAN, A Riqueza de Poucos Beneficia a Todos Nós, Tradução Renato Aguiar, ZAHAR, 2015.

C. JIMÉNEZ, EL PAÍS, Bolsonaro: "Falar que se passa fome no Brasil é uma grande mentira, é um discurso populista", disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/19/politica/1563547685_513257.html>. Acesso em: 19 Jul 2019.

CARLA JIMÉNEZ, EL PAÍS, Extrema pobreza sobe e Brasil já soma 13,5 milhões de miseráveis, disponível em:<https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315_913111.html>. Acesso em: 06 nov 2019.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Lei complementar nº. 131, de 27 de maio de 2009, disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm>.

Lei n°. 10.836, de 9 de janeiro de 2004, Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências, disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm>.

Lei nº. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, Lei Orgânica da Assistência Social, disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8742.htm>.

MUDAMOS, Assine projetos de lei de iniciativa popular de um jeito simples, gratuito e seguro, disponível em:<https://www.mudamos.org/>.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

TIÉ LENZI, Toda Política, O que são Políticas Públicas, disponível em:<https://www.todapolitica.com/politicas-publicas/>. Acesso em: 26 Abril 2018.

WWWP, Mundo Sem Pobreza, Iniciativa Brasileira de Aprendizagem, O que é pobreza, disponível em: <http://wwp.org.br/o-que-e-pobreza/>.

A PERSONIFICAÇÃO DOS ANIMAIS COMO UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE

Thiago Rodrigues Pereira
Doutor e Mestre em direito pela UNESA/RJ, Doutorando em filosofia pela Universidade do Minho-PT; Professor Associado da Universidade Autônoma de Lisboa. Diretor Acadêmico do Novo Liceu

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha
Doutorando em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Direito pela UCP/Petrópolis. Graduado em Direito pela UFRJ/RJ. Professor de Direito Civil da UNISUAM/RJ.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar o *status* moral e jurídico dos animais. A tese aceita é que os animais não humanos devem ser considerados pacientes morais. Contudo, reconhecer a existência de obrigações morais para com eles não é o bastante para assegurar a tutela de seus interesses, se fazendo necessário um discurso jurídico. O texto se propõe a investigar as bases possíveis para dar suporte a tal discurso, filiando-se à tese da personificação animal, necessária não somente para conferir-lhes a titularidade de direitos, como ainda (e especialmente) reconhecer-lhes a existência de uma dignidade própria.

Palavras-chave: Animais – Personalidade - Dignidade

Considerações Iniciais

Discutir a possibilidade dos animais titularizarem direitos próprios implica a necessidade de superar certezas de muito consolidadas nas culturas ocidentais, que se refletem no tratamento jurídico a eles dispensados, especialmente em seara civilista, em que os classifica como coisas, associando-os, portanto, à sistemática da propriedade.

Daí derivam as bases para uma ampla dominação e instrumentalização dos animais não humanos, sem maiores considerações acerca de seus próprios interesses. Tratá-los como meros objetos dos caprichos humanos conduziria ao reconhecimento da inexistência de deveres morais para com eles, o que se refletiria na possibilidade de submetê-los a tratamentos considerados degradantes, pelo simples fato de tal ser da conveniência de seus proprietários, ou das pessoas em geral.

Este pensamento tem sido fortemente criticado nos campos jurídico e filosófico e por movimentos intelectuais que, renunciando a uma visão

estritamente antropocêntrica, passam a considerar os animais em si mesmos, como alvo de preocupações morais relevantes e titulares de alguns direitos próprios. Naturalmente que tais conclusões implicam na necessidade de elaboração de uma argumentação racional quanto aos fundamentos de nossas obrigações morais para com eles, bem como de uma teoria jurídica que dê sustentação ao discurso dos direitos.

Ambas as discussões estão ligadas. Se é verdade que o reconhecimento de obrigações morais para com os animais não implica necessariamente a concessão de direitos, entender que tais obrigações inexistem esvaziaria o discurso jurídico.

O propósito deste artigo é apresentar alguns argumentos em torno da existência de obrigações morais para com os animais, de modo a pretender discutir um suporte para o reconhecimento de seus direitos. Dentro desta linha de raciocínio, importante aspecto é discutir se podemos reconhecer nos animais não humanos não apenas direitos, mas também a existência de uma *dignidade* própria. A discussão é pertinente, na medida em que, se for possível estender aos animais o conceito kantiano de dignidade (ou formular algum outro que lhes seja adequado), tal fato implicaria em estabelecer contornos mais precisos acerca dos limites de seus direitos, bem como vedar a sua instrumentalização.

Desta forma, o trabalho se divide em três etapa: inicialmente, uma breve colação de alguns argumentos em torno dos deveres morais para com os animais. Posteriormente, será enfrentada a noção de dignidade. Por fim, debater-se-á a possibilidade de considerar os animais não humanos como *pessoas não humanas*, conferindo-lhes um novo *status* jurídico.

O Problema Dos Deveres Morais Para Com Os Animais

No que se refere à primeira parte deste estudo, costumam-se dividir os argumentos a respeito do problema moral implicado no tratamento dos animais em três diferentes grupos: as teorias negativistas (ou niilistas), as teorias que conferem aos animais uma proteção moral *indireta* e as teorias que afirmam a existência de deveres morais *diretos* para com os animais.

As teorias que negam a existência de quaisquer obrigações morais para com os animais partem daquilo que doravante designaremos de antropocentrismo especista forte. Em geral, seus fundamentos encontram raízes na cultura ocidental que remontam à Antiguidade Clássica, ou à tradição judaico-cristã.

Assentam-se na natureza racional do homem como elemento distintivo dos demais seres viventes, ou numa percepção criacionista, na qual os animais seriam construções divinas cuja finalidade seria servir ao homem.

Neste sentido, Singer, em minuciosa pesquisa sobre a gênese histórica do especismo, aponta que o fato do homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus – *imago Dei* – o dotaria de uma singularidade que seria a justificativa, na cultura judaica, para sua pretensa superioridade sobre as demais formas de vida (SINGER, 2013, p. 272). Ainda no pensamento pré-cristão, encontramos na Grécia Antiga, em Aristóteles, as bases filosóficas para uma hierarquização da cadeia da vida, na qual os seres humanos gozariam de superioridade sobre os demais. A capacidade de raciocínio serviria de justificativa para o domínio, sendo o "bastante para tornar alguns mestres e outros seguidores (*Op. cit.*, pp. 274-275)". Esta hipervalorização da razão como critério para uma hierarquização moral, que em Aristóteles deu embasamento à sua defesa da escravidão humana[1], seria ainda utilizada até os dias atuais como essência da negação do *status* de agentes (ou ao menos pacientes) morais aos animais.

Posteriormente, o advento do cristianismo manteria a indiferença em relação aos animais, na medida em que tão somente a vida humana seria objeto de considerações morais relevantes. Deste modo, inexistiria qualquer tipo de débito moral para com os animais, na medida em que, a ausência de um estatuto moral que lhes fosse aplicável permitiria afirmar que sequer haveria um dever de não os torturar (RACHELS, 1986, p.14). Novamente encontramos em Singer exemplo desta postura, ao citar o pensamento de Santo Agostinho que se vale da passagem bíblica em que Cristo expulsa os demônios que possuíam o corpo de um homem e os arremessa sobre uma vara de porcos[2] como argumento de que não se aplicariam aos animais as leis que regem os comportamentos morais dos homens para com seus semelhantes, na medida em que poderia tê-los simplesmente destruído (SINGER, 2013, p. 279). S. Tomás de Aquino, ao elabora seu sistema moral, divide os pecados entre "contra Deus, contra si próprio e contra nossos semelhantes" (*Op. cit.*, p. 283), não incluindo como moralmente reprováveis atos praticados contra os demais seres. A estrutura de seu pensamento remete à visão aristotélica, já mencionada, pela qual a superioridade humana (alicerçada na

[1] As analogias com a escravidão e as demais formas de tratamento discriminatório, como o racismo e a discriminação de gênero são frequentemente evocadas pelos movimentos abolicionistas, conforme se verá adiante.

2Marcos, 5: 1-13.

capacidade racional) e seu maior grau de perfeição em relação aos seres "brutos" lhe permitiriam valer-se dos animais consoantes suas necessidades. Neste sentido:

> Não importa como o homem se comporta com relação aos animais, porque Deus sujeitou todas as coisas ao poder do homem e é nesse sentido que o Apóstolo diz que Deus não se importa com os bois, pois Deus não pede ao homem para prestar contas do que faz com os bois ou com outros animais (*apud* SINGER, 2013, p. 284).

Destaca-se ainda, dentro da visão niilista, o pensamento de René Descartes, para quem a ausência de uma alma imortal equipararia os animais a meros autômatos, governados pelos mesmos princípios de um relógio, apenas divergindo em complexidade por serem produto da criação divina, não humana (*Id.*, p. 291). A visão cartesiana retira qualquer significância moral dos animais, na medida em que os assimila mesmo a coisas inanimadas.

A coisificação animal é lugar-comum no discurso jurídico, em especial no campo do direito civil, cuja doutrina tradicionalmente os classifica como bens semoventes. Esta abordagem, que trata os animais como propriedade, facilita a dominação absoluta, na medida em que o referido direito real confere a seus titulares atributos que implicam no uso e disposição do bem – *jus abutere* - o que, em seu extremo, permitiria até mesmo sua destruição física (FARIAS, 2012, p. 295). Esta reificação denota como preocupação exclusiva os interesses econômicos do proprietário. Lourenço (2008, p.453), mencionando a lição de Francione, demonstra este fato claramente ao recordar que:

> De acordo com esse autor, pela visão tradicional, animais seriam coisas, coisas de que podemos nos assenhorar, *commodities* que não possuem valor algum a par daquele estabelecido pelos seus proprietários. Como se viu ao longo do presente trabalho, o *status* de animais como objetos do direito de propriedade não é algo novo. O próprio vocábulo *pecúna*, com que hoje se denomina a unidade monetária, tem origem no latim *pecus*, termo que significava *gado*. Em espanhol, a palavra para designar dinheiro é *ganaderia* e a palavra para gado é *ganado*. Em inglês, *cattle* (gado) vem da mesma raiz da palavra *capital*. A sinonímia continua em muitas línguas, valendo concluir que é um indicador seguro de que quase sempre tivemos em mente os animais como unidades de troca, nada mais.

O emprego terminológico é extremamente elucidativo do pensamento que tradicionalmente associa os animais à propriedade. Pensamento este que é severamente criticado por Francione, na medida em que, a prevalecer, tornaria inócuas quaisquer tentativas de ponderar seus interesses com os dos seres

humanos, na medida em que "os interesses da propriedade serão sempre ultrapassados pelos dos proprietários" (*Op. cit.*, p. 471). Deste modo:

> Enquanto o uso de animais puder ser caracterizado como fazendo parte de uma prática exploratória institucionalizada, então geralmente permitiremos essa utilização – por mais trivial que seja o motivo que a determine – porque essas práticas estão baseadas no "status' econômico dos animais como propriedade (FRANCIONE, 2000, p. 72, *tradução nossa*[3]).

Uma segunda escola de pensamento passa a compreender a existência de deveres morais indiretos para com os animais. As teorias indiretas, embora representem uma evolução em relação às negativistas, concedem aos animais uma mera proteção reflexa. O que se depreende das mesmas é que seu objeto real é o aprimoramento moral do homem, e não quaisquer benefícios relevantes aos animais, beneficiados pela compaixão humana de forma meramente colateral. Assim, S. Tomás de Aquino afirmava que a proibição moral em maltratar ou matar desnecessariamente os animais se justificaria pela necessidade de remover de um indivíduo humano pensamentos de crueldade para com seus semelhantes (*apud* RACHELS, 1986, p. 14). Idêntico raciocínio é encontrado em Kant, para quem "todas as obrigações para com os animais são meramente obrigações indiretas para com a humanidade, na medida em que (segundo crê) tratos cruéis ou gentis de animais reforça tendências de comportar-se de modo semelhante em relação aos humanos (NUSSBAUM, *In*: SARLET *et all.,*2008, p. 88)". Rawls, em sua teoria contratualista de Justiça, afirma a existência de "deveres de compaixão e humanidade" para com os animais, mas nega que tais deveres sejam questões de justiça, na medida em que, não sendo agentes morais, estes não poderiam ser sujeitos de justiça. Nussbaum, a despeito de discordar da supressão dos animais da categoria de agentes morais, considera a conclusão de Rawls coerente com a própria estrutura de sua teoria contratualista, na medida em que seria "fantasiosa" e "pouco coerente" a ideia de um contrato entre animais humanos e não-humanos (*Op. cit.*, pp. 88- 89).

A noção dos animais como meros objetos para os quais não se deva ter nenhuma preocupação moral *em si* esbarra na empatia natural que as pessoas normalmente nutrem por animais mais complexos, como mamíferos e aves, bem como seu uso simbólico em associação a determinadas qualidades morais. Se é

[3] No original: *As long as the animal use can be characterized as part of an accepted practice of animal exploitation, then we generally permit the use—however trivial—because these practices are based on the economic status of animals as property.*

verdade que a ausência de qualquer tipo de consideração moral pauta a conduta da maioria das pessoas no que se refere a animais potencialmente nocivos, ou com estruturas mais simples (como insetos, ou répteis), ao menos em relação aos mais complexos (ou com os quais possam se identificar) causa desconforto a ideia de infringir-lhes sofrimentos atrozes e inúteis.

Desta maneira, surge um outro movimento teórico que apregoa a existência de obrigações morais indiretas para com os animais, denominado "*legal welfarism*[4]". Esta doutrina, partindo do pensamento kantiano, atribui valor *relativo* aos animais na medida em que, mesmo reconhecendo que estes possuam interesses[5] próprios, estes ainda assim poderiam ser superados

> se as consequências desta superação fossem 'benéficas' aos seres humanos. Ela está, pois, alicerçada fortemente na conjunção dicotômica de titularização exclusiva de direitos aos humanos e de endereçamento da qualidade de meras "coisas" aos animais (LOURENÇO, 2008, p. 325).

Francione critica fortemente o pensamento *welfarista*, na medida que o mesmo mantém o *status* dos animais como propriedade, o que levaria a instrumentalizar seu uso sempre que o mesmo se justificasse para fins econômicos. Deste modo, a garantia de "tratamento humanizado" estaria sempre excepcionada quando contrastasse com algum interesse econômico do proprietário:

> In sum, the animal welfare position, which is the common contemporary paradigm for thinking about our moral and legal obligations to animals, does not question our use per se of animals but focuses only on the treatment of animals we use. Most of us agree with Bentham and the fundamental premise of the animal welfare position that it is acceptable to use animals as long as we treat them in a "humane" manner. But because animals are property, the standard of "humane" treatment is generally limited to what can be justified in light of their property status (FRANCIONE, 2008, p.09).

As teorias negativistas e as teorias morais indiretas, ao negarem obrigações morais aos animais, ou reduzi-las a um efeito secundário de deveres entre

[4] Também conhecido pelas expressões "bem-estarismo", "protecionismo", ou "ética do bem-estar animal", como será doravante designado.

[5] A expressão "interesse" será aqui utilizada no sentido de evocar o desejo/impulso de alcançar/conservar situações causadoras de algum benefício próprio, tendo como núcleo mínimo o interesse em não sentir dor, conservar a vida e assegurar um modo de vida apropriado à sua natureza.

pessoas humanas, ou a uma mera preocupação com o sofrimento "desnecessário", pautam-se num critério justificador da dominação humana, baseado em sua natureza racional. Assim, a proposição de Kant a respeito da dignidade (a seguir analisada), a ficção do "véu da ignorância" de Rawls (dentre outras construções teóricas), partem da premissa de que a razão seria o fator capaz de atribuir a um ser valor intrínseco e a qualidade de agente moral, ao conferir-lhe autonomia.

Este critério da razão é fortemente contestado pelas teorias morais diretas, sob dois argumentos principais: a conveniência da escolha de uma competência exclusiva da espécie humana (o que implicaria em arbitrariedade), como ainda da possibilidade do argumento ser evocado contrariamente aos interesses de pessoas que, por determinadas causas, se vejam desprovidas da capacidade de raciocínio , ou a possuam a nível muito reduzido, tais como recém-nascidos, idosos portadores de demência senil avançada, ou pessoas portadoras de transtornos psiquiátricos severos que lhe impossibilitem o entendimento.

Em que pesem as críticas ao critério da racionalidade como elemento atributivo de *status* moral, inexiste consenso quanto aos fundamentos adotados pelas teorias diretas, que partilham da noção intuitiva comum de que os animais não podem ser instrumentalizados sem qualquer consideração por seus interesses próprios.

Em sua análise sobre a noção de "sacralidade da vida", Rachels credita a tradição oriental, em especial ao Jainismo indiano, a ideia de que toda forma de vida (aí incluídos animais de menor complexidade ou até mesmo as plantas) seria sagrada, inexistindo distinção relevante entre elas. Tal ideia, reputa o autor, encontra pouco eco na cultura ocidental, sendo uma exceção mencionada o pensamento de Albert Schweitzer. Embora haja convergência em suas conclusões e postulados éticos, diferenciam-se em seus fundamentos, na medida em que, para a religião jainista, a sacralidade da vida seria fruto da existência de uma ascensão espiritual decorrente de sucessivas encarnações, sendo o respeito à vida uma forma de disciplina espiritual necessária a esta finalidade. Para Schweitzer, o fundamento do respeito a toda forma de vida seria uma "vontade de viver[6]", independente da noção de consciência, e comum a todos os seres vivos (RACHELS, 1986, pp. 20-22). Ambos os argumentos seriam criticáveis, na medida em que o argumento de Schweitzer seria vago e impreciso na definição desta "vontade de viver" e não responderia satisfatoriamente ao dilema de animais ou pessoas que

[6] No original: "will-to-live".

tenham (por um forte processo depressivo, por exemplo) perdido tal força vital. A tradição jainista, por sua vez, desconsideraria diferenças importantes entre seres vivos dotados de complexidades diferentes, e seria um extremo oposto à tradição ocidental, na medida em que "prestaria muito respeito aos não-humanos, ao passo que a tradição Ocidental não teria quase nenhum", devendo haver uma solução intermediária entre os dois extremos (*Op. cit.,* pp. 22-24).

De fato, os movimentos abolicionistas não atribuem o mesmo valor a toda forma de vida animal e não enfrentam - ao menos não diretamente – um suposto valor moral das plantas. Critérios como uma maior complexidade orgânica (RACHELS, 1986, p. 26), uma diversidade de competências próprias de cada espécie (NUSSBAUM, 2013, p.436), a capacidade de sentir dor (SINGER, 2013, p. 13) seriam apontados como moralmente relevantes para conferir proteção a um ser. Tais distinções, contudo, não permitiria a supressão de status moral aos animais, quando comparados com os seres humanos.

O pensamento utilitarista, estruturado na maximização do prazer e minimização da dor, buscando um balanço dos interesses em busca da "Maior Felicidade Possível" vai encontrar em Bentham uma voz eloquente em defesa dos animais, na medida em que inexistiria razão suficiente para excluí-los da equação que busca maximizar a felicidade. O autor, contudo, nunca lhes negou o *status* de coisa, ao menos quanto ao seu interesse em viver - embora tivessem o interesse em não sofrer (LOURENÇO, 2008, pp. 356-358).

Peter Singer, outro filósofo utilitarista, em sua obra *Libertação Animal* aponta contundentes críticas às correntes que excluem os animais do campo de análise moral, em virtude da ausência do atributo racional, designando-as "especistas"[7]. O autor sustenta – com base numa analogia crítica ao racismo e à discriminação por gênero – que a noção adequada de igualdade seria uma ideia moral, não dependente de uma determinada qualidade comprovável faticamente, mas de uma *igual consideração* devida aos interesses do ser. Desta forma, o "elemento

[7] O neologismo "especismo" é definido pelo autor como "um preconceito ou atitude ou predisposição em favor dos interesses de membros de sua própria espécie e contra membros de outras espécies" (SINGER, 2013, p. 11). Os filósofos, juristas e pensadores que repudiam o antropocentrismo especista são qualificados como "abolicionistas", na medida em que, em que pese a variedade de argumentos empregados, tem como elemento comum a necessidade de "rever criticamente a filosofia moral tradicional, e de se adotar um único princípio para considerar moralmente todos os seres semelhantes" (FELIPE, *In*:SARLET *et. all*., 2008, p. 67) e a concepção do especismo como fenômeno análogo à escravidão.

básico- ter em conta os interesses do ser, quaisquer que possam ser tais interesses – de acordo com o princípio da igualdade, tem de ser estendido a todos os seres, negros ou brancos, masculinos ou femininos, humanos ou não humanos" (SINGER, 2013, pp. 9-10). O único critério moralmente válido para tomar em consideração os interesses de um ser seria o que se denomina *senciência*, ligada à capacidade de sofrer e ter consciência do sofrimento (*Op. cit.*, pp. 14-15).

Para o filósofo, a capacidade de sofrer seria o único pré-requisito válido para afirmar-se que um indivíduo possa possuir interesses (*Id.*, p. 13). É relevante notar que Singer não emprega uma linguagem de direitos, por entendê-la "desnecessária para o argumento a favor de uma mudança radical em nossa atitude concernente aos animais" (*Id.,* p. 14). Tampouco nega que as vidas possam diferenciar em valor, o que poderia ser considerado na decisão de se tirar uma vida, mas que seria indiferente para a questão envolvendo a causação de dor (LOURENÇO, 2008, p. 376).

O pensamento utilitarista, embora com inegáveis méritos, apresenta problemas para Nussbaum, dentre os quais destacam-se a incapacidade de tomar em conta a privação do que denomina "atividade vital valorosa" que não cause afetação à senciência. Para Bentham e Singer, a morte indolor de um animal que não possua um interesse consciente na continuidade de sua vida não seria um fato moralmente negativo (NUSSBAUM, 2013, pp. 440-441). A autora aponta como mais adequada uma "abordagem das capacidades", pautada nas competências próprias, de acordo com sua natureza e complexidade. Assim:

> Devemos admitir que há muito que se aprender com a reflexão sobre a continuidade da vida. As competências de fato se entrecruzam e se sobrepõem: um chimpanzé pode ter maior capacidade de empatia e pensamento em perspectiva que uma criança jovem ou uma criança autista mais velha. E as competências que os humanos algumas vezes arrogantemente reivindicam deter com exclusividade são amplamente encontradas na natureza. Contudo, parece equivocado concluir a partir de tais fatos que a pertença a uma espécie é moral e politicamente irrelevante. Uma criança portadora de deficiência mental é, na verdade, muito diferente de um chimpanzé, ainda que sob certos aspectos algumas de suas competências possam ser comparáveis. A vida de tal criança é trágica de um modo que a vida do chimpanzé não é trágica: ela está excluída de formas de prosperidade que, a não ser pela deficiência, ela poderia ter vivenciado, deficiências que são tarefas de a ciência prevenir ou curar, sempre que possível. Há algo frustrado e desarmonioso em sua vida, ao passo que a vida de um chimpanzé pode estar impecavelmente próspera. Sua funcionalidade política e social é ameaçada por essas deficiências, de uma maneira que a funcionalidade

> normal do chimpanzé na comunidade de chimpanzés não é ameaçada por sua dotação cognitiva.

Tudo isso é relevante quando consideramos questões de justiça básica. Para uma criança nascida com síndrome de Down, é crucial que a cultura política em que ela vive empreenda um grande esforço para estender a ela todos os benefícios de cidadania que ela pode alcançar, através de benefícios de saúde, educação e a reeducação da cultura pública. Isso é assim porque ela só pode prosperar como ser humano. Ela não tema a opção de prosperar como um alegre chimpanzé (NUSSBAUM, *In*: SARLET *et. all.,* 2008, pp. 107-108).

Desta forma, o pertencimento a uma espécie seria moralmente irrelevante, ao contrário do que apregoa o discurso utilitarista, na medida em que forneceria critérios para a identificação das capacidades e competências próprias de cada ser, necessárias ao desenvolvimento de uma vida adequada à sua natureza. Tais competências constituiriam um problema de Justiça, levando a se falar em certos direitos conferidos aos animais para assegurá-las, garantidos por um "paternalismo sensível" que deve nortear a ação humana e o estabelecimento de políticas públicas e legislativas em relação aos animais (*Op. cit.*, p. 113).

A atribuição de relevância moral aos animais e ao modo como os seres humanos se relacionam com eles é premissa essencial para que se possa considerar a hipótese de que possuam a titularidade de direitos e de uma dignidade própria, aspecto que se passa doravante a analisar.

A Necessidade De Reconhecimento De Uma Dignidade Animal

É possível dar duas diferentes abordagens acerca de uma possível dignidade animal: pretender estender-lhes a noção kantiana de dignidade, ou entender que possuam uma dignidade própria, num sentido não kantiano. Naturalmente, seria possível afirmar que não possuam dignidade de qualquer tipo, o que não significaria negar-lhes direitos, contudo afetaria significativamente sua extensão e limites, além de permitir suprimi-los e instrumentalizá-los quando em conflito com direitos dos seres humanos.

Não parece possível estender aos animais a noção kantiana de dignidade (extremamente difundida e aceita nas culturas jurídicas ocidentais), uma vez que esta concebe o ser humano como um fim em si, impedindo o estabelecimento de um parâmetro, ou cálculo, de equivalência, capaz de fazê-lo substituir por outra coisa, colocando-o à posição de destinatário final de todo o direito e estabelecendo "limites absolutos" para quaisquer outros fins (SHELL, *In*:

PELLEGRINO et. al., 2008, p.335-336). Desta forma, a dignidade dotaria os seres humanos de singularidade, na medida em que seria a qualidade a eles inerente que impediria a sua substituição, dado inadmitir equivalência (KANT, 2008, p. 65).

O fundamento desta qualidade residiria na razão, atributo exclusivo da espécie humana que lhe permitiria atuar como agente moral, agindo com autonomia e pautando suas atitudes em imperativos morais categóricos, destinados a converterem-se em leis universais.

Considerando a concepção kantiana, Barreto (2013, pp. 71-73) aponta sete conceitos interligados, dos quais se extrairia o núcleo da dignidade, dos quais dois interessariam mais diretamente a este trabalho[8]: a racionalidade (tida como exigência para que as condições de moralidade possam se converter em leis morais universais) e a autonomia, definida por Kant (2008, p. 62) como "a vontade de todo ser racional como vontade legisladora universal". A vinculação a tais ideias torna a noção de dignidade kantiana inerentemente relacionada à condição humana (SARLET, *In*: SARLET *et all.*, 2008, p. 176). Barreto (2013, p. 71), aproximando as noções de dignidade estabelecidas por Kant e, anteriormente Picco Della Mirandola não podem ser estendidas a outros seres viventes.

Na medida em que não seja possível considerar que os animais possuam capacidade racional (ou, ao menos, níveis de racionalidade capazes de lhes permitir adotar escolhas morais), faltar-lhes-ia elemento essencial para que seja possível estender-lhes a concepção kantiana. Entretanto, autores há que sustentam haver em seu posicionamento quanto aos animais uma certa "hierarquia não assumida", na qual estes, ainda que inferiores aos seres humanos, seriam algo mais que meros objetos (FEIJÓ, *In*: SARLET, *et. all.*, 2008, p. 133).

Apesar de sua inquestionável influência para o pensamento ocidental, o conceito kantiano de dignidade não seria o único existente, tampouco imune a críticas, como seu excessivo antropocentrismo e mesmo sua excessiva abstração (*In*: SARLET, *et. all*, 2008, p. 184).

As expressões "dignidade da criatura", contida no art. 24 da Constituição Suíça e "bases naturais da vida e os animais" (art. 20a da Lei Fundamental da Alemanha, com as alterações promovidas em 1994 e 2002) seriam exemplos de

8 Os demais seriam a personalidade, o fim em si mesmo, o *homo noumenon*, a moralidade e a liberdade.

positivação, em textos constitucionais, do reconhecimento de uma dimensão da dignidade para outras formas de vida (*Op. cit.*, pp. 194-195).

Nussbaum, em crítica à construção teórica kantiana, afirma que o reconhecimento de uma dignidade a certas existências não-humanas implica numa questão básica de justiça, decorrente não de atos de compaixão, ou de uma autocontenção afim de evitar a degradação humana, mas de uma dignidade própria e inerente às existências dos animais não-humanos, na medida em que "haveria algo de maravilhoso e admirável em todas as formas de vida" (NUSSBAUM, 2013, pp. 426-427; SARLET, *et. all.*, 2008, pp. 190-191).

Feijó (*In*: SARLET, *et. all.*, 2008, p. 142), reconhecendo o caráter reducionista do conceito de dignidade kantiano (produto de sua concepção antropocêntrica forte), afirma que o entendimento de que outras formas de vida sejam dignas passa pela aceitação de um binômio dignidade/respeito, na medida em que, ao afirmar que algo é digno de respeito *em si*, se está conferindo a este algo valor intrínseco e dignidade. A autora aponta em três pensadores contemporâneos possíveis fundamentos para a construção de uma dignidade animal:

Como se pode constatar, as três posições contemporâneas apresentadas entendem que os animais não-humanos são passíveis de respeito por seu valor intrínseco, por sua aceitação em uma comunidade moral e por sua dignidade que os leva a serem respeitados. Regan crê que a dignidade animal é algo absoluto apenas pelo fato de o animal ser um mamífero de um ano ou mais de idade. Singer acredita no fato de um animal ser um ser moral por apresentar sensibilidade, mas aceita uma certa hierarquia entre os animais humanos e não-humanos não defendendo, por isso, a dignidade como algo absoluto, e sim, relativo, dependendo das circunstâncias. Rollin busca o bem-estar animal e defende que a dignidade animal consiste em estes seres terem seus interesses satisfeitos. Como os interesses podem ser distintos em um indivíduo para outro, a dignidade torna-se relativa ao indivíduo em questão (*Op. cit.*, pp. 141-142).

O que se percebe nas tentativas de se formular uma noção de dignidade animal é que elas não são capazes de fornecer uma garantia absoluta a não instrumentalização, na medida em que, mesmo atribuindo valor intrínseco aos animais, admitem sua relativização, especialmente em situação de colisão com os interesses fundamentais de pessoas humanas. Não parece haver maiores contradições nesta conclusão. Basta pensar nas simples hipóteses de utilização de animais para alimentação e pesquisa científica, em que são obviamente instrumentalizados em prol de necessidades humanas. Afirmar que os animais possuam

dignidade é reconhecer-lhes um núcleo de interesses próprios fundamentais, que, em alguns casos, gozarão mesmo de primazia sobre interesses humanos secundários. Retornando às hipóteses anteriormente levantadas, a dignidade do animal forneceria justificativa para que não fossem usados em pesquisas científicas voltadas a indústria cosmética, ou para comprovação de resultados inúteis, ou quando seus resultados –ainda que relevantes-, pudessem ser alcançados de outro modo que não implicasse o sacrifício de suas vidas. O interesse em manter-se vivo poderia superar o interesse de alimentação humana, quando se tratar de alimentos cuja técnica de preparo implique em crueldades (como o *foie gras*, ou a técnica de cozimento de lagostas vivas). De forma ainda mais evidente, a dignidade animal preponderaria sobre os interesses humanos na indústria de peles, ou de entretenimento. Não se está a sustentar a simples "humanização do tratamento", típica da noção *welfarista* (embora, em certos casos em que o interesse humano deva prevalecer, a humanização seja medida obviamente ligada à dignidade), mas a existência concreta de direitos, que implicam em garantias e mecanismos concretos de efetivação.

Dignidade humana e não humana não são conceitos necessariamente antagônicos. O reconhecimento de um não implica na negação do outro. O acolhimento de uma dignidade própria na *alteridade* dos animais (SOUZA, *In*: SARLET, *et. all*.,2008, pp. 47-49) surge como imprescindível mecanismo ético para a adequada compreensão de um discurso acerca de seus direitos. Discurso este que precisa ser racionalmente justificado sob o ponto de vista de sua titularidade.

A Necessidade De Personificação Dos Animais Como Forma De Assegura-Lhes Dignidade

Uma tentativa de reconhecer a existência de direitos dos animais envolveria três diferentes possibilidades: a inserção dos animais como uma nova categoria de pessoas (as pessoas *não-humanas*), a consideração dos mesmos como sujeitos de direitos, *sem* alçá-los a condição de pessoas (como entes despersonalizados), ou a aceitação da ocorrência de relações jurídicas *sem sujeito*. Dados os limites propostos por este trabalho, apenas as duas primeiras serão analisadas.

Inicialmente, é preciso promover uma exata compreensão do que o direito (em especial o direito civil) compreende como pessoa. Há uma tendência doutrinária em associar os conceitos de pessoa e sujeito de direitos, tratando-os como sinônimos (FARIAS, 2011, p. 141), postura que configuraria um equívoco

sutil: a qualidade de pessoa pressupõe a titularidade de direitos, ou, dito de outro modo, toda pessoa será um sujeito de direitos, ainda que um sujeito de direitos possa não ser pessoa, como no caso dos entes despersonalizados (*apud* LOURENÇO, 2008, p. 500). Pessoa humana, pessoas jurídicas e entes despersonalizados seriam dotados de *subjetividade*, sendo a *personalidade* atributo exclusivo da pessoa humana (TEPEDINO *et. all*., 2007, pp.XXVI-XXVII). O sentido polissêmico do termo "personalidade" (como valor ou como aptidão para titularizar situações jurídicas) seria responsável por este engano, na medida em que, encarada enquanto *valor*, não poderia ser atribuída a outra pessoa que não a humana, ao passo que nem todo ente reconhecido como sujeito de direito seria personificado. Assim:

Personalidade como valor, já se disse, é característico da pessoa humana, atraindo, por isso mesmo, disciplina jurídica típica e diferenciada, própria das relações jurídicas existenciais. Já a qualidade para ser sujeito de direito o ordenamento confere indistintamente a todas as pessoas e, segundo opções de política legislativa, pode fazê-lo em favor de entes despersonalizados. Por isso mesmo, deve-se preferir designar este último sentindo da personalidade como subjetividade, expressão que, de resto, não é incomum em doutrina (TEPEDINO, *et. all*., 2011, p. 04).

A posição adotada pelo autor é antropocêntrica, claramente amparada na dignidade kantiana. Contudo, permite que, uma vez aceita a diáspora entre personalidade e subjetividade, se pavimente a estrada para o reconhecimento dos direitos dos animais.

Lourenço (2008, p. 494) nos fornece uma intepretação que permite dilargar a ideia de pessoa. Para o autor, a alteração da redação do art. 1º do Código Civil, ao substituir o vocábulo "homem" (previsto no seu antecessor) por "pessoa", não teria sido motivada meramente por uma igualdade de gênero, mas pela *ampliação* da ideia de pessoa natural, doravante não mais identificada com a pessoa humana, mas igualmente compreendendo a pessoa não-humana.

Os argumentos morais acima expostos permitem ampliar a noção de pessoa natural, que passaria a ser vista como um gênero, compreendendo as pessoas humanas e não humanas. Aceitando a senciência como um parâmetro válido (e não mais a pura capacidade racional), inexistira razão não considerar os animais (ao menos os dotados de maior complexidade) como pessoas. Naturalmente isto não implicaria considerar que estes gozem dos *mesmos* direitos das pessoas

humanas, fato que não é defendido por nenhuma das principais correntes defensoras dos direitos dos animais[9].

Ainda que não se adote tal linha de entendimento, sendo a atribuição de *subjetividade*, conforme já se viu, fruto de uma opção de política legislativa, nada impediria – se não um preconceito injustificado fruto de uma distorção cultural histórica, ou de uma "esquizofrenia moral" (FRANCIONE, 2008, p. 25) – que os animais fossem, quando ao menos, considerados sujeitos de direitos.

Contudo, este último posicionamento não permitiria falar em uma dignidade não humana. A dignidade está atrelada, aceitando-se a proposta de TEPEDINO, à ideia de personalidade como *valor*. Valor este cujo fundamento, conforme já se viu, pode decorrer não da razão, mas da própria existência de uma *vida senciente*. A titularidade de direitos, por si só, não a confere (haja vista jamais ter sido sustentada a dignidade das pessoas jurídicas). Desta forma, o *status* de sujeito de direito despersonalizado, se poderia configurar algum patrimônio jurídico, não seria suficiente a conferir dignidade. E se considerarmos que os direitos normalmente atribuídos ais animais são ligados a situações existenciais e à preservação de suas características, negar-lhes dignidade resultaria em negar-lhes virtualmente a totalidade dos direitos reclamados pelos advogados da causa animal.

Considerações Finais

O presente trabalho se propôs a debater o tema envolvendo os direitos dos animais. Conforme se pretendeu evidenciar, a afirmação positiva em torno de tais direitos pressupõe o reconhecimento de sua relevância moral – num plano ético-filosófico – e de sua noção como pessoas não humanas (ou, quando ao menos, como sujeitos de direito) – num plano jurídico.

O problema moral foi objeto de análise através da menção a algumas das teorias negativistas, moralistas indiretas e moralistas diretas. Sustenta-se aqui que inexiste base concreta de sustentação de um discurso negativista, salvo quando

[9] Para uma leitura preliminar sobre supostos direitos dos animais na esfera cível, seja permitido remeter a

ROCHA, Luiz A. C. B. L. M.; LOURENÇO, Daniel Braga . O DIREITO CIVIL E A QUESTÃO ANIMAL: TENSIONAMENTOS E POSSIBILIDADES. Revista Paradigma, v. 28 n.2, p. 101-133, 2019. Disponível em: http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1210/1299 Acesso em: 04.11.2020.

empregado um antropocentrismo especista forte. Uma compreensão do problema moral como estando ligado não a determinadas características aleatoriamente eleitas, mas a uma necessidade de igual consideração pode permitir aceitar a existência de deveres morais para com os animais. Consequência relevante desta conclusão é a necessidade de superação do *status* jurídico dos animais como meros objetos de direito.

Reconhecida a necessidade de uma revalorização jurídica dos animais, a discussão acerca de sua possível dignidade passa a representar importante papel para o entendimento da extensão e limites de seus direitos. Se pretendeu demonstrar a inviabilidade de ampliar a noção kantiana de dignidade para alcançar os demais seres vivos, dado seu fundamento na racionalidade, característica exclusivamente humana. Tal fato, contudo, não impede o reconhecimento de outras formas de dignidade, a conferir-lhes proteção moral e jurídica.

Por fim, se pretendeu demonstrar a viabilidade de estender aos animais o conceito de pessoa, descolando o mesmo de uma base racional para outra fundada na senciência, ou outros valores diversos da racionalidade humana. Se seria igualmente possível considerar os animais como sujeitos de direitos despersonalizados para conferir-lhes a titularidade de situações jurídicas, esta não parece ser a melhor opção, na medida em que não lhes conferiria dignidade, suprimindo seus principais direitos e interesses.

Do exposto, há de se concluir que a negativa pura e simples de direitos aos animais, embora bem assentada em bases ocidentais, fere a requisitos mínimos de justiça, sem os quais desmorona todo o arcabouço jurídico. A aridez e resistências ao tema se devem muito mais a nossos preconceitos histórica e culturalmente estruturados que a eventuais dificuldades teóricas. Não há demérito algum em reconhecer em outras formas de vida a existência de uma dignidade própria ou de um patrimônio jurídico independente. Tal fato em nada desabona ou diminui a capacidade humana. Os desafios obviamente são inúmeros – seja quanto novas fundamentações possíveis, seja quanto a quais direitos deveriam ser validamente atribuídos às pessoas não humanas, seja quanto as inevitáveis colisões entre tais direitos e os direitos das pessoas humanas. Contudo, não podem ser negligenciados pelos juristas, filósofos, bioeticistas e pela população em geral, dado que a responsabilidade para com os animais repercute em uma responsabilidade para nós mesmos, não em razão de um mero aprimoramento pessoal, mas por sermos todos partes de uma coexistência necessária no planeta em que habitamos e na teia da vida.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil - Reais, v. 5. 8ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2012.

_____. Curso de Direito Civil: Teoria Geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FELIPE, Sônia T. Liberdade e autonomia prática. Fundamentação ética da proteção constitucional dos animais. In: SARLET, Ingo Wolfgang, et. all., A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para Além dos Humanos- Uma discussão necessária. Belo Horizonte: FORUM, 2008.

FRANCIONE, Gary L. Animals as Persons. Nova York: Columbia University Press, 2008.

_____. Rain Without Thunder. The ideology of the Animal Rights Movement. Philadelphia: Temple University Press, 1996.

_____.Introduction to Animal Rights: Your child or the dog?.Filadélfia: Temple University, 2000.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: MARTIN CLARET, 2008.

LOURENÇO, Daniel Braga. Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

NUSSBAUM, Martha. Para além de "compaixão e humanidade" – Justiça para animais não-humanos. In: SARLET, Ingo Wolfgang, et. all., A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para Além dos Humanos- Uma discussão necessária. Belo Horizonte: FORUM, 2008.

_____. Fronteiras da Justiça: Deficiência, Nacionalidade, Pertencimento à Espécie. Trad. Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MACHAN, Tibor. R. Os Animais tem Direitos? In: RACHELS, James, RACHELS, Stuart. A coisa certa a fazer: leituras básicas sobre filosofia moral. Trad. Delamar José Volpato Dutra. 6ª ed., Porto Alegre: AMGH, 2014.

RACHELS, James. The End of Life: Euthanasia and Morality (Studies in Bioethics). Oxford, UK: Oxford University Press, 1986.

ROCHA, Luiz A. C. B. L. M.; LOURENÇO, Daniel Braga . O DIREITO CIVIL E A QUESTÃO ANIMAL: TENSIONAMENTOS E POSSIBILIDADES. Revista Paradigma, v. 28 n.2, p. 101-133, 2019. Disponível

em: http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1210/1299 Acesso em: 04.11.2020.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo et. all., A Parte Geral do Novo Código Civil -Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2007.

SARLET, Ingo. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: SARLET, Ingo Wolfgang, et. all., A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para Além dos Humanos- Uma discussão necessária. Belo Horizonte: FORUM, 2008.

SINGER, Peter. Libertação Animal. Trad. Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SHELL, Susan M. Kant's Concept of Human Dignity as a Resource for Bioethics. In: PELLEGRINO, Edmund, et. al. Human Dignity and Bioethics. Washington, 2008. Disponível em: https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human_dignity/. Acesso em 12.11.2017.

SOUZA, Ricardo Timm. Ética e animais – Reflexões desde o princípio da alteridade. In: SARLET, Ingo Wolfgang, et. all., A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para Além dos Humanos- Uma discussão necessária. Belo Horizonte: FORUM, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo et. all., A Parte Geral do Novo Código Civil -Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Et. all. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. V. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: REOVAR, 2011.

A SOMBRA COMO SEMBLANTE DO REAL:
democracia, pandemia e desigualdades sociais no Brasil

Wellington Fontes Menezes
Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF)
Pesquisador do Grupo de Pesquisa
Democracia, Cidadania e Estado de Direito (DECiED)
wfmenezes@uol.com.br

Alexsandra Massolini
Mestre em Psicologia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)
alexsandra.massolini@gmail.com

Resumo: O presente artigo visa apresentar um panorama preliminar da pandemia no Brasil, tendo em vista suas implicações econômicas, sociais, psicológicas e os reflexos na fragilidade democrática. O trabalho procura analisar, com maior atenção, os impactos psicossociais causados pela exposição da população brasileira aos riscos de uma doença com grande velocidade de contágio e mortalidade. Para além das estatísticas anunciadas assimétrica e friamente nos noticiários, há rostos humanos escondidos nestes números, os quais foram sacrificados diante da negligência governamental com a condução de toda a crise socioeconômica decorrente da pandemia. É pertinente a análise do debate público que permeou o falso dilema entre a "doença" e a "economia", pregado por empresários e políticos, visando somente minimizar os impactos da pandemia e promover a flexibilização do isolamento social.

Palavras chave: Brasil; coronavírus; COVID-19; democracia; pandemia.

INTRODUÇÃO

O século XXI parecia fadado à consagração do sucesso da onipotência estadunidense, diante de um mundo que muitos arautos da globalização tecnológica se gabavam de serem privilegiados por uma série de parafernálias futuristas nunca antes vistas na história. O presente teria chegado sublimando a realidade ao projetar o futuro e ignorando o passado. Houve aqueles que já decretaram o "fim" da própria história civilizacional com a receita do sucesso neoliberal após a queda do Muro de Berlim: Estado enxuto, democracia *a la* estadunidense e liberdade absoluta para a divindade chamada "Mercado".

Sem um parâmetro político para se contrapor ao capitalismo, os anos 1990 começaram com o apogeu do mercado e o declínio das utopias coletivas que permearam grandes debates no século XX. Neste mesmo período, o "fim da História" já poderia ser escrito seu "grand finale", conforme Francis Fukuyama havia vaticinado como destino manifesto para todo o sempre: a vitória apologética da democracia liberal:

> Dos diferentes tipos de regimes surgidos no curso da história da humanidade, desde monarquias e aristocracias até as teocracias religiosas e as ditaduras fascistas e comunistas deste século, a única forma de governo que sobreviveu intacta até o fim do século XX foi a democracia liberal. (FUKUYAMA, 1992, p. 80)

Os perigos globais mudaram de discurso sem perderem em sua essência. Se antes eles eram ancorados em extremismos políticos autoritários, sanguinários e desprovido de qualquer razão humanística como a as experiências dos diversos tipos de fascismos, houve o rearranjo diante da ação de políticas neoliberais que desarticularam o estado de bem-estar social dos países europeus e dos Estados Unidos na medida em que a "Guerra Fria" esfriava. A grande mídia e seus arautos foram capitalizados pelos interesses de grandes incorporações vaticinava: "Deixem os mercados agirem e se autorregularem!", diziam eles fazendo juras de que a mão invisível de Adam Smith seria a própria mão onipresente de Deus para colocar paz na Terra aos homens de bem e com capital (ARRIGHI; BARR; HISAEDA, 2001).

Com a propalada "era da globalização", o mundo aproximou a interação da circulação de pessoas e mercadorias em uma escalada de conectividade jamais vista na história. Conforme o discurso do "establisment" global ancorado nas doutrinas neoliberais, tudo parecia ser imutável, duradouro, sem sobressaltos, com as classes sociais mais pauperizadas razoavelmente bem domesticadas pelas elites dominantes.

A democracia ocidental e seus arremedos orientais criavam uma aura de "normalidade" social e o afastamento ou confinamento dos "indesejáveis" em bolsões de miséria, abandonados à sua própria sorte. Com um forte aparato repressivo, os descontentes eram rapidamente desmobilizados e seus sindicatos transformados em entidades cada vez mais desacreditadas com uma burocracia inútil. Tudo parecia caminhar para um destino-manifesto na concepção de Fukuyama para uma globalização excludente, reinando o receituário panaceico da administração neoliberal: política de austeridade, Estado mínimo, privatização

de bens públicos e a imposição lei da selva do Mercado e na vida social... Até que apareceu um vírus errante...

1. E o vírus chegou...

Pandemias não é novidade na história humana. Destacam-se algumas delas como a chamada "peste negra" em tempos medievais, entre 1343 e 1356 causou a morte estimada de 75 a 200 milhões de pessoas no planeta e, em 1817, uma pandemia de cólera matou centenas de milhares de pessoas. Entre 1918 e 1920, o vírus Influenza causou a chamada "gripe espanhola", exterminando até 50 milhões de pessoas ao redor do globo:

> Os registros da pandemia de 1918 mostram que a epidemia se disseminou em todo o mundo em menos de cinco meses. Alguns aspectos dessa pandemia realmente são impressionantes. Há estimativas de pelo menos 21 milhões de óbitos. Algumas estimativas chegam até a 50 milhões. (MATOS, 2018, p. 9)

Enfim, sem pedir licença, se impôs ao invencível e tecnológico século XXI. Pandemias menos letais foram registradas com coronavírus, causando a SARS (Síndrome Respiratória Aguda Severa), matando 774 pessoas e infectando mais de 8 mil em 2003 e a MERS (Síndrome Respiratória do Oriente Médio) que vitimou 858 de apenas 2500 pessoas infectadas em 2012 no Oriente Médio. Entre 2009 e 2010, entre 700 milhões a 1,3 bilhão de pessoas foram infectadas pelo variante do vírus Influenza, o H1N1, chamada de "gripe suína", com uma estimativa de até 500 mil mortes. Na África Subsaariana, entre 2015 e 2016, o vírus Ebola contaminou cerca de 30 mil pessoas, causando a morte de mais de 11 mil pessoas (MÉDICOS SEM FRONTEIRAS, 2018; OPAS, 2020).

Mas o pior estaria por vir... No final de 2019, a partir da cidade chinesa de Wuhan, o mundo conheceu um novo tipo de vírus que infestou rapidamente a população local, provocando adoecimento entre os adultos e uma alta mortalidade entre os mais velhos (OPAS, 2020).

A origem do novo vírus ainda permanece com paradeiro desconhecido, apesar de algumas especulações serem abordadas, sem uma efetiva comprovação científica (BBC BRASIL, 2020). A nova ameaça surgia sorrateiramente a partir dos subterrâneos dos mercados chineses de animais exóticos para a sanha comestível da população local, o mais mortal dos inimigos da humanidade deste

o nazifascismo na Segunda Guerra Mundial: o novo coronavírus denominado SARS-CoV-2.

De Wuhan, na província de Hubei, na República Popular da China, para o mundo, praticamente todos os países foram infectados em poucos meses, pela altíssima velocidade de transmissão do inédito vírus. Uma nova palavra passou a atormentar o vocabulário dos cidadãos dos dois hemisférios: COVID-19, a doença causada pela atuação cataclísmica e virótica do SARS-CoV-2. O nome da doença COVID-19 vem da sigla, em inglês, "Coronavirus Disease 2019", onde o número "19" registra o ano de descoberta da nova moléstia a castigar a humanidade cujos efeitos no organismo humano ainda não foram totalmente conhecidos pela comunidade científica mundial (BICALHO, LIMA, DAVI, 2020)1.

O coronavírus SAR-CoV-2 se apresentou altamente perigoso e devastador. Logo no início de abril de 2020, cerca de um milhão de pessoas haviam sido infectadas no planeta e causando aproximadamente 45 mil mortes, em especial na Espanha, Itália e Estados Unidos. China e Coreia do Sul foram os primeiros países a sofrerem com a novata epidemia do SAR-CoV-2 e que conseguiram, momentaneamente, controlar o avanço do coronavírus, através de seríssimas medidas restritivas, além da detecção e controle sistemáticos de possíveis contaminados.

Após uma "primeira onda" (aproximadamente, desde o início de fevereiro até outubro de 2020), um novo registro de alta em vários países do mundo foi registrado, sugerindo uma "segunda onda" de contaminação e mortes pelo novo coronavírus. A questão sobre o pico da epidemia global, ou seja, se foi atingido ou não, permanece uma incógnita (isto é, se há sentido este tipo de pergunta diante de uma história natural da doença ainda desconhecida), mas mudou radicalmente muitas das estruturas socioeconômicas de forma jamais vista na história recente.

Atrelado a alguns cuidados pessoais, com assepsia das mãos e uso de máscara de proteção individual, como única medida que se apresentou com significativa eficácia para retardar a velocidade infestação pelo novo coronavírus,

[1] Em tradução literal, "doença do coronavírus". Será adotada para o presente trabalho a grafia "COVID-19", com o artigo "a" por se tratar da doença e em letras maiúsculas por se tratar de uma sigla. Por sua vez, será adotado o artigo "o" para o novo coronavírus por se tratar do vírus e com letras minúsculas por ser um substantivo comum (RABELO, 2020).

está o isolamento social, ou seja, o confinamento dos cidadãos dentro de seus domicílios2. Essa medida drástica impacta diretamente na interrupção de todas as atividades econômicas e sociais de uma forma jamais vista. Diante dos exemplos chinês e sul-coreano, quase todos os países do mundo experimentaram algum tipo de isolamento total ou parcial, buscando conter o avanço agressivo do SAR-CoV-2.

Trocando em miúdos, diante das consequências do avanço da infestação do novo coronavírus, praticamente, a maior parte da economia planetária, com maior ou menor intensidade, esteve (ou ainda está) de quarentena! Vidas pessoais, famílias, amigos, trabalho, diante dinâmica social alterada drasticamente pela mudança abrupta do estilo de conduzir o cotidiano de bilhões de pessoas. O cenário distópico, outrora presente em filmes e romances de ficção científica, se materializou na vida real: de ruas desertas, comércio fechado, transportes, ausência de espetáculos, jogos, adiamento dos Jogos Olímpicos que se realizaria no Japão. Nos meses de maior intensidade da pandemia, as principais cidades e centros comerciais do mundo, simplesmente, estavam sem o perambular de humanos em suas quilométricas ruas!

Aglomerações típicas da cultura humana se transformaram em sinônimo de perigo iminente, com a recomendação de autoridades governamentais e científicas a não serem formadas, a fim de não propiciarem o contágio. Seja nos grandes centros, seja nos pequenos centros, a vida social se se tornou em vida confinada, como se finalmente a Terra tivesse parado e o medo, ventilado na atmosfera!

"Medo" foi à palavra de ordem. As certezas se reduziram as angustiantes notícias de diversas mídias que bombardearam uma macabra contabilidade de contaminados e mortos. Segundo Zygmunt Bauman que analisou as circunstâncias do medo na contemporaneidade:

> O medo e o mal são irmãos siameses. Não se pode encontrar um deles separado do outro. Ou talvez sejam apenas dois nomes de uma só experiência – um deles se referindo ao que se vê e ouve, o outro ao que se sente. Um apontando para o "lá fora", para o mundo, o outro para o "aqui dentro", para o "lá fora", para você mesmo. O que tememos é o mal; o que é o mal, nós tememos. (BAUMAN, 2008, p. 74)

[2] Há uma diferença entre distanciamento e isolamento sociais. O primeiro refere-se à uma distância mínima entre as pessoas fora de suas residências. Já o segundo refere-se ao confinamento de pessoas dentro de suas residências como medida de proteção contra a contaminação pelo novo coronavírus.

Cuidados para evitar a contaminação e a preocupação com o futuro se tornaram elementos norteadores da ansiedade social que se desenrolou como fobia social. Na luta pela sobrevivência diária diante de um inimigo invisível, outrora reservada ao uso restrito, máscaras de proteção facial e álcool gel a 70% se tornaram objetos do desejo de toda a humanidade e, consequentemente, repercutiu em escassez e preços elevados, aos sinais de uma demanda ampliada. Simbólica e sistematicamente, a preocupação com os corpos diante do medo da contaminação foi conduzida de forma obsessiva de purificação salvadora da alma.

Um microscópico vírus impôs a maior de todas as ironias perversas da natureza humana: o contato humano é o fator de risco para a própria espécie! Conversar próximas, ou tocar o outro, simples gestos humanos, se tornaram um pavor real diante de uma pandemia, a qual se transmite por emissão de gotículas de saliva, com agentes patógenos de um individuo contaminado e que podem encontrar mucosas nasais de outro indivíduo e assim prosseguir a contaminação exponencialmente. Uma nova sociabilidade se forjou com o uso do distanciamento social. Pessoas desconhecidas ou entre os próprios familiares e entes queridos falando com distância mínima de segurança e com uso de algum tipo de proteção. Todas estas medidas objetivaram inibir o contágio e não contribuírem para que todos ficassem doentes ao mesmo tempo, repercutindo em colapso nos sistemas de atendimento à saúde regional.

Hoje a humanidade se encontra refém de um vírus que simplesmente irá levar à uma das maiores depressões globais de todos os tempos. A questão central não é mais a dúvida quanto a este fator, mas o percentual de quedas significativas nas economias dos principais países do globo (REUTERS, 2020). No auge da pandemia, nada mais emblemático foi o fato dos grandes aeroportos do mundo estarem praticamente às moscas. As medidas restritivas impactaram no bloqueio de fronteiras e fluxos aéreos.

A globalização tem, como componente fundamental o intenso fluxo de pessoas e produtos comerciais desde o final do século XIX. Nenhuma das duas grandes guerras do século XX conseguiu fazer o que o novo coronavírus conseguiu fazer, ao menos, por um curto espaço de tempo, de forma abrupta e planetária: o cerco por completo das nações e o imobilismo do fluxo comercial que afeta diretamente o capitalismo. A guerra invisível ao coronavírus se transformou na própria guerra que implica na sobrevivência no capitalismo do setor produtivo, o qual enfrentará anunciado e um avassalador abalo sísmico, se

aproximando da grande da crise do capital de 1929. Afinal, sem crises cíclicas não há capitalismo!

Quem poderia imaginar que diante de tantas tecnologias e velocidade dimensionada para a produtividade da vida sem descanso, um vírus seria objeto de estagnação e retração socioeconômica? Podemos inferir a farsa que se impôs, como suposta verdade, de uma invulnerabilidade humana movida pela matriz da insaciabilidade do capital. Pessoas, e não objetos ou máquinas, são quem move realmente o mundo. Por sinal, o mundo do capitalismo desenfreado pariu o neoliberalismo a partir dos anos 1980, com a promessa de liberdade máxima dos mercados e atuação ou intervenção mínima do Estado.

Com a hecatombe de mais uma crise econômica que se intensificou com a pandemia do coronavírus, assistimos diariamente todos os Estados intervindo drasticamente nas economias afetadas pela crise derivada do isolamento social que repercute em todas as esferas econômicas de produção e circulação. O coronavírus escancarou a lembrança da força da mão de obra trabalhadora como o principal motor da produção e, por sua vez, fez lembrar a importância dela no processo de dinâmica da economia.

Sintomaticamente, em meio à crise gerada pela pandemia, houve pedidos de regulação dos mercados pelo Estado, taxação de grandes fortunas e forte intervenção na economia, tanto para combater o coronavírus, quanto para salvar as empresas privadas da falência (FERNANDES, 2020). Portanto, o coronavírus representou um descrédito e uma desmoralização das práticas neoliberais e reconduziu o Estado mais intervencionista, não apenas com bilhões de dólares ou euros, mas na casa dos trilhões de investimentos ao estilo de políticas econômicas keynesiananas. Por sinal, a proposta do investimento público para minimizar a crise causada pela pandemia foi recomendada até mesmo em artigos internos do Fundo Monetário Internacional (FMI), como o da dupla de economistas do órgão, Tandberg; Allen (2020)!

2. Brasil e o cenário mundial diante da pandemia

Em meio à circulação descontrolada do vírus da COVID-19, as aberturas comerciais prematuras e irresponsáveis se mostraram catastróficas nas grandes economias. O exemplo mais notório são as principais cidades europeias que assistem agora uma "segunda onda" de contaminação pelo novo coronavírus,

assim como ocorreu, apesar de menos intenso, em regiões da China e alguns países asiáticos (JORNAL DO COMÉRCIO, 2020).

O caso do Brasil foi emblemático pela magnitude da crise política que se agravou pela pandemia. A negação da alteridade invocou um maniqueísmo político ampliando a polarização dos afetos na sociedade pós-impeachment de Dilma Rousseff. O negacionismo e a sabotagem da política vêm impossibilitando o reconhecimento das questões nevrálgicas que estão projetadas sob a face imagética de um "inimigo" a ser destronado e destruído.

A atual e desastrosa administração do governo de Jair Bolsonaro impôs uma política autoritária, negligente e desconexa que provocou problemas estruturais no combate à disseminação do novo coronavírus. No Brasil em crise política e conflitos institucionais, a pandemia encontrou um ambiente que propiciou a perversão como substrato de uma sociabilidade que flertou com a morte, onde o luto foi suprimido e a verdade sabotada por "fake news", induzindo alienação social.

O Brasil é o vergonhoso exemplo mundial de uma abertura completamente irresponsável das áreas comerciais convivendo com uma média diária, que em alguns momentos, atingiu cerca de mil mortes, em decorrência da COVID-19 (ver Gráfico 1). Não há segredo quanto à forma padrão de contaminação pelo SARS-CoV-2: a circulação de pessoas leva proporcionalmente à enorme circulação do vírus. O desejo de lucro imediato do capital insaciável ignora a pilha de mortos já contabilizada e está levando a novos casos de contaminação pelo vírus e, consequentemente, elevando o número de vítimas fatais, conforme registrado no Gráfico 1.

Não há solução mágica diante da maior crise sanitária global de todos os tempos. Apesar dos protestos de impaciência de patrões ávidos por lucros, ignorantes performáticos e negacionistas de plantão, ainda as medidas de isolamento social combinadas com o distanciamento social são os melhores meios de prevenção da doença, devido à rapidez incessante do contagioso vírus.

As medidas de apoio econômico emergencial para os trabalhadores e a população socialmente vulnerável foram fundamentais para apoiar, provisoriamente, a prevenção da doença, dando mínimas condições para adesão social em virtude das medidas restritivas de circulação. Assim como em outros países atingidos pela contaminação do novo coronavírus, no Brasil, o Congresso Nacional apoiou medidas de implementação de auxílio de renda aos segmentos

mais vulneráveis da população que foram pagos com recursos do Governo Federal (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).

No início da pandemia, o Brasil atingiu uma das maiores taxas de letalidade do mundo com 6,3%, mas com a ampliação da contaminação este valor diminui de patamar e agora, em meados do mês de dezembro de 2020, está em torno de 2,6%3 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). Todavia, sem nenhum gerenciamento mais efetivo das políticas de controle de dispersão da pandemia, o país assiste a uma elevação crescente da curva de mortos por COVID-19, conforme visto no Gráfico 1.

A partir de dados oficiais de 20 de dezembro de 2020, observa-se o Quadro 1 exibindo os principais países em número de casos acumulados pelo contágio do novo coronavírus. Utilizando dados da Johns Hopkins University (2020). Em termos globais, o mundo atualmente se encontra com 76.750.811 casos acumulados de coronavírus com 1.692.067 mortos por COVID-19, conforme poderá observado no Quadro 2, os principais países do mundo com seus números de mortos decorrentes da doença4.

Quadro 1: Principais países do mundo com relação ao número de contaminados acumulados por contágio do novo coronavírus (20 dezembro de 2020).

	País	**Número de contaminados**
*	Mundo	76.750.811
1	Estados Unidos	17.819.583
2	Índia	10.031.233

[3] Tal fato não significa que seja necessariamente positiva esta informação, mas mostra à ampliação descontrolada da pandemia no Brasil. A taxa de letalidade que corresponde à relação entre número de casos acometidos com uma doença e a morte resultante dessa doença. Portanto, quanto maior o número de casos com menor número de vítimas, menor também será a taxa de letalidade. A taxa de letalidade é um indicativo do quanto é potencialmente letal uma doença.

[4] Os números se ampliam diariamente e, portanto, no momento, é impossível fazer um dimensionamento real do volume de impacto da tragédia representada pelo novo coronavírus.

3	Brasil	7.238.600
4	Rússia	2.821.125
5	França	2.529.756
6	Reino Unido	2.046.161
7	Turquia	2.024.601
8	Itália	1.953.185
9	Espanha	1.797.236
10	Argentina	1.537.169
Fonte: JOHNS HOPKINS UNIVERSITY (2020).		

Com a ampliação do número de contágio mundial, a taxa de letalidade global média decorrente da COVID-19 declinou para 2,2%, a partir de dados da contabilidade do Mapa Global, elaborado por JOHNS HOPKINS UNIVERSITY (2020) com dados de 20 de dezembro de 2020.

Quadro 2: Principais países do mundo com relação ao número de mortos acumulados por contágio do novo coronavírus (20 de dezembro de 2020).

	País	**Número de mortos por COVID-19**
*	Mundo	1.692.067
1	Estados Unidos	317.588
2	Brasil	186.764
3	Índia	145.477
4	México	117.876
5	Itália	68.799

6	Reino Unido	67.503
7	França	60.665
8	Irã	53.625
9	Rússia	50.242
10	Espanha	48.926
Fonte: JOHNS HOPKINS UNIVERSITY (2020).		

Em números de 20 de dezembro de 2020 de acordo com os dados da Johns Hopkins University (2020), os Estados Unidos está na liderança em número de casos com 22% das ocorrências mundiais e também no âmbito do número de mortos pela doença. O Brasil situa-se, no momento, na terceira colocação, com cerca de 10% dos casos globais e na vice-liderança do quadro de número de mortos. Porém, conforme se pode observar no Quadro 3, o nível da taxa de letalidade situa-se, no momento, com a liderança do México, seguido de China, Irã e Peru. Todavia, no caso da pandemia na China, o país era o epicentro da onda de contaminação, porém, a situação já foi controlada segundo o governo daquele país e a taxa de letalidade ficou como sendo apenas um registro do quanto foi atingido em seu ponto máximo (PAREDES, 2020).

É importante ressaltar que estes percentuais são muito móveis devido à evolução de contágio da doença em cada país. Logo, é impossível, a priori, fazer maiores conjecturas a respeito diante de uma pandemia que não está no seu final e de difícil precisão da quantidade total de contaminados e mortos.

Quadro 3: Principais países do mundo com relação à taxa de letalidade da COVID-19. (20 de dezembro de 2020)

	País	**Taxa de letalidade da COVID-19 (%) [(1)]**
1	México	8,9
2	China	5,0

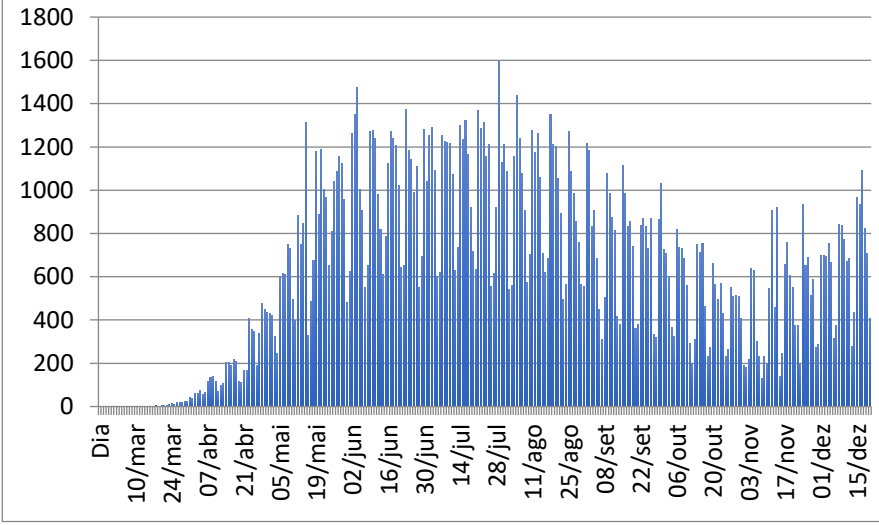
3	Irã	4,6
4	Peru	3,7
5	Itália	3,5
6	Reino Unido	3,3
7	Bélgica	3,0
8	Indonésia	2,9
9	Espanha	2,7
10	África do Sul	2,6
	Brasil	

Taxa de letalidade (ou ainda, coeficiente de letalidade) é a relação entre o número de mortos por uma dada doença e o número de ocorrência total daqueles que estão molestados com essa esta doença.

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do dia 13 dez. 2020 do Mapa Global JOHNS HOPKINS UNIVERSITY (2020).

Com o desequilíbrio do gerenciamento da crise causada pela pandemia, o Gráfico 1, reflete um efeito "exótico" que acontece no Brasil: a primeira chamada "primeira onda" sequer terminou e já "engatilhou" com uma "segunda onda". Como se pode observar, no caso brasileiro, não se trata de pandemia, mas de um verdadeiro "tsunami" complexo e avassalador.

Gráfico 1: Número de ocorrências diárias de mortes por COVID-19 no Brasil (17 de Março/ 20 de Dezembro - 2020).



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Ministério da Saúde (2020).

Deve-se questionar se o Brasil pratica a chamada "imunidade de rebanho" ou "imunidade coletiva" devido à falta de regras mais rígidas nos últimos meses e o imenso número de infectados pela pandemia (LACERDA; CHAIMOVICH, 2020). As aberturas comerciais e as atividades econômicas se tornaram praticamente "normalizadas" e o fluxo de pessoas se tornaram constante. A quarentena verbalizada em discursos de alguns governadores e prefeitos pelo país foi usada muito mais como retórica do que a prática mostrou de forma escancarada. O resultado é a escalada de casos de contaminação e mortes no país como mostra o Gráfico 1. A aparente queda no número de mortos entre meados de outubro e inicio de novembro foi cessada e um novo quadro de elevação se formou a partir de meados de novembro.

Ademais, a falsa preocupação com a crise sanitária pelos gestores governamentais impactou diretamente na receptividade da população que começaram a ignorar explicitamente as medidas de proteção contra o vírus. Até mesmo, foram realizadas eleições municipais em todo o Brasil, em dois turnos,

o que possivelmente contribuiu ainda mais para ampliar a crise sanitária em novembro (UOL ELEIÇÕES, 2020).

Estados Unidos e Brasil lideram o macabro número estatístico de contaminados no mundo. Há muito mais em comum entre os dois países do que os numerosos números em decorrência da pandemia do novo coronavírus: os respectivos governos populistas de extrema direita. Da mesma forma que Bolsonaro no Brasil, o presidente estadunidense Donald Trump, vinha debochando da doença até perceber, tardiamente, a catástrofe que se abateu no próprio país, muito mais letal que o fatídico atentado ao World Trade Center, em 2001, em número de mortos.

Na ocasião, o ato terrorista desencadeou uma crise psicológica na sociedade estadunidense que acarretou a abertura de uma "ferida narcísica" com 2.823 mortos e diversos feridos (DWYER et al, 2002). Todavia, nada se comparou aos números de mortes por COVID-19 nos Estados Unidos alcançando três dígitos diários em sua fase mais crítica. Se utilizarmos o número de mortos registrados pela Johns Hopkins University (2020) do dia 20 de dezembro, o número de mortos nos Estados Unidos já se equivaleu a impressionantes cento e doze atentados ao World Trade Center! Apesar do cenário assustador, há uma demonstração que os Estados Unidos chegaram ao pico da contaminação da doença, com a ampliação do número de casos e mortalidade.

Em dados comparativos (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY, 2020) de 20 de dezembro, a China, primeiro país do planeta a sofrer com a pandemia, possui hoje 95.027 casos confirmados, com 4.764 mortos com uma taxa de letalidade de 5,0%. Importante ressaltar que o governo da China não registra mais casos de mortalidade e com novos casos abaixo de duas dezenas e cuja origem não é por transmissão comunitária, mas sim por elementos externos ao país (contaminados de outras origens que ingressaram em território chinês). Aparentemente, a China se tornou um "modelo de sucesso" no combate à pandemia com medidas de restrição mais severas nas regiões mais afetadas pela contaminação e conseguiu voltar ao "novo normal" antes de qualquer outro país afetado pela pandemia.

3. Pandemia: consequências globais, a questão do acesso à vacina e o capitalismo sem freios

Quanto mais se estuda a história natural da COVID-19, mais são observadas as dificuldades de se conter o seu avanço e de se avaliar as suas implicações biológicas nos seres humanos. Conforme estudos relatados, tudo indica que o novo coronavírus veio, de fato, para ficar, ou seja, será endêmico nas áreas globais, correspondentes aos grandes grupos populacionais, com respingos nas áreas de menor concentração de pessoas. Assim como as variantes do vírus da "gripe comum", o voraz coronavírus SARS-CoV-2 ficará circundando o nosso cotidiano, sem se esvair ou desaparecer.

Mais uma crise do capital se instala no meio da pandemia. Possivelmente tão mais letal que a última, no final da década de 2000. Quem pagará a nova conta da catástrofe intrínseca nas estruturas do capital? Certamente não deveria ficar no lombo dos trabalhadores. Entre outras medidas, é urgente a taxação dos intocáveis bilionários que ficam cada vez mais ricos, diante da miséria alheia e em plena pandemia (CARBINATO, 2020; WILLIAMS, 2020).

Não será uma única medida que saneará todo o contingente, mas é inaceitável que milhões morram para dar sustentação a um minúsculo punhado de parasitas do capital, nutrindo-se da desgraça social. A marca da macroestrutura do capitalismo é sua metamorfose e, em meio a uma pandemia, seu estratagema é se alicerçar em sua fase genocida, onde corpos não significam nada diante dos lucros que não podem parar, com sua sangria ávida pela ação avassaladora do capital.

A devassidão do capital é maior do que qualquer pandemia. A unidade se faz pelo conjunto e não pelos filetes da fragmentação social. Mais do que atiçar questões sobre a subjetividade de flutuantes identidades e operacionalidades de um narcisismo do gueto, com ressonâncias de inúteis polêmicas midiáticas, a agenda que precisa ser retomada pelos setores progressistas, contra o avanço da devastação capitalista na pandemia, é o retorno da luta de classes e o sentido de batalha incessante pela sobrevivência, frente à voracidade do capital.

Diante de um momento histórico que demonstrará a nossa capacidade de resistência racionalizada e responsável diante da pandemia, ou o escancaramento da pulsão de morte que levará milhões de vítimas diretas ao cemitério. Neste cenário perturbador, as urgentes respostas governamentais levarão a salvar vidas ou ceifá-las diante de uma tragédia amplamente anunciada.

Não haverá alternativa e será imprescindível lutar por ela: a escolha pela preservação da vida deverá ser eternamente a meta prioritária da humanidade.

Ao contrário do que governos reféns do ímpeto dos interesses imediatistas dos capitalistas querem impor, a pandemia não acabou em nenhum lugar do mundo. No Brasil, o relaxamento ou, simplesmente, o fim da quarentena, apenas reforçou a irresponsabilidade governamental, gerando nefastas consequências da maior crise sanitária de todos os tempos conforme reflete o **Gráfico 1.** Diante de um cenário com números de uma verdadeira guerra mundial, a pandemia não é o pior dos pesadelos que a humanidade enfrenta no momento.

De fato, o novo coronavírus representa mais uma desgraça para a humanidade, mas é um desafio que somente a consciente e solidária construção coletiva de prevenção poderá mitigar os efeitos da contaminação em massa e as mortes tão, lamentavelmente, desnecessárias. Todavia, sem compreender as interações da complexa sociabilidade humana, toda a retórica entoada fica entre o catastrofismo inútil e o cinismo genocida.

Apesar do desejo da "volta à normalidade", a promessa de uma vacina eficaz contra o novo coronavírus, ganhou destaque, com mais vigor, na grande mídia mundial no último trimestre de 2020. As primeiras vacinas já estão sendo utilizadas na população em diversas regiões do mundo, em particular, nos países de maior potencial econômico, tais como a do consórcio germano-estadunidense Pfizer/BioNTech, a estadunidense Moderna, a chinesa CoronaVac5, a anglo-sueca AstraZeneca/Oxford e a russa Sputnik V (TEIXEIRA, 2020; UNIVERSO ONLINE, 2020).

Além dos embates públicos sobre uma possível "guerra das vacinas", envolvendo o debate médico e os negacionistas que buscam boicotar sadicamente a imunização das pessoas, há a questão central que é o acesso à vacina para todos os países que dela necessita, em particular, os mais pobres e que mais sentem os efeitos nefastos da pandemia:

> Os países mais ricos do mundo, que têm apenas 13% da população global, já compraram mais da metade (51%) das doses das vacinas contra a covid-19 em desenvolvimento, e as grandes empresas farmacêuticas que estão na corrida para lançar o produto já fazem as contas de quanto vão lucrar.

[5] No Brasil, a vacina CoronaVac do laboratório chinês Sinovac Biotech, está sendo elaborada em parceria com o Instituto Butantan, na cidade de São Paulo (INSTITUTO BUTANTAN, 2020).

> Enquanto isso, dezenas de países e centenas de milhões de pessoas, especialmente as mais pobres, poderão ficar sem a vacina até pelo menos 2022 (OXFORM BRASIL, 2020).

Sem um amplo acesso às vacinas para todos que necessitam se imunizarem contra os nocivos efeitos do vírus será um grande tema que deverá mover nações e estar na ordem central das Nações Unidas. Para uma pandemia globalizada, somente será possível enfrentar os problemas decorrentes dela de ordem global. Neste momento, abre espaço para a reflexão de um sistema de controle de saúde globalizado, menos burocratizado ou meramente figurativo nos comezinhos das ordenanças diplomáticas. Em tempos de pandemia avassaladora, cabem soluções para além das fronteiras nacionais e impor uma racionalidade que visa à proteção da espécie humana diante da catástrofe das epidemias e pandemias.

Uma pergunta que suscita muitas dúvidas: Será possível uma saída evocando alguma panaceia para esta crise sem efeitos colaterais? O tempo ainda será um elemento a ser elaborado para que se possa construir estratégias que busquem salvar vidas e a própria estrutura social. Afinal, o que é "normalidade" em tempos de capitalismo em crises sistêmicas?

Os impactos econômicos da pandemia já demonstraram que o capital tem seu limite que é a própria fragilidade da natureza humana. A destruição em série para obter lucros esbarra na limitação do elemento humano. Por sinal, mostrou, novamente, que nada é mais importante para os capitalistas do que os seus lucros. Sem escrúpulos, o patronato submeteu grande parte dos trabalhadores de todo o mundo aos riscos do contágio, em nome da manutenção dos famigerados lucros. Essa impiedosa busca atravessa qualquer súplica de proteção racional da vida!

Vidas foram confinadas, mas nenhuma delas se compara às perdas humanas pela COVID-19. Contudo, nada parece ser capaz de sensibilizar a grande massa da população trabalhadora, condenada àquilo que se assemelha a uma "vida de gado", ou seja, alienada da sua subjetividade e sem nenhum valor para os donos do capital. Na lógica do capitalismo sem freios, o trabalhador somente será útil enquanto produtor de lucros para dos donos dos meios de produção, ou será descartado para a vala-comum do ostracismo de uma sociedade fadada ao consumismo em massa.

O mundo dos grandes avanços tecnológicos voltados para o lucro, sem sequer uma preocupação com o sentido para a vida humana, é o mesmo mundo da esterilidade de vidas que não encontram significado para a própria existência. Para aqueles que conseguem, ou conseguiram, fazer sua proteção por via da quarentena, a pandemia desvelou um vazio, muito além do que se imaginava, na solidão dos sujeitos confinados em seus domicílios. Paradoxalmente, o confinamento impositivo de enorme contingente de populacionais dos integrantes familiares dentro de suas residências, além de ocasionarem diversos problemas psicológicos em muitas delas ocasionou também problemas de violência doméstica. A este respeito, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020) lançou em 27 de junho uma nota técnica buscando analisar especificamente a questão da violência doméstica na pandemia:

> Embora essas medidas sejam extremamente importantes e necessárias, a situação de isolamento domiciliar tem como possível efeito colateral consequências perversas para as milhares de mulheres brasileiras em situação de violência doméstica, na medida em que elas não apenas são obrigadas a permanecerem em casa com seus agressores, mas também podem encontrar ainda mais barreiras no acesso às redes de proteção às mulheres e aos canais de denúncia (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p. 2).

A globalização de uma pandemia retrata a interdependência cada vez maior entre os países e as pessoas. Em poucos meses, o vírus se alastrou tão rapidamente em todos os continentes e o planeta se transformaram em uma "grande aldeia" (usando aqui um bordão que registra o cinismo dos neoliberais!).

A fragilidade da vida ficou ostensivamente exposta e o medo do contágio se tornou referência primária em quase todas as preocupações diárias. Apesar de ser uma obviedade, mas em tempos de obscura militância negacionista, é importante ressaltar que somos seres biológicos e não máquinas para servir ininterruptamente a um punhado de seres gananciosos e perversos sem escrúpulos!

A pontual pandemia mostrou a necessidade de outro modelo de sociabilidade, uma nova ética humana para um novo patamar civilizacional. A secular endemia causada pelo capital, fragilizou os laços sociais, dividiu olhares de mundo, sodomizou valores humanitários e mercantilizou o próprio sentido da vida. A socialização dos recursos de todas as matrizes é vital para que os

desequilíbrios se tornem mais amenos e a miséria social seja minimizada no planeta, assim como os níveis de contaminação da pandemia.

Na lógica fratricida do capital, quando todos acharem que devemos matar uns aos outros e exaurir todos os recursos da Terra, ao ponto de deixá-la inóspita à vida humana, perguntar-se-á aos protagonistas da barbárie: Para qual planeta do universo os vencedores do genocídio global, isto é, se houver algum, irão partir e se estabelecer confortavelmente? Por fim, vale lembrar que toda a opulenta ganância desmedida é um futuro atestado de óbito.

Considerações finais: Isolamento do mundo, aproximação de si?

Para os países que adotaram o isolamento social, com maior ou menor nível de confinamento, repercutiu como método para frear a velocidade de contágio, cujo efeito colateral compromete ferozmente o declínio da economia local. Diante da necessidade de reclusão social, o combate ao coronavírus produziu sociedades que invocaram um verdadeiro estado de sítio provisório. Durante este período, as liberdades civis ficaram restritas ao direito de ir a locais essencialmente de abastecimento alimentar e saúde.

Ao menos momentaneamente, com o fechamento de grande parte das atividades comerciais, o isolamento permitiu uma oportunidade de profunda reflexão sobre os impactos de um mundo voltado para o narcisismo e ao materialismo extremo. O medo de contágio pelo coronavírus consolidou outro olhar perante a própria relação humana com os demais. De repente, famílias conseguiram ficar mais próximas em meio ao isolamento, tendo a possibilidade de despertar outros olhares sobre si e sobre a realidade que o cerca. Todavia, este olhar é de um otimismo que se perde diante da catástrofe humanitária, causada pelos estragos de um vírus cuja letalidade ultrapassa qualquer horizonte de contabilidade de infectados e corpos dentro de sacos pretos.

A contradição da pandemia foi à possibilidade, ainda que quase idílica, de um momento de união entre as pessoas, possibilitando que fossem feitos esforços de mitigar as consequências do distanciamento e isolamento social. Cabe aos governos de diversos países uma ampla implementação de renda mínima para efeitos emergenciais enquanto perdurar os efeitos da pandemia. A ocasião permite a reflexão da importância de romper as barreiras do capital cerceador de

vidas, e que uma renda mínima provisória possa se prolongar de tal forma que jamais um ser humano possa ficar desassistido minimamente durante a sua existência.

A questão da pandemia que deixou milhões de trabalhadores no abandono do desemprego precisa de ações governamentais intensas e humanitárias. O programa de transferência de renda tem que buscar ser universal e por prazo indefinido, enquanto ainda houver alguma pessoa em situação de risco. Este é dos mecanismos já citados, mas não poderá ser o único! É hora de mudar as estruturas da perversão do capital em nome da possibilidade real de bem-estar social. Todavia, cabe uma pergunta fatídica: haverá forças suficientemente fortes para construir uma nova ordem humanitária frente às atrocidades do capital que somente fizeram eclodir mais miséria durante a pandemia?

Não é possível mais aceitar que um microscópico grupo de pessoas possa represar para si uma quantidade de recurso equivalente a quase metade de toda a riqueza do globo (WILLIAMS, 2020). É urgente a criação da taxação de grandes fortunas para que possam ser transferida para a geração de recursos voltada às vítimas do isolamento social e à manutenção dos serviços de saúde e afins. O parasitismo capitalista é mais danoso para a espécie humana do que qualquer inimigo biológico! Qual a razão de se acumular tantos recursos para si, se estiver morto? O vírus não reconhece nenhuma classe social e é voraz para todos aqueles que desafiarem suas arquiteturas de contato.

Um mundo acuado e isolado em suas residências diante de uma emergência sanitária de origem biológica, cuja proporção, em termos de volume de recursos perdidos ou investidos, é de valores amplamente inéditos na história da civilização humana. Situa-se historicamente em mais um desafio enquanto seres que ainda habitam o planeta Terra: mudam-se certos modos de relacionarmos entre si e com o mundo ou, brevemente, a espécie humana será ainda mais afetada e cujas formas de sobrevivência colocarão em risco a própria existência da humanidade..

Da crise sanitária causada pelo coronavírus, cairemos no lamaçal de uma crise econômica profunda, cujos reflexos podem durar anos para sua recuperação. Porém, poderá ser acelerada tal recuperação se forem redefinidos os padrões de acesso aos bens produzidos e coibido o nível de especulação parasitária financeira. Toda crise sempre deixa suas lições de grande valor para aqueles que conseguem sobrevier com lucidez a ela. Em toda crise há caminhos

que podem ser observados, para serem desbravados sobre olhares que permitam superar os antigos obstáculos.

Reconhecidamente, estamos diante de uma das maiores crises humanitárias de todos os tempos. Entre dúvidas e especulações alucinógenas, é salutar o refúgio na serenidade e na racionalidade humanitária. Muito provável, a humanidade sairá desta crise mais fortalecida do que antes se o desejo de um mundo com maior coletividade e igualdade social for o horizonte de progresso civilizatório. Não se pode esquecer a devida sensibilidade e a projeção de um mundo que possa reduzir ou eliminar as diferenças de classes sociais e multiplicar o trabalho, a renda, a produção e as possibilidades de manutenção da vida humana.

Mais do que nunca, isolados em seus domicílios, parte significativa da humanidade, possibilitou dispor de algum tempo para refletir, de forma mais complexa, sobre a necessidade de compreensão da nossa própria existência. Uma pergunta fatídica ficará no ar para a reflexão do coletivo humanitário: nós somos o que somos e o que faremos com tudo isto?

REFERÊNCIAS

ARRIGHI, Giovanni; BARR, Kenneth; HISAEDA, Shuji. A transformação da empresa capitalista. In: ARRIGHI, Giovanni; SILVER, BEVERLY J. **Caos e governabilidade: no moderno sistema mundial.** Rio de Janeiro: Contraponto; Editora UFRJ, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2008.

BBC BRASIL. COVID-19: o estudo americano que aumenta dúvidas sobre real origem da pandemia. **BBC Brasil**, 01 dez. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55149801 Acesso em: 02 dez. 2020.

BICALHO, Pedro Paulo; LIMA, Claudia Henschel de; DAVI, Jessica da Silva. Da crise à pandemia: da letalidade como política às políticas editoriais de resistência. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, Rio de Janeiro , v. 72, n. 1, p. 3-7, abr. 2020 . Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672020000100001&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 19 dez. 2020.

CARBINATO, Bruno. Bilionários ficaram quase 30% mais ricos durante a pandemia. Revista Superinteressante. 07 out 2020. Disponível em: https://super.abril.com.br/sociedade/bilionarios-ficaram-quase-30-mais-ricos-durante-a-pandemia/ Acesso em: 09 out. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara aprova auxílio de R$ 600 para pessoas de baixa renda durante epidemia. Brasília, 26 mar. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/648863-camara-aprova-auxilio-de-r-600-para-pessoas-de-baixa-renda-durante-epidemia/ Acesso em: 30 mar. 2020.

DWYER, Jim et al. 102 minutes: Last words at the Trade Center; fighting to live as the towers die**. The New York Times**, 26 mai. 2002. Disponível: https://www.nytimes.com/2002/05/26/nyregion/102-minutes-last-words-at-the-trade-center-fighting-to-live-as-the-towers-die.html Acesso em: 25 set. 2020.

FERNANDES, Adriana. Coronavírus acende debate sobre taxação de grandes fortunas. **UOL Economia/O Estado de S. Paulo.** São Paulo, 03 ago. 2020. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/08/03/covid-acende-debate-sobre-taxacao-de-grandes-fortunas.htm Acesso em 10 ago. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19, 3ª ed. 27 jul. 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-03/ Acesso em: 15 ago. 2020.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da História e o último homem.** Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

INSTITUTO BUTANTAN. Vacina contra a COVID-19, 2020. Disponível em: https://vacinacovid.butantan.gov.br/vacinas Acesso em: 30 out. 2020.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. Global maps: Coronovirus Resource Center. Disponível em: https://coronavirus.jhu.edu/map.html Acesso em: 13 dez. 2020.

JORNAL DO COMÉRCIO. Países da Europa se preparam para 2ª onda de coronavírus com toque de recolher e estado de calamidade. Porto Alegre, 15 dez. 2020. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/internacional/2020/10/761321-paises-da-europa-se-preparam-para-2-onda-de-coronavirus-com-toque-de-recolher-e-estado-de-calamidade.html Acesso em: 15 dez. 2020.

OXFORM BRASIL. Países ricos já compraram mais da metade do suprimento futuro da vacina contra covid-19, 17 set. 2020. Disponível: https://www.oxfam.org.br/noticias/paises-ricos-ja-compraram-mais-da-

metade-do-suprimento-futuro-da-vacina-contra-covid-19/ Acesso em: 02 out. 2020.

PAREDES, Norberto. Wuhan: de epicentro da pandemia a um dos principais polos turísticos da China. **BBC News Mundo**, 27 out. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54708633 Acesso em: 01 nov. 2020.

MATOS, Haroldo José de. A próxima pandemia: estamos preparados?. **Revista Pan-Amazônica de Saúde**, v. 9, n. 3, p. 9-11, Ananindeua, set. 2018. Disponível em http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-62232018000300009&lng=pt&nrm=iso Acesso em 10 out. 2020.

MÉDICOS SEM FRONTEIRAS. Médicos sem Fronteiras, Atividades médicas: Ebola, fev. 2018. Disponível em: https://www.msf.org.br/o-que-fazemos/atividades-medicas/ebola Acesso em 08 out. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/ Acessos: Diversos.

RABELO, Elves. Confira como escrever palavras presentes no contexto da pandemia de covid-19. **O Povo online.** Fortaleza, 09 jul. 2020. Disponível: https://blogs.opovo.com.br/girolusofono/2020/06/09/coronavirus-confira-como-escrever-palavras-presentes-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19/ Acesso em: 30 jun. 2020.

REUTERS. Países castigados pela covid-19, França, Espanha e Itália registram recessão recorde. **UOL Economia/Reuters**, 31 jul. 2020. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/rfi/2020/07/31/franca-espanha-e-italia-registram-recessao-recorde.htm Acesso em: 01 ago. 2020.

TANDBERG, Eivind; ALLEN, Richard. Gestão dos gastos de investimento público durante a crise. **Fundo Monetário Internacional: Fiscal Affairs**, 11 mai. 2020.Disponível em: https://www.imf.org/~/media/Files/Publications/covid19-special-notes/Portuguese/pr-special-series-on-covid-19-managing-public-investment-spending-during-the-crisis.ashx?la=en Acesso em: 09 set. 2020.

TEIXEIRA, Lucas Borges. Como está a vacinação contra a covid-19 pelo mundo. **UOL Mundo**, 16 dez. 2020. https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/12/16/como-esta-vacinacao-paises-mundo.htm Acesso em: 16 dez. 2020.

UNIVERSO ONLINE. CDC autoriza uso da vacina da Moderna contra a covid-19 nos EUA. **Universo Online**. São Paulo, 20 dez. 2020. Disponível em:

https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/12/20/cdc-autoriza-uso-da-vacina-da-moderna-contra-a-covid-19-nos-eua.htm Acesso em: 20 dez. 2020.

UOL ELEIÇÕES. Sem distanciamento nas filas e aglomerações, Brasil vota em meio a pandemia. **Universo Online Eleições**, 15 nov. 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/eleicoes/videos/2020/11/15/sem-distanciamento-nas-filas-e-aglomeracoes-brasil-vota-em-meio-a-pandemia.htm Acesso em: 15 nov. 2020.

WILLIAMS, Ollie. Riqueza de bilionários quebra recorde na pandemia e bate US$ 10 trilhões. **Revista Forbes**, 07 out. 2020. Disponível em: https://www.forbes.com.br/negocios/2020/10/riqueza-de-bilionarios-quebra-recorde-na-pandemia-e-bate-us-10-trilhoes/ Acesso em: 09 out. de 2020.

3

PAINEL 3
Democracia, gestão institucional e resolução de conflitos

DESAFIOS DO COMBATE AO *DEMOCRATIC BACKSLIDING*

Adriana Campos Silva
Universidade Federal de Minas Gerais, Professora,
Belo Horizonte, Brasil.
adrilaw100@gmail.com

Christiane Costa Assis
Universidade do Estado de Minas Gerais, Professora,
Diamantina, Brasil.
assischris@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar os contornos do *democratic backsliding*. A pesquisa sobre o tema é fundamental no cenário contemporâneo no qual nota-se a presença do constitucionalismo abusivo em diversos países. Para tanto, utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica apresentando-se os principais trabalhos científicos na temática pesquisada. Inicialmente, apresenta-se as noções fundamentais de teorias do *democratic backsliding* como o constitucionalismo abusivo e seu diálogo com outras proposições como o *lawfare*, constitucionalismo autoritário e Direito Internacional autoritário. Após, o artigo destaca os mecanismos pelos quais o *democratic backsliding* opera e as dificuldades para se deter o processo de erosão democrática. Conclui-se que o enfrentamento do *democratic backsliding* é um desafio por escapar dos mecanismos tradicionais de defesa da democracia, mas as possíveis soluções perpassam necessariamente pelo estudo de suas características.

Palavras-chave: *Democratic backsliding*; Democracia; Retrocesso; Autoritarismo.

INTRODUÇÃO

O *democratic backsliding* se converteu em um importante campo de estudo que busca analisar os meios pelos quais o retrocesso democrático é conduzido nas sociedades contemporâneas. Diferentemente dos episódios historicamente autoritários a erosão da democracia contemporânea opera por meio de mecanismos que escapam dos arranjos constitucionais de salvaguarda do Estado Democrático de Direito e, muitas vezes, ocorre com apoio popular engenhosamente obtido. As dificuldades para se identificar e frear o processo do *democratic backsliding* exigem o estudo aprofundado se suas características e instrumentos, sendo esta a proposta do presente trabalho.

Inicialmente, pretende-se apresentar as noções fundamentais de teorias do *democratic backsliding* como o constitucionalismo abusivo e seu diálogo com outras teorias como o *lawfare* e o constitucionalismo autoritário. Após, serão destacados os mecanismos pelos quais o *democratic backsliding* opera e as dificuldades para se deter o processo de erosão democrática. No aspecto metodológico adotou-se a técnica de pesquisa bibliográfica apresentando-se os principais trabalhos científicos na temática pesquisada.

1 DEMOCRACIA E O RETROCESSO VELADO

As recentes amaças à democracia são caracterizadas por mudanças que muitas vezes são imediatamente imperceptíveis e escapam do controle social e de constitucionalidade. Nos Estados contemporâneos instrumentos refinados de poder que cuja ação se prologa no tempo encobrem os retrocessos dificultando a reação democrática imediata. Trata-se de um de retrocesso e não de reversão, pois enquanto essa consiste em um colapso veloz e praticamente completo das instituições democráticas aquela consiste em um processo de erosão sutil dos predicados da democracia (HUQ; GINSBURG, 2018) que cria uma situação de "emergência em câmera lenta" (STRAUSS, 2018). O problema central que se apresenta aos Estados em face da destruição da democracia pelo *backsliding* é como frear uma situação catastrófica que se constrói gradualmente em pequenas etapas e contra a qual a população que será adversamente afetada não reagirá a tempo (LUO; PRZEWORSKI, 2019, p. 05). A ausência de reação da população se deve inclusive à inexistência de consenso sobre o que seria um retrocesso democrático. Em um cenário de polarização ideológica os cidadãos podem negligenciar comportamentos antidemocráticos dos líderes de sua preferência e o desacordo pode existir até mesmo dentro de um mesmo espectro político (GANDHI, 2019, p. 04).

> Democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos - presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder. Alguns desses líderes desmantelam a democracia rapidamente, como fez Hitler na sequência do incêndio do Reichstag em 1933 na Alemanha. Com mais frequência, porém, as democracias decaem aos poucos, em etapas que mal chegam a ser visíveis (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 15).

Nesse cenário, novas teorias foram elaboradas no intuito de identificar os indícios autoritários em regimes aparentemente democráticos, merecendo

destaque o trabalho de David Landau. Referido autor denominou como constitucionalismo abusivo o uso de mecanismos de mudança constitucional para promover a erosão da democracia (LANDAU, 2013). As alterações constitucionais são sutis e visam obstaculizar a alternância no poder e também neutralizar tribunais e demais instituições que promovam a *accountability* (LANDAU, 2013, p. 189). Os regimes que utilizam o constitucionalismo abusivo continuam a realizar eleições e não são totalmente autoritários, mas promovem o retrocesso democrático escapando dos controles de constitucionalidade e convencionalidade, uma vez que sua detecção é mais difícil quando comparada às ameaças autoritárias tradicionais (LANDAU, 2013, p. 193).

O constitucionalismo abusivo tem uma relação de proximidade com o *lawfare*, ou seja, com a utilização do Direito como arma de guerra. Os limites entre guerra e paz ou violência estatal legal e ilegal se tornaram fluídos (KENNEDY, 2012, p. 164) e na linguagem da lei a palavra "guerra" foi substituída por outras que prejudicam o reconhecimento das atividades realizadas, tais como "autodefesa", "uso da força", "reforço da paz", dentre outras (KENNEDY, 2012, p. 165). A lei então passa a realizar o que antes era feito com bombas e mísseis, permitindo inclusive a eliminação de oponentes políticos (KENNEDY, 2012, p. 160). Por sua vez, líderes políticos atuam na sombra de uma elite dispersa em níveis locais, nacionais e globais por meio de discursos jurídicos que apontam o que lei permite e proíbe (KENNEDY, 2012, p. 163). Assim sendo, a lei se tornou um vocabulário para legitimar o poder e justificar a morte, evidenciando que a guerra moderna é legalmente institucionalizada (KENNEDY, 2012, p. 162). O refinamento instrumental, a aparência democrática e a retórica de legitimidade do *lawfare* tornam difícil sua identificação e, consequentemente, seu combate, assim como acontece com o constitucionalismo abusivo.

A operacionalização do constitucionalismo abusivo ocorre por meio de mudanças constitucionais formais como emendas ou uma nova Constituição. As amarras constitucionais do processo de mudança são elaboradas para proteger provisões que dificilmente são alvos dos regimes constitucionais abusivos como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana (LANDAU, 2013, p. 194). Lado outro, a tentativa de proteger adequadamente todos os elementos vulneráveis da estrutura constitucional poderia resultar em um texto excessivamente rígido (LANDAU, 2013, p. 194). O resultado não é um autoritarismo escancarado, mas um regime híbrido onde as eleições são realizadas, mas os opositores do governo enfrentam desvantagens severas (LANDAU, 2013, p. 195). Nesse ponto reside a diferença entre o constitucionalismo abusivo e as ditaturas militares: embora as

ditaduras às vezes procurem a legitimação legal para suas ações, golpes militares geralmente desafiam a ordem constitucional existente (LANDAU, 2013, p. 196).

> Como não há um momento único - nenhum golpe, declaração de lei marcial ou suspensão da Constituição - em que o regime obviamente "ultrapassa o limite" para a ditadura, nada é capaz de disparar os dispositivos de alarme da sociedade. Aqueles que denunciam os abusos do governo podem ser descartados como exagerados ou falsos alarmistas. A erosão da democracia, é, para muitos, quase imperceptível (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 17).

A aversão aos regimes antidemocráticos levou à adoção de "cláusulas democráticas" que punem a derrocada de regimes democráticos em violação flagrante das normas constitucionais, mas os golpes contemporâneos não são claramente antidemocráticos como os golpes militares tradicionais (LANDAU, 2013, p. 197). A competição eleitoral existe e a oposição pode ocasionalmente vencer, mas as desvantagens são estabelecidas por meio do controle governamental da mídia, perseguição dos opositores políticos, uso de recursos públicos para garantir votos e fraude eleitoral (LANDAU, 2013, p. 199). O controle do governo que tende a se manter no poder recai não apenas sobre os poderes eleitos, mas também sobre os mecanismos de *accountability* que deveriam fiscalizá-lo, tais como tribunais, ouvidorias, Advocacia Geral, justiça eleitoral, dentre outros (LANDAU, 2013, p. 200). Uma vez capturadas pelo governo, tais instituições deixam de atuar como fiscais independentes e passam a trabalhar em prol de projetos políticos (LANDAU, 2013, p. 200).

Instituições como as constituições, legislaturas e partidos políticos permitem que as elites controlem transições de regimes e consolidem seus privilégios na democracia. O desempenho negativo dessas instituições faz com que os cidadãos apoiem líderes que utilizam regras e procedimentos constitucionais para ocupá-las com seus apoiadores e para destruir as que se mantenham dissidentes (GANDHI, 2019, p. 05). Nesse sentido, o caráter antidemocrático de regimes aparentemente democráticos é evidenciado em duas dimensões: a neutralização dos mecanismos de fiscalização e na restrição dos direitos das minorias (LANDAU, 2013, p. 200). Tais características geralmente são associadas a outros males como níveis altos de corrupção (LANDAU, 2013, p. 200).

A crítica ao constitucionalismo democrático não se destina a combater uma política de governo, mas ao fato de que tal constitucionalismo promove a erosão da democracia (LANDAU, 2013, p. 215). Entretanto, o prejuízo

democrático afeta tais políticas, pois a ausência da fiscalização se relaciona com a deterioração das políticas públicas, redução da responsividade política à vontade popular e aumento das violações dos Direitos Humanos (LANDAU, 2013, p. 215).

Mark Tushnet analisou o constitucionalismo autoritário a partir da experiência de Singapura. Referido constitucionalismo combina eleições razoavelmente livres e justas com um grau moderado de controle repressivo da expressão e dos limites da liberdade individual, o que é possível em função de um compromisso normativo modesto com o constitucionalismo (TUSHNET, 2015, p. 391). O constitucionalismo autoritário é diferente do constitucionalismo absolutista, no qual um único ator motivado pelo interesse no bem-estar da nação realiza amplamente consultas populares e protege as liberdades civis de forma geral, mas decide unicamente conforme seus próprios critérios sem controle por outras instituições (TUSHNET, 2015, p. 396). Já no constitucionalismo meramente identificado como Estado de Direito o agente decisor se adapta a algumas exigências procedimentais gerais e implementa decisões por meio de tribunais independentes por exemplo, mas não é restringido por regras substantivas sobre liberdades civis, dentre outros direitos (TUSHNET, 2015, p. 396). Apesar do interesse de manutenção no poder, é possível que líderes autoritários persigam objetivos de interesse público – daí ser possível analisar a teoria como forma de constitucionalismo (TUSHNET, 2015, p. 440).

A salvaguarda da democracia depende do desvelamento da ambiguidade das ações dos governos autoritários. Assim sendo, o estudo dos exemplos das manobras praticadas nesses regimes híbridos é essencial para compreender suas principais características, possibilitar sua identificação e então encontrar meios para conter o *democratic backsliding*.

2 MANOBRAS DO DEMOCRATIC BACKSLIDING

Ao analisar a situação da Colômbia, Venezuela e Hungria, Landau apontou exemplos de mudanças formais que configuram constitucionalismo abusivo, mas sua natureza flexível dificulta o combate, pois o mesmo resultado pode ser alcançado de formas variadas (LANDAU, 2013, p. 216). A alteração das restrições constitucionais de reeleição consecutiva presidencial por meio de emendas constitucionais permite que um presidente indique muitos atores que são responsáveis por fiscalizá-lo, o que provoca a erosão do mecanismo fiscalizatório e

resulta em vantagem eleitoral dificultando sua derrota nas eleições (LANDAU, 2013, p. 202). Outra estratégia seria substituir a Constituição existente por uma nova no intuito de neutralizar opositores (LANDAU, 2013, p. 204). A convocação de uma Assembleia Constituinte pode ser programada para elaborar regras eleitorais que favoreçam o governo em exercício, fechando instituições que sejam controladas pela oposição (LANDAU, 2013, p. 205) e estabelecendo um controle sobre elas (LANDAU, 2013, p. 206). A alteração de regras de aposentadoria compulsória de membros do Poder Judiciário, por exemplo, permite que um presidente indique um grande número de membros para um tribunal em curto período de tempo (LANDAU, 2013, p. 210) concedendo-lhe controle sobre uma instituição que deveria fiscalizá-lo. Leis que alterem o alistamento eleitoral também podem ser elaboradas para afetar o equilíbrio eleitoral e favorecer o governo em exercício (LANDAU, 2013, p. 211). Todas essas alterações são formalmente legítimas, pois observam o procedimento constitucional.

A substituição constitucional parece ser mais perigosa do que as emendas, pois com a nova Constituição é possível argumentar que os ocupantes das instituições fiscalizatórias nomeados por regimes anteriores carecem de legitimidade e, portanto, precisam ser substituídos (LANDAU, 2013, p. 213). Com a nova ordem constitucional também é possível reduzir o tamanho dessas instituições ou extingui-las para criar outras mais fracas (LANDAU, 2013, p. 213).

Embora não sejam capazes de frearem o constitucionalismo abusivo, Landau aponta que as regras formais constitucionais não podem ser desprezadas, pois são um elemento-chave desses projetos autoritários (LANDAU, 2013, p. 212). Entretanto, é preciso perceber que não se trata de um desdobramento natural do constitucionalismo nem de atualização do texto constitucional em face de novos contextos (LANDAU, 2013, p. 214). Mudanças dessa natureza reduzem o nível democrático e seus efeitos permanecem mesmo após a derrota do governo responsável pela sua realização (LANDAU, 2013, p. 214).

A extinção judicialmente forçada de partidos políticos antidemocráticos consiste em um importante mecanismo de defesa da democracia, mas se mostra ineficaz em face do constitucionalismo abusivo. Os partidos políticos contemporâneos possuem plataformas ambíguas que não são claramente antidemocráticas e, ao menos retoricamente, todos parecem comprometidos com a democracia (LANDAU, 2013, p. 219). A ameaça hodiernamente enfrentada não é de derrubada da democracia, mas de distorção dela por interesses particulares de manutenção no poder (LANDAU, 2012, p. 219/220). Além disso, tais partidos tendem

a possuir apoio popular e, assim sendo, seu banimento poderia desestabilizar a ordem democrática (LANDAU, 2013, p. 220). A ampla base de apoiadores não aceitará um regime eleitoral sem a presença de seu partido político e os protestos culminarão em um regime mais repressivo ou no retorno do partido banido (LANDAU, 2013, p. 220). O constitucionalismo abusivo é oportunista, pois aproveita surtos de popularidade transitórios para impulsionar as mudanças que impactam a democracia (LANDAU, 2013, p. 214). Referido apoio popular é inflado por diversos mecanismos como a manipulação das leis eleitorais (LANDAU, 2013, p. 214), o que permite que as ideias defendias pelo partido banido persistam na sociedade inclusive pelo surgimento de novos partidos derivados do originalmente extinto (LANDAU, 2013, p. 220-224).

Líderes autoritários que utilizam o constitucionalismo abusivo frequentemente tentam manipular a população para enfraquecer as instituições que não se alinham aos seus interesses, fazendo com que a ampliação da participação popular não seja uma defesa contra o constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2013, p. 227). Aumentar as amarras constitucionais por meio de mecanismos de democracia direta não significa necessariamente uma proteção efetiva da democracia, mas talvez o tempo seja uma alternativa para minar o apoio popular de governos autoritários. Considerando que os governos autoritários aproveitam o apoio efervescente temporário da população, a exigência de um intervalo mínimo para alterações constitucionais pode auxiliar no combate ao constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2013, p. 227/228). O desafio então se desloca para a escolha de quais alterações constitucionais deverão ser objeto da exigência temporal mínima (LANDAU, 2013, p. 228), uma vez que o constitucionalismo abusivo não ataca diretamente os valores básicos da Constituição (LANDAU, 2013, p. 229). A investida é sutil e recai sobre características estruturais centrais das instituições responsáveis pela fiscalização do governo tais como tamanho, composição, estabilidade e vitaliciedade, concurso público e demais processos seletivos, dentre outros mecanismos-chave (LANDAU, 2013, p. 230). Entretanto, não é possível proteger todo o texto constitucional em face do constitucionalismo abusivo, pois uma proteção rígida e excessiva pode ser benéfica ou prejudicial conforme o contexto (LANDAU, 2013, p. 230).

Uma das principais funções das Constituições é a coordenação, pois elas funcionam como manuais operacionais cuja violação gera o custo da rebelião popular (GINSBURG; SIMPSER, 2014, p. 10). A manutenção de uma Constituição em um regime autoritário se justifica pela sua função descritiva de um processo razoavelmente regular para o desenvolvimento de políticas públicas e

resolução de conflitos (TUSHNET, 2015, p. 421) e pela possibilidade de utilização das disposições constitucionais de forma instrumental (TUSHNET, 2015, p. 440). Nesse segundo sentido os exemplos são diversificados. Governantes podem estabelecer procedimentos constitucionais estratégicos para a divulgação de informações que lhes sejam desfavoráveis no intuito de demonstrar vulnerabilidade e, como consequência, podem aumentar sua credibilidade (GINSBURG; SIMPSER, 2014, p. 10). É possível ainda que constituições autoritárias obscureçam informações sobre as verdadeiras intenções e ações governamentais e permitam que o governo discipline oponentes, subordinados e aliados (GINSBURG; SIMPSER, 2014, p. 10). Líderes autoritários podem estabilizar seus regimes e se manter no poder criando tribunais independentes ou amarrando essas instituições por meio de restrições constitucionalmente estabelecidas (TUSHNET, 2015, p 422). As eleições e a liberdade de expressão constitucionalmente protegidas podem revelar informações sobre o descontentamento popular com as políticas do regime e possibilitar ajustes no intuito de controlar o dissenso (TUSHNET, 2015, p. 440-443).

No constitucionalismo autoritário as eleições podem servir como uma ferramenta de cooptação de opositores reduzindo seu potencial de ameaça, sendo possível inclusive tolerar partidos que se mostrem opositores ineficazes e não coloquem em risco o regime autoritário (TUSHNET, 2015, p. 440- 443). No pleito eleitoral é possível identificar os potenciais opositores para então aplacá-los e controlá-los de forma institucionalizada com uma pequena abertura participativa nas decisões políticas (TUSHNET, 2015, p. 444). Por sua vez, os opositores cooptados no processo eleitoral aceitarão participar por entenderem que uma abertura reduzida é mais benéfica do que nenhuma abertura (TUSHNET, 2015, p. 444). Embora existam outros mecanismos para a obtenção de informações sobre a aprovação popular e para a instrumentalização da cooptação de opositores, a realização das eleições consiste em uma importante estratégia de manutenção da aparência democrática do constitucionalismo autoritário.

O constitucionalismo autoritário se relaciona com o autoritarismo competitivo ou autoritarismo eleitoral, pois as eleições realizadas são minimamente abertas, competitivas e pluralistas no intuito de evitar a queda do regime autoritário (TUSHNET, 2015, p. 457). O resultado são eleições amplamente inclusivas (adota o sufrágio universal), porém minimamente pluralísticas (partidos de oposição podem concorrer), minimamente competitivas (partidos opositores não serão vitoriosos, mas podem obter votos e assentos em cargos eletivos) e

minimamente abertas (partidos de oposição estão sujeitos à repressão seletiva e intermitente) (SCHEDLER, 2006, p. 03).

A manipulação eleitoral é uma característica desses regimes e opera por meio de leis que discriminam e ou excluem candidatos, da repressão de manifestações e protestos, da intimidação de opositores por meio de processos judiciais, dentre outros mecanismos destinados a garantir uma ampla vitória para o partido que deseja se manter no poder (TUSHNET, 2015, p. 457). O reflexo do processo eleitoral falseado na população agrava o cenário. O sentimento de que a democracia é um sistema político controlado pela elite e por poderosos atores, a sensação de que as eleições apresentam candidatos que parecem iguais e a escassa esperança de mudança faz com que a população se afaste completamente do sistema político ou, alternativamente, apoie forças que pareçam ser mais radicais para promover mudanças (GANDHI, 2019, p. 03).

Os exemplos ilustram a dificuldade de distinção entre a manipulação eleitoral dos regimes híbridos e as políticas ordinárias das eleições constitucionais liberais, pois tais estratégias não são utilizadas exclusivamente nos regimes autoritários (TUSHNET, 2015, p. 459/460). Entretanto, sistematizando os exemplos é possível estabelecer um conjunto de características gerais do constitucionalismo autoritário (TUSHNET, 2015, p. 449/450): (1) o regime é responsável por todas as decisões relevantes sobre políticas públicas e não há fundamento legal para desafiar suas escolhas; (2) o regime não determina arbitrariamente a prisão de oponentes políticos, embora possa impor à eles uma variedade de sanções; (3) embora sanções sejam aplicadas, o regime permite uma discussão aberta e razoável e também críticas às suas políticas de governo; (4) o regime opera eleições razoavelmente livres e justas, concentrando sua atenção em questões que garantam sua vitória com uma margem substancial, sendo raras as ocorrências de fraude e intimidação física; (5) o partido dominante é seletivamente sensível à opinião pública e altera suas políticas ao menos uma vez em função dela para se manter no poder; (6) é possível que o governo desenvolva mecanismos para garantir que o dissenso não exceda os níveis considerados adequados, tais como a concessão de recompensas aos que lhe são leais e a cooptação dos opositores; (7) os tribunais são razoavelmente independentes e reforçam os requisitos básicos do Estado de Direito, mas os juízes são suscetíveis aos interesses do regime, especialmente os pertencentes aos tribunais superiores em função dos mecanismos de indicação de membros.

O desafio para o constitucionalismo autoritário é manter um regime político razoavelmente estável por um longo período (TUSHNET, 2015, p. 454). A instabilidade pode levar ao desparecimento da natureza autoritária consolidando o constitucionalismo ou ao encerramento da natureza constitucional consolidando o autoritarismo (TUSHNET, 2015, p. 455). No primeiro caso, ocorre um aumento gradativo da tolerância ao dissenso até que os atores do regime autoritário se sintam seguros para abandoná-lo e os líderes emergentes do novo regime constitucional mantenham essa segurança para possibilitar a transição (TUSHNET, 2015, p. 455). Por sua vez, o segundo caso pode resultar da sucessão de líderes que reduzem a responsividade do regime aos anseios populares e aumentam a insatisfação ou ainda da repressão do descontentamento e do dissenso associada à violência (TUSHNET, 2015, p. 455/456).

Lado outro, a complexidade da identificação dos mecanismos do constitucionalismo abusivo demanda soluções que podem exigir a cooperação internacional. Uma possível alternativa seria buscar a punição de regimes autoritários por atores internacionais com fundamento em uma espécie de "cláusula da democracia" que implique o não-reconhecimento internacional desses regimes (LANDAU, 2013, p. 249). Entretanto, a ambiguidade do constitucionalismo abusivo dificultaria a aplicação da cláusula (LANDAU, 2013, p. 250), além de abrir espaço para sua utilização para fins políticos e descompromissados com a recuperação da democracia (LANDAU, 2013, p. 256).

Outra visão é oferecida por Tom Ginsburg, que afirma que os regimes autoritários contemporâneos se engajam facilmente com as normas e instituições internacionais e conseguem utilizar argumentos jurídicos com precisão até mesmo para introduzir novas formas de repressão (GINSBURG, 2020, p. 223). Dessa forma, o Direito Internacional se torna um facilitador de governos autoritários e esses regimes possivelmente alterarão o conteúdo normativo do próprio Direito Internacional, diluindo as normas democráticas e desenvolvendo um "Direito Internacional autoritário" (GINSBURG, 2020, p. 223-225).

Ginsburg aponta que menos da metade da população mundial vive em Estados que são totalmente ou deficitariamente democráticos, fazendo com que o Século XXI possivelmente se torne um século mais autoritário do que democrático (GINSBURG, 2020, p. 222). O autoritarismo emergente produzirá um desvio nas estruturas do Direito Internacional existente, dando continuidade ao declínio dos Direitos Humanos de forma inovadora e compromissada com o Direito Econômico Internacional (GINSBURG, 2020, p. 225). Referido

compromisso é consequência de uma das três características que Ginsburg identifica nos regimes autoritários contemporâneos (GINSBURG, 2020, p. 222/223): primeiramente, a maior parte desses regimes é integrada à economia global capitalista e se apoia profundamente nos fluxos de comércio, trabalho e investimentos; segundo, tais regimes às vezes se apoiam em uma retórica ideológica, mas boa parte deles é impulsionada mais pela sobrevivência política do que por uma mensagem ideológica; terceiro, regimes autoritários abusam de formas democráticas para alcançar objetivos antidemocráticos, pois, embora possuam constituições com uma ampla carte de direitos, tribunais estruturalmente independentes, eleições regulares, instituições de *accountability*, dentre outras características democráticas, todo o sistema opera para estender a vida política dos governos e se converte em instrumento do regime autoritário.

Do outro lado está a democracia e seus três componentes: eleições; um núcleo de direitos relacionados à contestação política, tais como a liberdade de expressão, de associação e de voto; e o Estado de Direito aplicado especialmente à contestação eleitoral (GINSBURG, 2020, p. 224). Apesar da diversidade de formas e da existência ambígua e limítrofe, regimes que utilizem o Direito Internacional para destruir as características da democracia podem ser considerados autoritários (GINSBURG, 2020, p. 224).

O constitucionalismo abusivo precisa ser analisado a partir da integralidade da estrutura constitucional, ou seja, é necessário realizar um exame tanto de partes individuais da Constituição quanto da interação entre todas as instituições e mecanismos constitucionais (LANDAU, 2013, p. 256). Uma alteração constitucional isolada pode não parecer autoritária, mas seus efeitos e interações com outros mecanismos e alterações constitucionais podem resultar em um retrocesso democrático. Além disso, a sobrevivência da democracia dependerá menos da robustez das defesas institucionais formais e mais das decisões das elites políticas discretas e da dinâmica da mobilização popular e da elite favorável ou contrariamente às normas que tornam a democracia factível (HUQ, GINSBURG, 2018, p. 169). Os meios efetivos para conter o retrocesso democrático, entretanto, permanecem incertos.

CONCLUSÃO

O debate sobre os reflexos de novas (ou a retomada de antigas) práticas governamentais vêm fomentando um novo campo de estudo que analisa a profundidade do impacto dessas mudanças na democracia. Alterações formais e informais do texto constitucional desequilibram os processos eleitorais, o sistema

de freios e contrapesos, a dinâmica das instituições de *accountability*, dentre outros efeitos que podem se prolongar no tempo postergando a detecção do *democratic backsliding*.

O retrocesso é estrategicamente operacionalizado por ações governamentais ambíguas e, portanto, não significa necessariamente a ruptura com a democracia e a consequente instauração de um regime autoritário. Entretanto, ao menos temporariamente, tais ações enfraquecem os direitos políticos e o regime democrático e os danos dificilmente serão revertidos.

É preciso identificar o que efetivamente consiste em *democratic backsliding* em face do jogo político contemporâneo marcado por estratégias encobertas pela aparência constitucional. As experiências apontam que a presença de efeitos negativos sobre as eleições competitivas, liberdades e *accountability* consiste em um forte indício do *democratic backsliding,* mas esses mesmos exemplos demonstram que a engenhosidade dos regimes autoritários exige e sempre exigirá estudos aprofundados na temática.

REFERÊNCIAS

GANDHI, Jennifer. The Institutional Roots of Democratic Backsliding. *The Journal of Politics*, v. 81, n. 1, jan. 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1086/700653. Acesso em: 25 nov. 2020.

GINSBURG, Tom. Authoritarian International Law? *The American Journal of International Law*, v. 114, n. 2, p. 221-260, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1017/ajil.2020.3. Acesso em: 25 nov. 2020.

GINSBURG, Tom; SIMPSER, Alberto. *Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes*. In: GINSBURG, Tom; SIMPSER, Alberto (Eds.). Constitutions in Authoritarian Regimes. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 01-17.

HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. *UCLA Law Review*, n. 65, p. 78-169. 2018. Disponível em: https://www.uclalawreview.org/lose-constitutional-democracy/. Acesso em: 29 nov. 2020.

KENNEDY, David. *Lawfare and warfare*. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (eds). The Cambridge Companion to International Law. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 158-183.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *University of California, Davis*, v. 47, p. 189-260, 2013. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf. Acesso em: 25 nov. 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LUO, Zhaotian; PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and Its Vulnerabilities*: Dynamics of Democratic Backsliding. Available at SSRN. Nov. 24, 2019. Disponível em: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3469373. Acesso em: 25 nov. 2020.

SCHEDLER, Andreas. *The logic of electoral authoritarianism*. In: SCHEDLER, Andreas (ed.). Electoral authoritarianism: the dynamics of unfree competition. Boulder: Lynne Rienner Publisher, 2006, p. 01-23.

STRAUSS, David A. *Law and the Slow-Motion Emergency*. In: SUNSTEIN, Cass R. (ed.). Can it happen here? New York: HarperCollins, 2018, p. 534-566.

TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. *Cornell Law Review*, v. 100, n. 2, p. 391-462, jan. 2015. Disponível em: https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4654&context=clr. Acesso em: 25 nov. 2020.

O INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE DISSEMINAÇÃO DE UMA NOVA CULTURA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Alexander Pelissari de Souza
Mestrando em Direito Negocial
Universidade Estadual de Londrina - Londrina - Brasil
alexander.pelissari@gmail.com

Edsonia J Marcelino Souza
Doutora pelo programa de Pós-Graduação em Serviço Social
U.E.L. – Londrina - Brasil
edsoniamarcelino@gmail.com

Tania Lobo Muniz
Prof. Doutora do programa de Pós-Graduação em Direito Negocial
U.E.L. – Londrina - Brasil
lobomuniz@gmail.com

Resumo: O presente trabalho discute os institutos da conciliação e da mediação incorporados pelo ordenamento brasileiro e sua utilização pelo Poder Judiciário enquanto mecanismos capazes de dar efetividade aos direitos fundamentais e à concreta proteção aos indivíduos e a sua dignidade nas soluções dos conflitos. Abordam-se os conceitos de conflito e litigiosidade na sociedade contemporânea, bem como se os meios alternativos contribuem enquanto instrumentos passíveis da garantia de ordem constitucional pela forma democrática e participativa, ampliando o acesso a direitos e à justiça de modo justo, ágil e satisfatório, ressaltando as liberdades e a autonomia das partes. Insta ainda refletir na capacidade de transformação e mudança de paradigmas que a conciliação e a mediação podem promover na sociedade, na administração dos conflitos e na pacificação social.

Palavras chave: Acesso a Direito e à Justiça; Autonomia; Conciliação e Mediação.

INTRODUÇÃO

Viver em sociedade requer resignação, resiliência e habilidades para lidar e dirimir conflitos. Nesse viés, o acesso ao direito e à justiça de forma universal

e eficiente é marco para o debate acerca de uma sociedade livre e democrática. Esse acesso não deve ser entendido apenas como ingresso no sistema, mas ter sua demanda recepcionada, refletida e dirimida de forma justa, eficiente e satisfatória.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 acolheu a necessidade de se garantir o acesso à justiça a todos os cidadãos permitindo, inclusive, a desigualdade de tratamento para pessoas em situações diferentes a fim de promover maior isonomia. Todavia, foi a partir da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que se iniciou uma reformulação na política nacional de resolução de conflitos com prevalência do consenso.

O novo Código de Processo Civil atribuiu aos conflitantes maior autonomia na resolução das disputas, inserindo e dando prevalência às audiências de conciliação e de mediação, na perspectiva de reduzir o tempo das demandas de média e baixa complexidade com resultados mais efetivos. Entretanto, é a partir de um pacto, que deve ser assimilado entre os operadores do direito, o Estado e os jurisdicionados, que se promoverá uma efetiva mudança de cultura na sociedade brasileira quanto à forma de resolver os conflitos.

Nesse sentido, o presente artigo pretende analisar a dinâmica e os desafios para a implantação de uma nova cultura de solução de conflitos pela via do consenso, tendo como instrumentos a conciliação e a mediação judicial. Para tanto, busca-se explicar o conceito de conflito e sua dimensão litigiosa; demonstrar como o acesso ao direito e à justiça se estrutura na sociedade, assim como seus efeitos no Brasil, e refletir nos institutos da conciliação e da mediação no ordenamento brasileiro enquanto instrumentos que fomentem a implementação de um novo paradigma que dê resolução de conflitos pelo consenso, de forma célere, eficiente e satisfatório. A determinação de romper com os limites que o presente impõe é a travessia necessária para uma mudança de cultura na gestão da resolução de conflitos.

1. O processo de conflito e o Terceiro na resolução de disputas

O debate sobre a resolução de disputas perpassa a própria construção sociológica do conflito. É necessário questionar o conceito de negatividade do conflito para pensá-lo enquanto espaços de interesses antagônicos, disputas,

clivagens, qualificando-o como um processo de construção e transformação humana.

Simmel (1983) analisa o conflito em sua dualidade, o bem e o mal, o amor e o ódio, a guerra e a paz. Para o autor, a existência de um se justifica no outro, o que exige quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia para o controle e desenvolvimento humano e da sociedade. Ele integra esse processo de transformação e contribui para o crescimento do sistema familiar, social, político, individual ou mesmo organizacional.

Tal se dá porque os grupos e os indivíduos que os integram não conseguem se conservar de outra maneira que não pela mudança. Essas alterações frequentes pelas quais esses grupos passam, os imunizam, trazendo como consequência a secção de algumas de suas ideologias, crenças e até mesmo membros, mas o nervo da vida (SIMMEL, 1983, p. 55).

Essa correlação de forças positivas e negativas transformadoras da sociedade e das relações sociais é narrada por Giddens (2008), que centra sua análise em questões de poder, na desigualdade e na luta. Teóricos como Dahrendorf (*apud* Giddens, 2008) e Weber (1999) afirmam que a sociedade é composta por grupos e indivíduos diversos que lutam pelos próprios interesses, necessidades e opiniões, e tal diferença pode potencializar ou não os conflitos.

Nessa direção, Dahrendorf (*apud* Giddens, 2008) define o surgimento do conflito em razão de os indivíduos e grupos possuírem diferentes interesses. Para o autor, é no conflito que se identifica o próprio caráter histórico-antropológico das sociedades humanas, pois, nas respostas divergentes, com suas inquietudes e incertezas, é que o homem constrói as situações e os desafios que se apresentam cotidianamente. No conflito, na mudança e na multiplicidade de formas da realidade social repousa, com efeito, o caráter de incerteza intrínseco ao ser humano.

> O conflito transforma os indivíduos em grupos, seja em sua relação com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradoras e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras. Ainda, existem as condições para que o conflito aconteça, e as mudanças e adaptações interiores que geram consequências para os envolvidos indiretamente e, muitas vezes, para o próprio grupo (SPENGLER, 2016, p. 556).

Weber (1999), ao analisar os conflitos gerados nas sociedades, ressalta a predominância das questões econômica, mas também reconhece que as mudanças geradas na sociedade, isto é, com base em valores, crenças, ideais, também

são propulsores das transformações sociais, tornando efêmera as relações. Compreende-se, assim, que o conflito é inerente às relações humanas e que sua dimensão está associada a fatores externos e internos do próprio grupo.

Para Spengler (2016), o conflito não é patológico, mas fisiológico, por ser inerente ao ser humano. Sua maior ou menor intensidade está atrelado aos próprios movimentos de poder, à distribuição e ao desenvolvimento dos papéis sociais, o que possibilita a própria transformação da sociedade.

> O conflito transforma os indivíduos em grupos, seja em sua relação com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradoras e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras. Ainda, existem as condições para que o conflito aconteça, e as mudanças e adaptações interiores que geram consequências para os envolvidos indiretamente e, muitas vezes, para o próprio grupo (SPENGLER, 2016, p. 556).

Spengler (2016) ainda define o conflito, do ponto de vista sociológico, como um fator inerente à pessoa humana, inevitável e fundamental para o próprio desenvolvimento humano e social, devendo ser dosado e refletido. Quando se perde a capacidade reflexiva, ou o sistema de diálogo é interrompido ou desenvolvido de forma ineficiente, a presença de um Terceiro se faz necessária para sua reorganização e pacificação.

> Sendo o conflito inerente aos indivíduos e aos grupos sociais, ele deixa de ser um evento patológico para se tornar um elemento fisiológico da estrutura humana. Porém, existem circunstâncias nas quais o conflito precisa de uma intervenção externa aos grupos ou aos indivíduos conflitantes. Tal intervenção acontece, na maioria das vezes, para evitar um desfecho trágico, como a explosão de uma luta armada. Essa intervenção é atribuída a uma Terceira parte, composta por um indivíduo ou grupo cujo papel é de triangular a relação, rompendo com a polaridade instituída e possibilitando aproximação e comunicação (SPENGLER, 2016, p. 558).

Todavia, em um mundo globalizado, onde os movimentos e mudanças ocorrem de forma frenética, as cidades, a diversidade de interesses torna-se espaços de concentração e intensificação de conflitos, denominado por Giddens (2008) como falhas geológicas "invisíveis". Esses movimentos geram, por vezes, tremores em toda sociedade e, dependendo da situação de miserabilidade social ou pessoal e da segurança jurídica, podem ser sentidos por toda sociedade.

> As forças repulsivas ou a aversão são uma realidade constante na vida moderna, colocando cada pessoa ou Grupo em contato com inumeráveis

> outros(as) todos os dias. Toda a organização interna da interação humana se baseia numa hierarquia extremamente complexa de simpatias, indiferenças e aversões, do tipo mais efêmero ao mais duradouro (SPENGLER, 2016, p. 556).

Nesse movimento e com maior volume de conflitos gerados, a resignação e a capacidade de dirimir são prejudicadas tendendo a tornar-se um litígio em razão do descumprimento de acordos, do não reconhecimento de direitos individuais ou coletivos ou mesmo por ruídos não trabalhados no sistema comunicativo. Gulliver (*apud* SANTOS, 2000) define o litígio enquanto um desacordo entre pessoas (indivíduos ou subgrupos), em que os alegados direitos de uma das partes estão sendo, presumidamente, violados ou negados pela outra parte. A pessoa pode negar a violação ou justificá-la sob o pretexto de um direito alternativo ou precedente, ou mesmo admitir a acusação. Por sua vez, a vítima pode concordar ou, ao contrário, procurar retificar a situação pelos procedimentos disponíveis.

> As diferenças que os separam, a ponto de justificar o litígio, é exatamente aquilo que os aproxima, no sentido de que eles compartilham o conflito e um intenso mundo de relações, normas, vínculos e símbolos que fazem parte daquele mecanismo. Portanto, a aposta em um jogo que separa e une corta nitidamente a possibilidade de comunicação e instaura outras estratégias comunicativas, sendo elas equivocadas e destrutivas (RESTA 1983, *apud* SPENGLER, p. 2016).

Essa valoração do volume de conflitos vivenciados na contemporaneidade ocorre porque os próprios cidadãos não cumprem seu papel social, afastando-os e criando laços efêmeros, tornando os conflitos complexos. Somado à ineficácia das políticas públicas estatais, isso exige a intervenção de Terceiros para fazer valer o direito, revelando altos números de demandas judiciais.

> [...] a realidade aponta para a necessidade e a importância da intervenção de um Terceiro que surge como um catalisador da relação de hostilidade e como figura a quem se atribui a triangulação da relação, fazendo com que assuma um caráter triádico (SPENGLER, 2016, p. 554).

Para Bobbio (*apud* SPENGLER 2016), nas relações sociais ou mesmo transacionais, o terceiro tem papel fundamental enquanto administrador dos conflitos e pacificador social, papel que, ao longo do tempo, tem sido realizado pelo Estado. Segundo o autor, o Terceiro pode ser caracterizado por várias figuras: o mediador que se limita a construir um diálogo entre as partes, mas sem intervir na solução; o árbitro que se coloca frente às partes e dá razão a uma delas; o juiz

autorizado a intervir na solução do conflito e o soberano que não só julga, mas faz cumprir sua decisão. Nessa perspectiva, evidencia-se que quanto maior for o poder de decisão do Terceiro, menor o contato e a autonomia das partes, cuja pacificação se distancia da possibilidade de diálogo e participação das partes para o apaziguamento de conflitos e interesses.

No movimento da sociedade, identifica-se uma maior presença do litígio, em consequência da ampliação do reconhecimento de direitos, do acesso à informação ou mesmo da ampliação das vias de acesso à justiça, tendo no ente estatal a possibilidade de pacificação social. No Brasil, esse movimento de o Estado assumir o papel de pacificador de conflitos originou-se na colonização, herança trazida pelos colonizadores, tendo perdurado no decorrer do tempo.

> Estabeleceu-se no Brasil, a partir de sua colonização por uma potência ocidental (Portugal), a prevalência da resolução de conflitos por meio da forma judicial. Tal paradigma se consolidou no Mundo Ocidental durante as monarquias absolutistas e desde então se tornou o modelo central de administração de conflitos trazido pelos colonizadores e reproduzidos no Brasil e em outras partes do Mundo. Passou a fazer parte da cultura jurídica no Brasil administrar as diferenças por meio de um Terceiro (juiz) designado pelo Estado para decidir os conflitos e promover a pacificação da Sociedade (MAGALHÃES; SANTOS, 2018, p. 384).

A cultura demandista ganhou forças em um solo fértil carreado pelo paternalismo[1]. Num país onde, historicamente, eram os senhorios, os líderes políticos e comunitários que resolviam os conflitos, pela jurisdição estatal, o Estado tem a função de pacificar, consolidando um sistema de ganha-perde, espera-se que o órgão decida com quem está o direito.

> A cultura demandista que se instalou na sociedade brasileira, por conta de uma leitura irreal da garantia constitucional do acesso à justiça que tanto se buscou nos últimos trinta anos, permitiu com essa oferta o desaguadouro geral e indiscriminado no Judiciário de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita, obrigando-o a albergar desavenças que beiram o capricho dos litigantes, como as controvérsias de mínima expressão

[1] Concorda-se com Stuart Mill (1995) que o paternalismo consiste na ação dos pais para tomar as decisões em nome dos filhos e, assim, protegê-los de sua própria racionalidade deficiente. Essa perspectiva de paternalismo foi utilizada para justificar o colonialismo pelos povos europeus que viam os demais não europeus como "povos crianças". O paternalismo se consolidou enquanto uma cultura desde os tempos coloniais, contrapondo-se à doutrina da liberdade individual e à autonomia decisória individual.

> pecuniária ou nenhuma complexidade jurídica, que não justificam a judicialização, podendo ser resolvidas por outros meios, perante outras instâncias, fora e além do aparato estatal (DALLA, in SPENGLER; BEDIN, 2013, p. 12).

A judicialização dos conflitos, atrelada a resquícios de uma cultura paternalista, não viabilizou o desenvolvimento do diálogo, das negociações, da liberdade de escolha, da autonomia e do fortalecimento da resiliência, ao contrário, promoveu uma oneração da máquina estatal, gerando morosidade para dirimir os conflitos, superficialidade e imprevisibilidade nas decisões, dispêndio financeiro e insatisfação dos conflitantes.

Assim, o Terceiro tem um papel central na pacificação social, seja para decidir pelos demandantes, seja para intermediar um acordo. Sua importância na solução dos conflitos torna-se, por vezes, inevitável na sociedade contemporânea cuja polarização se encontra acentuada.

> [...] o Terceiro é a configuração elementar da sociedade, pois condiciona o equilíbrio, possibilita as combinações sociais mais diversas e, ao mesmo tempo, é um fator de remissão dos conflitos internos (SPENGLER, 2016, p. 559).

No entanto, a intervenção do Terceiro pela via da adjudicação, por vezes, retira a capacidade dos demandantes de tentarem por si só resolverem o conflito. Ela aniquila a autonomia da vontade, a capacidade de pensar, de negociar e de exercer sua liberdade no sistema democrático. De outra forma, o Terceiro, que atua como mediador, possui as faculdades de reestabelecer a comunicação entre as partes, diminuindo os ruídos e promovendo condições para que possam encontrar os caminhos para a resolução dos conflitos.

Equilibrar as forças e retomar a comunicação estruturada são elementos capazes de restabelecer nas pessoas a capacidade de solução pela via do diálogo, da conciliação, no imperativo da democracia para a remissão dos conflitos.

2. Acesso ao direito e à justiça: por um sistema justo e universal

O acesso ao direito e à justiça constitui o pilar para a consolidação de um sistema democrático, devendo o Estado garantir às pessoas o acesso livre e universal ao sistema jurisdicional.

> [...] não são efetivos se o sistema jurídico e o sistema judicial não forem de livre e igual acesso a todos os cidadãos, independentemente da sua classe social, sexo, raça, etnia e religião. Enquanto ponto de intersecção entre o

> político e o jurídico-institucional, o problema do acesso ao direito revela-se um excelente indicador sociológico do grau de contradição ou compatibilização entre diferentes princípios de regulação ou ordem social. Com efeito, esta questão convoca a referência a princípios como os da participação, igualdade e justiça sociais (PEDROSO, 2011, p. 102).

Assim, o Estado, além de afirmar o direito, deve, fundamentalmente, criar condições para que seus cidadãos possam acessá-lo, de forma livre, justa e igual. A constituição de uma sociedade capaz de administrar os conflitos perpassa pela sua própria participação na pacificação social, de tal forma que o acesso ao direito e à justiça não seja compreendido como uma entrada, mas um fim eficiente e satisfatório a todos jurisdicionados.

> O conceito contemporâneo de jurisdição deve hoje se descolar da necessária agregação à Justiça oficial, para, antes e superiormente, no contexto de uma *democracia participativa*, consentir uma vera *jurisdição* compartilhada com outros agentes, órgãos e instâncias capazes de prevenir ou resolver conflitos com justiça, em tempo razoável e sob uma boa equação custo-benefício. Esse renovado ambiente vai sendo recepcionado pelo ordenamento, sob as várias ocorrências que consentem a prévia passagem do histórico de dano temido ou sofrido por instâncias parajurisdicionais, ou ainda casos em que a judicialização da demanda não exclui o recurso a meios auto ou heterocompositivos, ou até mesmo situações de claro estímulo à busca por esses *equivalentes jurisdicionais*. O conceito contemporâneo de acesso à justiça, a seu turno, não pode mais ser tomado em modo generalizado ou até banalizado (num desvirtuamento da ideia de *facilitação* desse acesso): essa visão *irrealista e ufanista* é hoje impraticável, e engendra importantes externalidades negativas, que vão desde o desserviço à vera cidadania (que consiste, num primeiro momento, na busca da solução suasória dos conflitos), passando pelo estímulo à contenciosidade social, e, enfim, inflacionando a demanda por Justiça, a que o Estado, claramente, não consegue atender (ou, pior, tentando fazê-lo, cai na armadilha da resposta judiciária massificada e de baixa qualidade: lenta, onerosa, imprevisível, de parca efetividade prática nos comandos condenatórios ou prestacionais (MANCUSO, 2018, p17).

É sabido que o conceito de acesso à justiça difere conforme povos e Estados, mas sua essência é a mesma. Cappelletti (2018) define que o acesso à justiça é um sistema em que as pessoas possam reivindicar seus direitos e resolver seus litígios sob os auspícios do Estado, devendo, majoritariamente, garantir e viabilizar o acesso a todos, bem como produzir resultados que sejam individuais e socialmente satisfatórios.

Seu debate vem desde o período medieval, mas é no seu período contemporâneo que a argumentação sobre a necessidade de implementação do acesso ao direito e à justiça tornou-se universalizada, fomentada e compartilhada nos Estado-Nação, com ênfase nas sociedades que optaram pelo regime democrático.

> [...] várias noções importantíssimas são originárias daquela época, especialmente no que diz respeito ao direito e à justiça, como a noção de patrocínio em juízo, a necessidade da presença de advogado para o equilíbrio das partes em litígio, e outras, que determinaram a iniciativa de Constantino na elaboração de uma lei que assegurasse o patrocínio gratuito aos necessitados e que, posteriormente, veio a ser incorporada ao Código de Justiniano (CARNEIRO, 2000, *apud* SPENGLER; BEDIN 2013, p. 94).

É nesta contemporaneidade que, segundo Pedroso (2011), o acesso ao direito e à justiça tornou-se um dos principais eixos para a sustentabilidade da democracia. Seus estudos apontam para uma leitura da implantação do sistema *legal aid* nos Estados Unidos da América (EUA) e na Alemanha, países precursores da industrialização. Nos EUA, destacam-se os estudos realizados por Heber Smith, de 1919, sobre a Justiça e os Pobres ao questionar a limitação de acesso de pessoas em situação de vulnerabilidade, em razão da miserabilidade, ao sistema jurisdicional em razão de não terem condições de acompanhamento jurídico. Afirma que tais limitações comprometem o sistema democrático fragilizando-o e trazendo sua ruína, isto é, comprometendo a sobrevivência da democracia. A tese tem sustentação na necessidade de reconhecimento do princípio de respeito e igualdade de forças perante a lei, na justiça imparcial pronta e acessível para a existência da democracia.

Com essa disseminação em 1927, entra para a agenda da Liga das Nações sob o título *Legal aid for the poor* o acesso ao direito e à justiça para os pobres. Nos EUA, em 1980, os sindicatos passaram a oferecer a assistência jurídica a seus membros. Igrejas, associações, faculdades de direito, ordem de advogados, entre outros, passaram a oferecer serviços à comunidade, promovendo a chamada "boa cidadania". A constitucionalização americana, com prevalência das garantias individuais e sociais, torna-se referência para os demais Estados-nação e, pelo seu caráter principiológico, no *Welfare State*, os direitos e garantias têm maior concretude e expansividade.

> À medida que as sociedades do laissez-faire cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos

> assumiram, cada vez mais caráter coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas "declarações de direitos", típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do Welfare State têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reinvindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, o direito de todos CAPPELLETTI, 2018, p. 4).

Todavia, a ineficiência do Estado em dar concretude aos direitos emanados levou os cidadãos a recorrerem ao judiciário para dar executividade aos direitos almejados, seja frente ao Estado, a outros jurisdicionados ou mesmo ao comércio. Esse movimento culminou em um elevado volume de processos, tornando a justiça lenta, custosa e ineficiente, o que exigiu uma reforma do sistema judiciário americano (Civil Justice Act) para instituir o sistema de *case management* (gerenciamento dos conflitos) e Alternative Dispute Resolution (ADR), ou meios alternativos de solução de conflitos.

Na Alemanha, segundo Pedroso, em fase da industrialização e organização dos trabalhadores, desde o início do século XX, foram instituídas diversas leis de proteção e amparo ao trabalhador, bem como gabinetes de apoio judiciário a fim de prestar orientações e serviços judiciários gratuitos e, com isso, evitar processos desnecessários.

> O objetivo desta atividade era manter a paz social e evitar processos desnecessários. Este sistema de concorrência entre instituições de apoio jurídico conduziu a uma infraestrutura na qual o apoio judiciário era assegurado pelas três principais forças da sociedade alemã: sindicatos, igrejas e

> autoridades públicas. Assim, a "satisfação das necessidades jurídicas" e a ideologia do movimento "paz através do direito", cada vez, mais tinham em conta e satisfaziam os interesses das classes desfavorecidas. (PEDROSO, 2011, p. 110)

Em 1972, a França adotou o modelo denominado *sistema judicare* também utilizado por países, como Áustria, Inglaterra, Holanda e Alemanha. Trata-se de um sistema de assistência judiciária às pessoas em situação de pobreza, no qual advogados particulares recebem pelo Estado para promover as demandas ou constituir defesas.

A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 13).

Cappelletti e Garth (2002) ressaltam que, desde a década de 60, foram empreendidas reformas em diversos países, como EUA, Japão, Singapura, Portugal, França, Alemanha, entre outros, com a finalidade de promover maior acesso à justiça. Denominadas de ondas, essas reformas iniciaram-se com a perspectiva de garantir a assistência jurídica aos que se encontravam em condições de pobreza. Posteriormente, ampliou-se o olhar para questões de interesses difusos e coletivos, até então não albergados pelos Estados. Por fim, constatou-se que o acesso à justiça não se limitava apenas a adentrar o sistema, era um instrumento básico de direito humano necessário para a garantia do direito de todos.

No ponto de vista econômico, o desenvolvimento do mercado mundial exigia um sistema jurídico eficaz, transparente e capaz de resolver os conflitos. Assim, o Banco Mundial passa a financiar a reforma dos sistemas judiciários e, na América Latina, tem seu marco o apoio e financiamento do sistema argentino em 1989, Venezuela em 1994, Equador e Peru, influenciando na organização e na reforma judiciais no continente latino-americano.

> As recomendações do Banco Mundial são muito amplas e propõem reformas no ensino jurídico, na estruturação da carreira de magistrado e do poder judicial, na criação de novas instituições e no gerenciamento de processos, entre outros. [...] No esforço de diminuir as limitações para o acesso à justiça das populações mais pobres, o Banco propõe assistência jurídica gratuita, a descentralização da administração de conflitos, o estabelecimento de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e, por fim, o estabelecimento de novos tipos de instituições judiciais, como os

> juizados de pequenas causas. Essas instituições deveriam apoiar-se nos princípios modernos de administração de conflitos, tendo na conciliação, na mediação e na arbitragem o seu foco (IGREJA; RAMPIN, 2012, p. 23).

No Brasil, o debate não é recente. A Constituição Imperial de 1824 já albergava a conciliação prévia com um juiz de paz como forma de viabilizar o acesso à justiça, ratificada pela Lei 29 de 1832. Esvaziado o seu uso no decorrer da história, retoma com a Constituição de 1934 a importância do debate sobre o acesso a direitos e à justiça com possibilidade da ação popular (Artigo 113, 32) e a assistência judiciária gratuita (Artigo 113, 38). É na década de 80, porém, que se intensificam os estudos e as preocupações com o acesso à justiça, seja do ponto de vista processual, seja da sociologia jurídica, que buscavam compreender os obstáculos na solução dos conflitos e construir propostas de ampliação da justiça. Ressalta-se que esse período marca grandes transformações no continente latino-americano em processo de estabilização política e econômica.

> Esse período foi caracterizado por processos de reconstrução de sistemas políticos em busca da consolidação da democracia, sobretudo, eleitoral. Destacam-se também os inúmeros projetos sociais que surgiram com o objetivo de acabar com a imensa pobreza que ainda perdurava no continente. O crescimento de movimentos sociais, o surgimento de novas forças políticas e a elaboração de novas constituições nacionais assinalavam a necessidade de se ampliar a cidadania promovendo não somente os direitos políticos, mas também os direitos sociais de todos (IGREJA & RANPIN, 2012, p. 21).

Busca-se a superação do paradigma que tinha o judiciário como matriz liberal individualista para tornar-se um instrumento de concessão de direitos consagrados no pacto constitucional. Nessa perspectiva, o judiciário começa a se preocupar com a falta de acesso à justiça pelos vulneráveis econômica, social e culturalmente. Inspiradas nos *Small Claims Courts* norte-americanos, em 1984, a implantação da Lei dos Juizados de Pequenas Causas, estabelecendo a conciliação como meio de solução dos conflitos, e a ação civil pública marcam esse processo de transformação do sistema jurídico e processual brasileiro, que posteriormente será implementado pelo Código de Defesa do Consumidor tornando o judiciário mais ativo.

Em uma ordem democrática, é necessária a progressiva remoção dos obstáculos econômicos, sociais e culturais para que as pessoas tenham a efetividade da cidadania, como o acesso a direitos e à justiça ou, como defendido por

Kazuo Watanabe (2005), o acesso à ordem jurídica justa, que não se resume ao acesso ao Judiciário.

As mudanças ocorridas com a reforma do sistema político em países ocidentais e latino-americanos, com a incorporação do sistema democrático, também alcançaram o Brasil, sendo garantido na Carta Magna de 1988 o acesso à justiça a todas pessoas. O Artigo 5, XXXV, da Constituição Federal estabeleceu permissão a todos jurisdicionados de recorrer ao Estado-Juiz sempre que um direito for ameaçado ou negado. Essa garantia favorece que os cidadãos possam vislumbrar o cumprimento de direitos e garantias que lhes permitam viver de forma digna.

Outra mudança significativa, provocada pelo Constituinte, foi a ampliação das atribuições do poder judiciário deixando de ser apenas árbitro de conflitos particulares e passando a participar ativamente no controle das atividades do Poder Legislativo e do Executivo. Assim, foi legitimado para solucionar conflitos de interesse por meio da aplicação do Direito.

Decorrente de debate, foi instituída pela Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004, a denominada Reforma do Judiciário, com a criação do Conselho Nacional de Justiça[2] e a inclusão ao art. 5.º do inciso LXXVIII, que prescreve o seguinte: "[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são

[2] As principais atribuições do CNJ foram definidas no § 4º do art. 103B da Constituição Federal que determinou ao órgão: 1) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo, para isso, expedir atos regulamentares ou recomendações; 2) zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal, o qual determina a obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência por parte da administração pública direta e indireta dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; 3) apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário; 4) desconstituir ou rever atos do Poder Judiciário ou fixar prazo para que sejam adotas providências para o exato cumprimento da lei; 5) receber reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, incluindo seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro em atuação por delegação do poder público ou oficializado; 6) avocar processos disciplinares e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras administrativas, assegurada ampla defesa; 7) representar ao Ministério Público em caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; 8) rever processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; 7) elaborar relatórios estatísticos sobre a situação do Poder Judiciário e sobre as atividades do CNJ.

assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Isso promoveu maior atuação do poder judiciário no sistema democrático e na pacificação social.

Todavia, os direitos previstos na Constituição Cidadã não são efetivados na sua totalidade, seja por ineficiência ou mesmo pela incapacidade dos Poderes Executivo e Legislativo de assegurá-los aos cidadãos. Embora tenha sido legitimado para solucionar os conflitos, o judiciário se depara com uma explosão de demandas sociais que impactará significativamente todo o sistema jurisdicional estatal.

> E, com a explosão das demandas sociais por justiça, veio à tona a incapacidade do Executivo e do Legislativo de fornecerem respostas efetivas, repassando para o Judiciário a responsabilidade de fazer valer uma democracia cidadã (VIANNA, 1999, p. 149).

Nesse ínterim, no País dá-se o processo de implantação e implementação da Defensoria Pública, nomeação de defensores dativos, instituição de núcleos de apoio jurídicos de Universidades e Faculdades de Direito de modo que pessoas em estado de vulnerabilidade social tenham acesso ao direito e à justiça. No entanto, na realidade vivenciada, a demanda existente se depara com uma doutrina tradicional assentada no entendimento de que o acesso à justiça está diretamente vinculado à garantia de ingressar no sistema jurisdicional e ao processo. Somam-se, ainda, a forte presença da cultura paternalista e a demanda por uma decisão adjudicada, o que leva a constatar que o acesso à justiça não se resume a adentrar nela, mas, sim, ter sua satisfação com a pacificação social e sair da jurisdição de forma célere e satisfatória, isto é, sair do sistema jurisdicional de forma eficiente.

> [...] há muito se percebeu que nada vale o estabelecimento de direitos e garantias nas constituições, leis, decretos e resoluções se não há, não só formalmente, mas materialmente, efetivo acesso à Justiça. Acesso à Justiça, e não mero acesso ao Poder Judiciário, implica a garantia de acesso ao justo processo, sem entraves e delongas, enfim, garantia de acesso a uma máquina apta a proporcionar resolução do conflito trazido, com rapidez e segurança. O Direito passou a ser visto menos do ponto de vista de quem o produz e mais precipuamente pelo ângulo de quem o consome (SALOMÃO, in IGREJA; RAMPIN, 2012, p. 24).

Faria (2004), ao analisar a organização do sistema de justiça brasileiro, reconhece a visibilidade e a autonomia estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, designando papel protagonista na garantia de direitos e na justiça

distributiva, mas aponta que a herança do sistema português, fundado em estrutura burocrática, torna o aparato pouco eficiente na resolução dos conflitos. Cabe salientar que a compreensão do direito e o acesso à justiça variam conforme a estratificação social e, nesse caso, a diversidade da realidade brasileira é incompatível com esse modelo, uma vez que suas características conflitivas pautam por situações de miserabilidade social e pessoal que negam a igualdade formal perante a lei e, por conseguinte, o seu acesso ao direito e à justiça.

Cappelletti (2018), como Faria (2004), identifica fatores limitadores para uma justiça efetiva fundada no entendimento de que a acessibilidade à justiça fica comprometida para uma significativa parcela da população. Nessa direção, as questões econômica e social têm grande peso por estarem diretamente relacionadas à capacidade das pessoas de compreender e fazer concretizar o direito que possui. A situação de miserabilidade e desigualdade vivenciada por significativa parcela da sociedade eleva o grau de desesperança que, aliado à limitação de acesso à informação, restringe os cidadãos a buscarem ou a terem efetivado o cumprimento de um direito. Ademais, há outras situações, como os elevados custos judiciais e honorários advocatícios, a produção de documentos, as condições de deslocamento. Para alguns, isso pode ser insignificante, mas, para outros, constitui a própria obstrução do acesso à justiça.

O tempo despendido em um processo, pela formalidade processual, exige do litigante a capacidade de suportar o limiar da percepção e avaliação do dano e da responsabilidade do dano. Isto é, aqueles que detêm maior capacidade de suportar o tempo despendido, condições de proceder à análise dos riscos e as constantes intervenções poderão alcançar melhores resultados. Ao contrário, aqueles que constituem a maior parte dos litigantes e da população e que se encontram em condições desfavoráveis permanecem no limiar, mantendo-se desprovidos do acesso à justiça. Se a análise se basear em habituais e eventuais litigantes, o pêndulo da balança fica mais desproporcional, pois, segundo Galanter (2018), o litigante habitual, com o decorrer do tempo, desenvolve expertise, planejamento, estratégias e técnicas processuais, bem como relações informais com membros das instâncias decisórias e econômicas em escala, podendo dirimir os riscos das demandas, o que pode não se realizar da mesma forma com os litigantes eventuais (GALANTER, in CAPPELLETTI, 2018).

Acrescentam-se, ainda, as transformações recentes da sociedade no pós Welfare State, influenciada pela globalização e o acesso massificado à informação com influência de novas tecnologias e da mundialização do mercado. Isso gera

novos conflitos nas concepções (ou no modo) de ser, estar e de conviver, tornando as relações efêmeras. Somam-se, também, o esvaziamento da representatividade coletiva, as mudanças do mundo do trabalho com a extinção de determinados ofícios, a flexibilização de proteções trabalhistas e sociais, a perda da hegemonia estatal, o avanço tecnológico, a diversidade cultural, a sociedade de consumo e a busca constante de uma felicidade individual que influenciam e dão forma à sociedade numa cultura utilitarista marcada pela redução da preocupação com o coletivo e centrada em questões de caráter individual.

Nesse cenário, a estrutura do Sistema Judiciário torna-se ineficiente, conforme aponta Luchiari (2012), referindo-se à falta de capacidade diante da condição de estar obsoleto, à deficiência de recursos humanos e materiais e à própria burocratização diante do aumento de demandas litigiosas. Acrescentem--se ritos e prazos processuais incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, valores e horizontes temporais prevalentes na economia globalizada, gerando o "inchaço" do aparato estatal com demandas que se acumulam e se avolumam, a morosidade excessiva, o dispêndio e a ausência de previsibilidade, o que gera insatisfação proporcional para os litigantes.

Spengler (2018) complementa que as crises manifestadas na jurisdição estatal a partir da globalização cultural, política e econômica são consequências da própria crise estatal. Com a gradativa perda de soberania dos Estados e a desterritorialização sofrida pela globalização mencionada, impulsionada pela expansão da informática, o ente estatal torna-se incapaz de dar respostas céleres aos litígios, tornando-se um órgão com pouca eficiência na resolução das disputas.

Nesse cenário, para a autora, a abertura das fronteiras proporcionou o surgimento de novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los e, quando não efetivados pelo Executivo, cabe ao Judiciário a via de concretização, gerando novos litígios e contribuindo para a explosão de litigiosidade. Nesse entendimento, o sistema jurisdicional estatal torna-se um entrave e alvo de preocupação permanente, quando da afirmação de direitos e da pacificação social.

> Por isso, desde que um amplo espectro de movimentos sociais emergiu entre os anos de 1970 e 1980 procurando ampliar o acesso dos segmentos marginalizados da população ao MP e à Justiça, o advento da Constituição de 1988 propiciou um sem número de demandas judiciais para o reconhecimento de novos direitos (moradia) e a aplicação de direitos já consagrados (reforma agrária), os tribunais brasileiros passaram a protocolar, carimbar, distribuir e julgar milhões de ações. Mas, apesar dessa explosão de

> litigiosidade, ou por causa dela, eles jamais conseguiram conduzir os processos a uma solução definitiva e coerente com outras ações idênticas, dentro de prazos de tempo razoáveis (FARIA, 2004, p. 105).

De certa forma, a cultura do litígio, instalada na sociedade, inibiu a autonomia das pessoas em buscar resolver seus conflitos por outros métodos que não seja a judicialização. A necessidade de uma decisão adjudicada eleva a sensação do ganha-perde, da competitividade, tornando-se o que DaMatta (1982) denomina ópio do povo. A cultura do litígio só mistifica o povo enquanto o acesso a direitos e à justiça continua inviabilizado aos vulneráveis socialmente. Além disso, a massa de litigantes aguarda anos para ter uma decisão que reconheça e permita a execução de um direito, enquanto empresas ou mesmo a camada dominante já buscam os meios alternativos para a solução de seus conflitos, como a arbitragem, a mediação e a conciliação.

Não se busca compelir a Jurisdição Estatal, mas implementar um sistema multiportas que agregue, além desse, outros meios alternativos capazes de dar efetividade ao acesso ao Direito à Justiça fundamentados na autonomia da vontade com a finalidade de os sujeitos tornarem-se os próprios protagonistas na solução de seus conflitos. Assim, na concepção de Mancuso (2018), a Justiça Estatal, ofertada sob um registro residual e subsidiário, poderá reservar-se aos conflitos que realmente reclamam passagem judiciária, seja pelas singularidades de matéria ou pessoa, pela complexidade que exige maior cognição ou mesmo em razão da controvérsia ter se mostrado refratária à resolução por outros meios de solução de conflitos.

> A engrenagem judiciária formal das cortes de Justiça, naturalmente, continuará a ser necessárias e vitais não só para lidar com as importantes questões de direito, incluindo temas de significação, mas também para julgar questões vultuosas e substanciais que afetam interesses vultuosos e substanciais (MASTER JACOB in CAPPELLETTI E GARTH, 2002, p. 28).

Compreende-se que a efetivação de um acesso ao Direito e à Justiça, em um sistema democrático universalista, ocorre quando os cidadãos têm plena capacidade e liberdade de identificar as causas, compreender as consequências dos atos e fazer as escolhas assertivas. O acesso em si não se restringe a adentrar o Sistema, mas na capacidade de transitar e sair de forma efetiva e satisfatória. Nesse sentido, constata que os meios alternativos de solução de conflitos são

instrumentos com capacidade transformadora e impulsionadora do protagonismo na construção de uma sociedade humanizada.

3. A Conciliação e a Mediação no ordenamento brasileiro

Na democratização da sociedade brasileira, o Judiciário torna-se presente e ativo e, como consequência direta, um maior volume de demandas por direitos individuais e coletivos passa a compor a jurisdição em razão da ineficiência dos demais poderes na concretização dos ditames da Constituição Federal. Nessa linha, Barroso (2012) afirma que tais ações ativas e presentes encontram-se alinhadas na concretização dos valores e dos fins sociais que necessitam estar pautados em princípios. Para tanto, os demais ordenamentos devem estar também em concordância com a Constituição e ter sua interpretação à luz da dignidade da pessoa humana.

Assim, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, e suas alterações, ratifica o movimento pelo uso e a institucionalização dos meios alternativos de solução de conflito, quais sejam, a arbitragem, o Comitê de disputas, a conciliação e a mediação seja ela presencial ou *on-line*. Em conformidade com a reforma do Sistema Judiciário, estabelece diversas ações que estimulam o uso dos meios alternativos para a pacificação social nas esferas civis, desde questões de família às de gestão pública, tributária, de forma pública, privada ou criminal com a justiça restaurativa. Com a implementação dessas ações, o CNJ toma para si o papel de protagonista na gestão da pacificação social a fim de que se torne política pública de Estado.

> Em decorrência das pressões centrífugas, da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário – enquanto estrutura fortemente hierarquizada, fechada, orientada por uma lógica legal-racional, submisso à lei –, se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais, para sobreviver como um poder autônomo e independente. Os limites territoriais do Judiciário até então organizados de modo preciso têm seu alcance diminuído na mesma proporção que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações, dos transportes, e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação (SPENGLER; NETO, 2017, p. 11).

Esse movimento culmina na sanção da Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação enquanto meio de solução das controvérsias, bem como na reforma do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, com viés principiológico, e apresenta como destaque a conciliação e a mediação como meios de solução de conflitos, a implantação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSC, enquanto centro de gerenciamento, e os Núcleos Permanentes voltados para estudos e monitoramento de mediação. Destaca, ainda, a importância das partes durante o desenvolvimento processual, relevância que tem a autonomia e o protagonismo das partes como elementos necessários para o próprio fortalecimento da democracia e do uso adequado da cidadania.

Bettini (2018) ressalta que, no cenário contemporâneo, a conciliação e a mediação são apresentadas como mecanismos utilizáveis e capazes de dar efetividade aos direitos fundamentais e à concreta proteção dos indivíduos e à sua dignidade, especificamente nas soluções de conflitos. Nessa concepção, os citados mecanismos corroboram os instrumentos passíveis da garantia de ordem constitucional à medida que, de forma democrática e participativa, amplia o acesso ao Direito e à Justiça de forma justa, ágil e adequada.

> A mediação é a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumaçando a busca pela segurança, previsibilidade e certeza jurídicas para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos. Portanto, as práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de Terceiros que decidem pelos afetados em um conflito (SPENGLER; NETO, 2017, p. 37).

Os institutos da conciliação e da mediação ganham prevalência no ordenamento brasileiro e sua regulamentação tem o condão de apresentar à sociedade as características marcantes que os tornam essenciais na resolução dos conflitos da vida moderna, sejam eles de cunho privado, público, individual ou mesmo coletivo. Assim, a Lei 13.140/2015, que disciplina a mediação, tanto na via extrajudicial quanto judicial, materializa o reconhecimento e a importância do desenvolvimento desse instrumento no cotidiano das pessoas, na vida pública ou privada. A oralidade, como exemplo de parte dessa instrumentalização que busca reconhecer as capacidades das pessoas de se manifestar, tradicionalmente questionável pelos operadores do direito, é realçada na mediação por favorecer às partes voz e liberdade de manifestação quanto ao conflito e, assim, produzirem

a construção de um caminho. Na mediação, a celeridade ocorrerá naturalmente à medida que os conflitos vão sendo resolvidos.

Ao disciplinar como deve ser desenvolvida a mediação, a Lei nº Lei 13.140/2015 estabelece:

> Art. 2o A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé (BRASIL, 2015).

Para a construção desse novo paradigma de resolução de disputas pela busca do consenso, Cebola (2015) indica a importância da regulamentação da mediação, porque ela promove maior certeza e segurança jurídica evitando confusões terminológicas, conceptuais ou aplicativas.

> Este constitui um passo inevitável na promoção da confiança das partes e, em geral, dos profissionais jurídicos, na aplicação da mediação, fomentando-se a qualificação e qualidade de mediadores e, consequentemente, a qualidade da mediação per se. Nada será mais imprudente para um mecanismo em afirmação, como é a mediação, que a sua navegação à vista em águas turvas, sem uma bússola normativa que norteie a sua implementação enquanto método de resolução de conflitos jurídicos (CEBOLA, 2015, p. 54).

Nesse contexto, Spengler e Marcantonio (2018) demonstram que, na contemporaneidade, o grande desafio é a comunicação. Constata-se que, apesar de haver, atualmente, muito mais meios de comunicação que em épocas anteriores, os sujeitos perderam drasticamente a capacidade de dialogar, além dos laços afetivos tornarem-se efêmeros, inviabilizando, em grande parte, o acordo. A mediação, nesse sentido, tem a perspectiva de restabelecer os vínculos e o diálogo positivamente, podendo, ainda, construir pontes entre as partes para que futuros conflitos sejam evitados ou mais bem gerenciados, uma vez que nem sempre a lei trará o conforto almejado por elas.

> A voluntariedade das partes é característica essencial em qualquer processo de mediação, eis que o consenso entre os interesses individuais só ocorre mediante a vontade legítima. Não cabe ao mediador decidir nem mesmo exercer qualquer poder sobre as partes, atuando tão somente com a intenção de viabilizar e facilitar a comunicação entre elas. Agindo em consonância com esses fundamentos, ele contribui na formação de um ambiente propício de criação de opções para um acordo efetivamente

> consensual e mutuamente satisfatório (SPENGLER; MARCANTONIO, 2018, p. 226).

Além do mais, a lei distingue a mediação extrajudicial da judicial quanto ao perfil do mediador. Na Extrajudicial, o mediador pode ser qualquer pessoa de confiança das partes, mas a Judicial impõe aos Tribunais a criação e a manutenção de um cadastro de mediadores - algo que o próprio Conselho Nacional de Justiça - CNJ – possui, definindo regras para sua composição, promovendo, assim, a transparência e a segurança necessárias. Esse cadastro ainda estará sujeito à supervisão e à capacitação oferecidas pelos Tribunais via CEJUSCs.

> Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão (CNJ, Res. 125/2010, Art. 8).

Em comparação com o Japão, percebe-se que, naquele país, a mediação tem cunho obrigatório para todas as questões que envolvem o direito voltado para a matéria de família, trabalho, civil e meio ambiente. A jurisdição japonesa prevê um prazo de até 6 meses de mediação para chegar a um termo podendo o mediador propor, no final, uma solução. Caso isso não ocorra, o Juiz aprecia o processo e decide. Ressalta-se que há previsão de multa àquele que não comparece a uma seção de mediação. A eficácia pode ser medida pela capacidade da tradição e da cultura japonesa de se comprometerem com os acordos estabelecidos, favorecendo um ambiente propício para o desenvolvimento da mediação.

No Brasil, o tempo estipulado pelo legislador para uma mediação judicial é de até 60 dias, contudo é permitido aos conflitantes, em comum acordo, estabelecer uma prorrogação. Essa autonomia pode ser também visualizada na própria questão da obrigatoriedade da audiência, qual seja, as partes não são obrigadas a conciliar ou mediar, mas deixar de comparecer sem justificativa à primeira seção é que poderá ensejar pena de multa. Nessa linha, compreende-se que o legislador, via Estado, oportuniza aos cidadãos o contato com os institutos da conciliação e da mediação como possibilidade de resolver as disputas de forma consensuada. Depende deles o despertar para novas práticas que possam levar a uma nova conduta e, assim, a um novo paradigma.

3.1 A Lei 13.105/2015 O Novo Código de Processo Civil e o Protagonismo das Partes pela via dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos

Sancionado pela presidente Dilma Rousseff, sob a Lei federal 13105/2015, o Código de Processo Civil inaugura um novo marco regulatório na pacificação social e a conciliação e a mediação recebem contornos de política pública, sendo desenvolvida por profissional capacitado e credenciado pelo Conselho Nacional de Justiça, operada pelos CEJUSCs sob a coordenação de um magistrado. Outrossim, possibilita que o instituto da conciliação e da mediação seja implementado em todas as esferas públicas, sem prejuízo do seu uso no âmbito privado.

Nesse viés, o novo Código de Processo Civil de 2015 alinha a reforma do próprio judiciário e as tendências mundiais, ressaltando essa concepção de construção democrática, devendo ser ordenado, disciplinado e interpretado à luz da Constituição Federal e de seus valores e normas fundamentais. Da submissão à decisão unilateral estatal ao protagonismo das partes, segue um caminho similar ao instituir mecanismos de solução de conflitos com condições de romper com o paradigma da litigância.

> Constitui tendência moderna o abandono do fetichismo da jurisdição que cobriu as mentes dos processualistas e não lhes permitiu conhecer e buscar o aperfeiçoamento de outros meios de tutela às pessoas envolvidas em conflito. Os meios alternativos para solução destes ocupam hoje lugar de muito destaque na preocupação dos processualistas, dos quais vêm recebendo especial ênfase a conciliação e a arbitragem. Não visam a dar efetividade ao direito material, ou à atuação da vontade concreta da lei. Não são movidos pelo escopo jurídico que por muitas décadas se apontou como a mola legitimadora do exercício da jurisdição pelo Estado. Mas, tanto quanto esta, tem o escopo pacificador que é o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição mesma no Estado Moderno. (DINAMARCO, *apud* MANCUSO 2015. p. 8)

Kazuo Watanabe (2005) pontua um novo paradigma que perpassa pela mudança de cultura da sentença à da cultura da pacificação. Para tanto, a função jurisdicional do Estado, centrado no princípio da legalidade estrita, abre espaço para a condição legitimante das partes por outros meios auto e heterocompositivos, como a mediação, a conciliação, a negociação, a arbitragem, entre outros.

Adequando-se à contemporaneidade, o novo Código de Processo Civil - NCPC passa a pautar-se não apenas por um sistema procedimental regulatório, mas por um que contribui para a construção de um novo paradigma na solução dos conflitos. Sua base principiológica alinha-se com o ordenamento pátrio e traz, para o centro do conflito, o jurisdicionado requerendo deste a necessidade de cooperação para um desenvolvimento jurisdicional melhor.

A amplitude do NCPC congrega a possibilidade de serem implantadas empresas que venham contribuir para a conciliação e a mediação, denominadas "câmaras privadas". Esse meio vem permitindo a implementação de diversas "câmaras" pelas instituições de ensino, pelos órgãos públicos e administrações públicas, como os PROCONs, as Serventias Extrajudiciais, além de empresas privadas e organizações sem fins lucrativos. Também foi ampliado o seu alcance para o mundo virtual, autorizando a conciliação e a mediação *on-line*, uma realidade no mundo contemporâneo, permitindo a aproximação de pessoas e empresas em um objetivo comum: resolver problemas.

Constata-se que a reforma proposta na Política Nacional de Resolução de Conflitos vem com a perspectiva de construir uma nova cultura, tendo a mediação e a conciliação como instrumentos fundamentais e transformadores nesta nova era.

Para sua concretização, o Artigo 6 do NCPC, em consonância com a resolução 125/10 e as tendências mundiais na solução dos conflitos, exige dos jurisdicionados a autonomia necessária nas tomadas de decisão. Para que essa cooperação ocorra de forma satisfatória, a boa-fé e a lealdade processual tornam-se elementos fundamentais para seu desenvolvimento na busca de uma solução célere para o conflito, e que satisfaça as partes envolvidas. O desenvolvimento gradativo desses elementos proporcionará maior capacidade e liberdade às partes para o exercício da autonomia e, com isso, os resultados desejados na solução do litígio.

Nessa perspectiva de mudança de paradigma, o legislador inovou ao inserir a audiência de conciliação e mediação enquanto uma etapa que antecede a própria defesa do réu, isto é, prima-se pela tentativa de uma composição civil, uma perspectiva de, com o auxílio de um Terceiro, as partes possam olhar para o conflito e identificar por elas mesmas o melhor caminho sem que o outro decida. Para tanto, conta-se com profissionais qualificados para exercerem com primazia a função de conciliadores e mediadores.

> Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.
> § 2o O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
> § 3o O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

O legislador reconhece que os meios alternativos são o caminho para solucionar os conflitos de forma eficiente, pois, além de prever, no Artigo 334, que eles sejam ofertados pela jurisdição estatal requerendo a presença dos sujeitos, também disciplina trazendo os elementos essenciais, como a imparcialidade, o estímulo à autonomia das partes nas decisões e a confidencialidade indicando que, nesse espaço, os jurisdicionados não podem se sentir acuados, mas fortalecidos e livres para decidirem e resolverem a lide.

Tanto a conciliação quanto a mediação são meios capazes de aproximar as pessoas e de construir um caminho com maior previsibilidade e segurança por restabelecer o diálogo e diminuir os ruídos. Para tanto, Tartuce (2018) afirma que a mediação tem ação diversa da via contenciosa, que disputa posições de vantagens, focando fatos passados. Para a autora, a lógica consensual e coexistencial dispõe de um clima colaborativo, tendo o futuro como perspectiva. Assim, constitui pressuposto da mediação a relativização da dicotomia certo/errado que funda o sistema legal, dando espaço para a análise do futuro da relação, isto é, da restauração de harmonia.

Silva (2008) entende, portanto, que a mediação é uma forma pacífica, tendo em vista que a decisão nasce da vontade das pessoas que vivem o conflito, as quais encontram a solução que melhor lhes agrada, mediante o diálogo e de forma harmônica, com o auxílio do mediador.

Neto (2010) complementa a reflexão trazida ao colocar que a mediação trabalha com pessoas e não com os casos. Seu eixo central são as pessoas, as suas habilidades e limitações, promovendo seu fortalecimento enquanto sujeito objeto de direitos e deveres.

Para tanto, o presente ordenamento não estipula tempo mínimo ou máximo para a audiência, mas um intervalo de pelo menos 20 minutos em cada sessão para que o mediador tenha condições de se preparar. O tempo é fundamental para que as pessoas possam sentir-se a vontade e com liberdade e autonomia para exercer seu protagonismo.

Segundo Cunha e Gutierrez (2015) definem que, para o pleno desenvolvimento da autonomia dos conflitantes, é necessário que eles estejam livres e conscientes para, assim, optarem por uma solução consensual. Segundo os autores, a liberdade possui duas facetas: optar pela conciliação e mediação ou decidir e resolver o conflito pela via do consenso.

Contudo, para o pleno desenvolvimento da autonomia e das liberdades mencionada, elas necessitam ser exercitadas frequentemente. Nesse sentido, contrariando o pensamento de processualistas que questionam a obrigatoriedade que o NCPC impõe para a realização da audiência de conciliação e mediação, compactua-se com o pensamento da professora Ada Pelegrini e de Kazuo Watanabe no sentido de que a obrigatoriedade prevista no presente ordenamento ocorre de forma inversa à dos jurisdicionados, ou seja, o Estado tem a obrigação de oferecer e proporcionar outros meios eficazes para solução do conflito, estabelecendo tratamento adequado aos conflitos a partir do uso da conciliação e da mediação, uma política pública de Estado e não apenas uma ação de governo.

A resistência de parte dos operadores do direito não coaduna com a perspectiva de ampliação do acesso ao Direito e à justiça em um sistema democrático e participativo. Rodrigues (1993) reconhece que os advogados são indispensáveis à administração da Justiça, mas não se pode confundir com tutores, pois, nesse caso, submeteriam todos os cidadãos ao estado de relativamente incapazes. Assim, faz-se necessário desfazer as amarras e proporcionar ao cidadão a capacidade de tomada de decisões, de pensar e decidir por si e ver o outro não como inimigo, mas como parte integrante e fundamental para a solução do conflito.

O pensamento de Rodrigues encontra congruência na pesquisa do International Mediation Institute – IMI, entre 2016 e 2017, Global Pound Conference Series, em alusão à Pound Conference de 1976. Foi realizada em 28 países de forma interativa e com o objetivo de responder a questões atinentes ao acesso a sistemas de justiça e resolução de disputas (o que os usuários querem, precisam e esperam), como o mercado atende às necessidades e desejos das partes; como

a resolução de disputas pode ser melhorada e quais tipos de ações podem ser incorporados para ampliar o acesso à justiça.

A pesquisa identificou que as partes buscam, acima de tudo, a eficiência e que esta lhes traga satisfação. Por outro lado, relatam da pouca colaboração dos advogados na resolução dos conflitos, que estão focados nas defesas e na produção de provas. Segundo o IMI, a representação qualificada é um dos grandes desafios, pois são os defensores que têm a capacidade de apresentar aos clientes as diversas vertentes de um processo e demonstrar a eficiência que uma conciliação ou mediação pode produzir. Contudo, presos a uma formação processualista voltada a litigar em uma relação de ganha/perde resistem à mudança.

> A incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e de execuções, como também, o que é de fundamental importância para a transformação social com mudança de mentalidade, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas (WATANABE, 2018, p.3).

Analisando o direito comparado, constata-se que na Itália também foram implantadas as audiências de conciliação e de mediação que antecedem a judicialização. Pisani (2010) relata que o governo italiano regulamentou por meio do Il d. leg. 4 marzo 2010 n. 28 (da Lei 69/2009) a utilização da obrigatoriedade da conciliação e da mediação nos processos judiciais.

> Fermo restando il potere-dovere del giudice di tentare la conciliazione in qualsiasi momento del giudizio di primo o secondo grado (soprattutto in limine litis a seguito della comparizione delle parti o a termine dell'istruzione) ex art. 185, 350 e 420 c.p.c., il d. leg. 28/2010. Prevede quatro specie di mediazone-conciliazine: a) la mediazione-conciliazione meramente <facoltativa> che le parti possono chiedere all'organo di mediazione-concilizione ove la controvérsia verta su diritti disponibili (art 2); b) la mediazione-conciliazione <delegata> dal giudice in qualsiasi momento su consenso dele parti (art. 5, 2º comma); c) la mediazione-conciliazione <concordata> come obbligatoria dalle parti nel contrato, statuto o atto constitutivo (art. 5,5º, comma); d) la mediazione-conciliazione <obbligatoria> ex lege (art. 5, 1º comma) relativa a tute le controversie <in matteria di condomínio, diritti reali, divisioni, successioni erditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di azienda, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti (anche non a motore), da responsabilitá medica e da diffamazione com il mezzo dela stampa o com altro

> mezzo di publicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.> (PISANI, 2010, p.143-144).

Nesse caso, a mediação ocorre em primeiro plano para garantir a total imparcialidade do Terceiro e a liberdade às partes para a resolução do conflito. A conciliação só é utilizada posteriormente à mediação, havendo o apoio na construção de um acordo. Ressalta o autor que muitas das demandas ocorrem às margens do direito, o que pode levar a decisões que não agradarão nenhuma das partes. Na presente alteração do Código de Processo Civil italiano, definiu-se um prazo máximo de 4 meses para a realização das sessões de mediação e conciliação com incentivos fiscais aos que resolverem os conflitos utilizando esses mecanismos. Assim, o mediador tem a capacidade de restabelecer o diálogo entre as partes e encontrar um novo caminho ou dar condições para que na conciliação se ponha termo final. A judicialização ocorre apenas depois de esgotadas essas instâncias e gera um custo elevado.

> In tutti questi casi la mediazione-conciliazione innanzi a soggetti esperti non di diritto ma di capacità di favorire la ripresa di dialogo fra le parti e di agevolare la risoluzione dell'effettivo conflitto di interessi anche al di là dell'oggetto specifico della controversia, conflitto di interessi di cui la controversia in atto è solo un aspetto, va favorita al massimo sia prima che nel corso del processo. Presupposto fondamentale perché la mediazione-conciliazione abbia qualche possibilità di successo è però che entrambe le parti siano d'accordo nel tentare tale strada (anche se il giudice o terzi possono utilmente adoperarsi perché tale consenso si manifesti): si pensi, come ad un primo esempio legislativo in tal senso, all'art. 155- sexies, 2.° comma, c.c. Con riferimento a ipotesi di questa specie, è in corso in Italia negli ultimi anni un discorso-dibattito molto elevato volto, giustamente, ad evidenziare come in questi casi la mediazione-conciliazione e non la giurisdizione sia la modalità migliore per superare, risolvere la controversia in atto [...] . (PISANI, 2010, p.143)

Observando as experiências de outros países, constata-se que, apesar de se contrapor a conceitos fundamentais da mediação, como a autonomia da vontade, a voluntariedade e a escolha do mediador, a implantação da conciliação e da mediação nos moldes do CPC faz-se necessária para a disseminação de uma nova cultura de pacificação social e o próprio exercício e desenvolvimento da autonomia e das liberdades essenciais para que, em um sistema democrático de cunho universal e participativo, haja as plenas capacidades de resolver os conflitos e não de demanda-los em um contencioso que não produz resultados satisfatórios às partes.

> A mediação, portanto, procura responder a um conjunto de desígnios distintos. Por um lado, busca atenuar um congestionamento alarmante conducente ao descrédito do Poder Judiciário, por outro, vem a ser um mecanismo ágil e simples que leva a solução de conflitos. De forma satélite, visa corrigir o comum desequilíbrio entre os conflitantes. Enfim, chega o momento em que se faz mister a mudança de cultura [...] (DUARTE, 2016, p.16).

Para que a conciliação e a mediação não se tornem apenas uma fase processual, o que ocorre nos Juizados Especiais, com audiências curtas e frias, nas quais apenas se questiona se há acordos, faz-se necessária a capacidade dos CEJUSCs de não apenas gerenciar as audiências, mas de promover o monitoramento e a avaliação delas e dos trabalhos desenvolvidos pelos conciliadores e mediadores, bem como uma capacitação permanente dos conciliadores e mediadores e a utilização de técnicas que sejam adequadas aos casos concretos.

> A despeito do aspecto aparentemente formalizante dessa mediação que tem lugar dentro do fórum, à qual me referi no item anterior, a criação de uma oportunidade de diálogo entre as partes — auxiliadas por um profissional capacitado e disposto a melhorar a sua comunicação, levando, eventualmente, a um entendimento — tem sido enxergada de forma altamente positiva. Trata-se de reservar um tempo, dentro do processo, para que essa busca pelo entendimento se concretize: um momento especial, um momento dedicado para a comunicação, um tempo para mediar. Esse é, por sinal, um dos aspectos do Novo CPC mais festejados pela doutrina especializada (FILPO, 2016, p.106).

Assim, supera-se a perspectiva de tornar-se um mero procedimento quando os conciliadores e mediadores têm liberdade e disponibilidade de, durante as sessões, fazerem uso dos instrumentos que se adaptem ao conflito possibilitando um novo olhar e uma conscientização para que os conflitantes consigam chegar a um termo. O tempo, nessa vertente, não é a amarra do mediador, mas a sua condição de desenvolvimento de um trabalho eficaz.

> Presentemente, impende um esforço geral dos operadores do Direito no sentido da efetiva e massiva divulgação desses outros modos de prevenção e resolução de conflitos, com o que se poderá, a um tempo, amenizar a contenciosidade ao interno da coletividade e aliviar a crise numérica de processos que assombra o Judiciário. Sob esse ideário parece aninhar-se o novo CPC, a teor do § 3.º do art. 3.º: "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial" (MANCUSO, 2018, p. 7).

Todavia, o sucesso da mediação depende exclusivamente dos sujeitos que compõem o processo, ou seja, dos magistrados que compreendam sua capacidade resolutiva e estimulem a prática, dissociando a concepção equivocada de perda de hegemonia na resolução conflituosa daquela que permite um melhor gerenciamento de casos com ênfase nos complexos. Aos advogados cabe a construção de uma nova cultura cujo foco é a negociação e veja o cliente como alguém que precisa ser orientado e estimulado a exercer com primazia a autonomia e a liberdade de chegar a um bom termo e não como uma pessoa incapaz de tomar decisões. Com maior previsibilidade, o advogado terá capacidade de fazer uma análise econômica do direito para que seu cliente tome decisões assertivas. Quanto às partes, elas devem exercer a capacidade de diálogo construtivo, de reflexão e de se ver no outro e, assim, construir, além de um acordo, uma nova concepção de como lidar com os conflitos.

Considerações Finais

O conflito é inerente à vida em sociedade, portanto, inevitável. Como tal, contribui para o processo de transformação individual e social, de forma positiva ou não, dependendo do grau de resignação e de resiliência de que cada pessoa dispõe frente a ele. Com a democratização, a liberdade tornou-se um dos direitos fundamentais na constituição de outros que promovam uma vida digna. Nesse processo, tornar o homem autônomo e protagonista de sua vida exige capacidade de refletir e fazer escolhas, todavia, no Brasil, a implementação de um sistema democrático não encontrou no Estado a dimensão de prestabilidade esperada, deixando de garantir e efetivar os direitos que tornam a sociedade livre e democrática.

Somam-se a esse quadro os resquícios que a cultura brasileira mantém dos velhos hábitos paternalistas e litigantes, que fizeram eclodir uma litigiosidade refletida em toda a sociedade e sentida por ela, restringindo o acesso a direitos e à justiça, principalmente pelas pessoas em situação de vulnerabilidade social. Em contrapartida, a globalização promove transformações nas relações sociais, na forma de comunicar e interagir, na maneira de produzir e consumir, pois as fronteiras deixam de ser barreiras para este novo jeito de ser, conviver e consumir, o que pode potencializar velhos e novos tipos de conflitos.

Essa nova ordem reduz a capacidade de se resignar e a intervenção de um Terceiro torna-se fundamental para a triangulação da relação, para o equilíbrio de forças e o restabelecimento do diálogo de forma que a pacificação social possa ser alcançada pelo consenso.

Portanto, superar a busca de uma decisão adjudicada e tornar os conflitantes responsáveis pela própria resolução do conflito tornou-se um dos pilares para uma mudança de cultura. Assim, seguindo a tendência de outros Estado-nação, o Conselho Nacional de Justiça encampou a reforma do sistema judiciário brasileiro culminando na implementação dos institutos da conciliação e da mediação no sistema jurisdicional, judicial e extrajudicial. Esses institutos apresentam convergências e divergências. Embora diferenciados no próprio Código de Processo Civil, para a sua aplicabilidade, é necessário que se observe o tipo de conflito.

Nessa perspectiva, o que se espera desse marco legislativo é uma efetiva mudança de cultura na sociedade brasileira, no sentido de privilegiar a aplicação dos meios alternativos à jurisdição como forma de dirimir os conflitos de maneira célere e eficaz, proporcionando aos jurisdicionados a apreciação das demandas em tempo razoável e de forma satisfatória. Para tanto, exige-se um pacto federativo entre os Tribunais de Justiça, o Estado, os operadores do direito e os próprios jurisdicionados de modo que tal perspectiva se concretize num movimento que envolva interesses, disputas, debates, conflitos e consensos.

REFERÊNCIAS

BETTINI, Lucia Helena Polleti. Mediacão e Conciliação como Instrumental de Efetividade da Razoável Duração dos Processos. In Doutrinas Esenciais de Arbitragem e Mediação. Org. , 2018.

BRASIL. Lei Nº 13.140, de 26 de Junho De 2015. Presidência da República. Poder Executivo, Brasília, DF, 26 Jun. 2015

BRASIL. Lei Nº 13.105, de 26 de Junho De 2015. Presidência da República. Poder Executivo, Brasília, DF, 26 Jun. 2015 CPC

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça: Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ccmj/pages/publico/consulta.jsf Acessado em 16/03/2020.

CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. In: Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, Volume VI, capitulo I. 2018

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça . Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002

CEBOLA, Catia Marques. Regulamentar a Mediação: Um Olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal. Revista Brasileira de Direito, 2015

DAMATTA, Roberto (org) Universo do Futebol; Esporte e Sociedade Brasileira. Rio de Janeiro, 1982.

DUARTE, Bento Herculano. Conflitos de Interesses e Vantagens da Mediação. Revista Forum Trabalhista, Belo Horizonte, 2016.

FARIA, José Eduardo. O Sistema Brasileiro de Justiça: Experiência recente e futuros desafios. Estudos Avançados. 2004.

FILPO, Klever Paulo Leal. É Tempo de Mediar! Mas há tempo para Mediar. In: Direito e Culrura: Estudos sobre o Processo Civil no Brasil. (org) Fernanda Duarte; Delton R.S. Meirelles; Rafael M. I. Filho; Barbara G. L. Baptista. UFF, Niteroi, 2016.

GIDDENS, Anthony. Sociologia. 6 edição. Tradução de Alexandra Figueiredo; Ana Patricia D. Baltazar; Catarina L. da Silva; Patrícia Matos; Vasco Gil. Fundação Calouste Gulbenkian. 2008

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do Processo e Deformalização das Controversias. In: Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação, Volume VI, capitulo I. 2018.

_____. Os fundamentos da justiça conciliativa. Revista de arbitragem e conciliação, n. 14, jul.-set. 2007, p.17-18.

IGREJA, Rebecca, & RAMPIM, Talita T. D. Acesso à Justiça na América Latina: reflexões a partir dos juizados especiais federais do Brasil. Revista De Estudos E Pesquisas Sobre As Américas. 2018. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/19537 Acessado em 20/02/2020.

INTERNATIONAL MEDIATION INSTITUTE – IMI. Global Pound Conference Series: Global Data Trends and Regional Differences. Disponível em https://www.imimediation.org/research/gpc/gpc-about/

LUCHIARI, Valéria F. L.. Mediação judicial: análise da realidade brasileira origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justica. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2012. (Coleção ADRS).

NETO, Adolfo Braga. Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores. Revista da Faculdade de Direito UniRitter, Porto Alegre, n. 11, p. 29-46, 2010.

MAGALHÃES, Juliana N.; SANTOS, Ricardo S. S. Considerações sobre o Ensino dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos em Santa Catarina. XXII Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=188 Acessado em 12/02/2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso À Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas. Thompson Reuters – Revista dos Tribunais. 2018.

PEDROSO, João A. F. Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des) construção: o caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Disertação de Doutoramento em Sociologia do Estado, do Direito e da Admnistração, apresentada a Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Portugal: 2011.

PISANI, ANDREA PROTO. "Appunti Su Mediazione e Conciliazione." Il Foro Italiano, vol. 133, no. 5, 2010, Disponível em: www.jstor.org/stable/23204664. Acessado em 04 de abril de 2020.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino Jurídico e Direito Alternativo. Editora Acadêmica, São Paulo, 1993.

SILVA, João Roberto da. Arbitragem. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMMEL, George. A Natureza Sociológica do Conflito. In Moraes Filho, Evaristo (org). São Paulo, Ática, 1983.

SPENGLER, Fabiana Marion; MARCANTONIO, Roberta. Considerações sobre a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas e a Mediação como forma de Promover a Comunicação para o Tratamento de Conflitos. Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação. Volume VI, capitulo I. 2018.

_____; NETO, Theobaldo Splengler (orgs). Politicas Públicas para Composição no Código de Processo Civil Brasileiro. Essere nel Mondo. Santa Cruz do Sul. 2017.

_____. Uma Relação a Três: O Papel Político e Sociológico do Terceiro no Tratamento dos Conflitos. Dados: Revista de Ciências Sociais, vol. 59, num 2. UERJ, Rio de Janeiro: 2016

_____. Retalhos de Mediação. Essere nel Mondo. Santa Cruz do Sul. 2014

_____; BEDIN, Gilmar Antonio (org). Acesso à justiça, direitos humanos & mediação. Curitiba: Multideia, 2013.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acessado em 31/07/18.

VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização das relações sociais. In: VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento adequado dos Conflitos de Interesses. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf Acessado em 19/02/2020

_____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Coords). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover . São Paulo: DPJ, 2005.

WEBER, Max. Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Editora UNB. São Paulo, 1999.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION: uma proposta de gradação entre as plataformas de solução consensual de conflitos de consumo no Brasil

Fernanda Bragança
Universidade Federal Fluminense, Doutoranda em Sociologia e Direito,
Niterói, Brasil,
fernandabraganca@id.uff.br

Juliana Loss de Andrade
Fundação Getúlio Vargas, Professora e Coordenadora técnica de Mediação,
Rio de Janeiro, Brasil,
juliana.loss@fgv.br

Renata Braga
Universidade Federal Fluminense, Professora Adjunta do Dept. de Direito,
Volta Redonda, Brasil,
renatabragak@terra.com.br

Resumo: Esta pesquisa tem como objeto de investigação as plataformas de solução de conflitos de consumo. A *online dispute resolution* cresceu significativamente no Brasil nos últimos anos tanto em volume de disputas tratadas, como também na diversidade de canais existentes. Esta variedade acaba provocando uma multiplicação de demandas repetidas e aumentando o tempo de resposta das empresas para a análise e equacionamento do problema; o que repercute na judicialização de demandas neste setor. Uma simples orientação poderia contribuir para uma utilização mais eficiente dessas plataformas. O artigo tem uma primeira parte descritiva sobre a origem e evolução do uso da ODR para tratamento de disputas consumeristas nos EUA, na Europa e no Brasil e uma segunda propositiva, com a sugestão de uma diretriz facultativa aos consumidores brasileiros. A metodologia para a elaboração deste estudo consistiu em uma revisão bibliográfica sobre o assunto.

Palavras Chave: plataformas digitais de conflitos; consumidor; acesso à justiça; eficiência; gradação

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo desta pesquisa é a gradação entre as plataformas *online* de solução de conflitos de consumo, conhecidas pela doutrina estrangeira como *online dispute resolution*. Neste trabalho, o conceito de ODR utilizado é amplo

e engloba toda incorporação de tecnologia (por mais simples que seja) para auxiliar nas sessões de métodos adequados de resolução de disputas.

No Brasil, os vários canais disponíveis para a solução consensual de conflitos, notadamente no setor de consumo, ampliaram fortemente o acesso à justiça. Contudo, a falta de direcionamento em relação ao uso desses sítios eletrônicos gera uma certa confusão por parte dos consumidores, o que faz com que acionem vários sistemas de resolução de disputas ao mesmo tempo.

Hoje, esta situação é particularmente sentida em relação às demandas de consumo em razão das empresas e dos órgãos públicos se mobilizarem para oferecer cada vez mais canais de atendimento que visam a solução consensual do problema. Assim, o consumidor pode submeter a sua demanda nos seguintes meios: no site do vendedor, em *sites* coletivos, no consumidor.gov.br e até nos Procons.

Essa atitude do consumidor acaba sendo negativa do ponto de vista da eficiência da Justiça pois mobiliza diversas estruturas, tanto privadas quanto públicas e, muitas vezes, quando o problema é resolvido em uma dessas esferas as demais não costumam ser notificadas. Nesse sentido, este artigo tem a proposta de aprofundar sobre este cenário e propor algumas sugestões para garantir uma gestão mais otimizada deste sistema de resolução adequada de conflitos de consumo caracterizado por uma pluralidade de ODRs, baseado em experiências internacionais.

Em alguns países europeus, como por exemplo Portugal, a preocupação com a orientação dos consumidores na utilização dos diversos canais de solução de conflitos relacionados a este segmento é materializada através de uma espécie de guia do usuário elaborado pelo Centro Europeu do Consumidor daquele país.

Esta pesquisa conta com os seguintes objetivos: a descrição da evolução da utilização de ODR para solução de conflitos nos EUA, na Europa, no Brasil e a proposição de uma organização em etapas das plataformas de solução de conflitos de consumo aqui no país de modo a tornar mais ágil a capacidade de resposta das empresas (sobretudo aquelas com grande atividade de *e-commerce*) aos seus clientes com problemas na compra. A metodologia de pesquisa consistiu em uma revisão bibliográfica sobre o assunto.

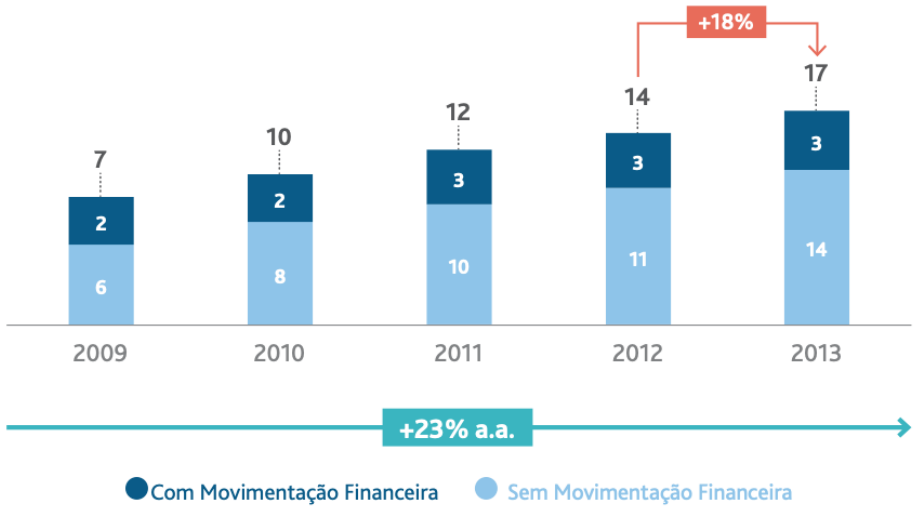
1. A utilização de plataformas digitais para a solução de conflitos de consumo

A utilização de canais ou plataformas digitais para a solução de conflitos de consumo ocorreu em virtude de uma mudança paradigmática do ambiente de concretização das relações sociais, que nos últimos anos, migraram em grande número e intensidade para o ciberespaço. Este movimento se intensificou, sobretudo a partir da década de 1990, com a expansão dos recursos de comunicação para indivíduos e grupos. É importante destacar que este tópico não pretende discutir os fatores que limitam o acesso à *internet*, mas tão somente mostrar as circunstâncias que motivaram esta migração para o meio digital.

Nos anos 90, um contingente de pessoas permaneceu dissociado de atividades *online* por vontade própria. Ainda que um número crescente de indivíduos acessasse a *web*, outros tantos decidiram continuar desconectados, seja porque não eram impelidos a isso ou pelo fato de que esta opção não modificava consideravelmente as suas rotinas. Neste momento, de fato, era possível optar e separar a vida *offline* da digital (KATSH; RABINOVICH-EINY, 2017, p. 11).

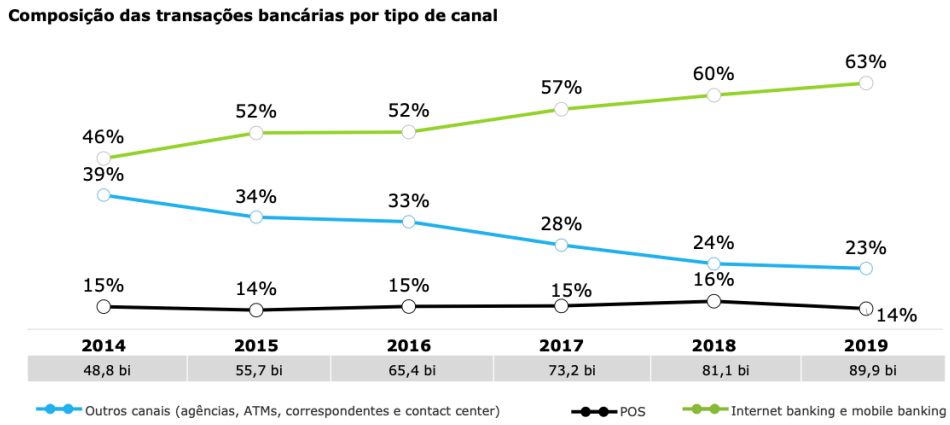
Com o tempo, um número cada vez maior de operações cotidianas passou a ser realizada através da *internet* no mundo inteiro. No Brasil, isso pode ser percebido, por exemplo, através do volume de transações bancárias monitorado pela federação brasileira de bancos. A pesquisa FEBRABAN de tecnologia bancária aponta um crescimento contínuo do uso de canais digitais, conforme pode ser verificado através dos gráficos 1 e 2 a seguir.

Gráfico 1. Evolução das transações em internet banking no período de 2009-2013:



Fonte: FEBRAPAN

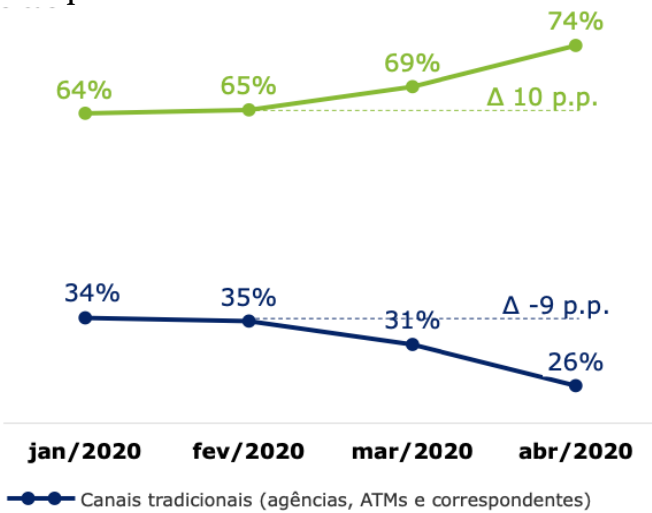
Gráfico 2. Evolução das transações bancárias no Brasil no período de 2014-2019.



Fonte: FEBRAPAN

Por esses gráficos é possível verificar que, atualmente, a cada 10 transações bancárias realizadas, 6 são feitas através da *internet*. A pesquisa divulgada em 2020 também registrou o impacto da pandemia sobre essas movimentações. De fevereiro a abril de 2020, houve um aumento de 10% no uso de canais digitais por pessoas físicas para a efetuação das operações bancárias, que pode ser visualizado no gráfico 3 abaixo.

Gráfico 3. Impacto do Covid-19 sobre o uso de canais tradicionais e digitais para operações bancárias



Fonte: FEBRAPAN

Ao longo dos anos, a realização de várias atividades pela *internet* deixou de ser uma opção e se consolidou como o único caminho possível e o gerenciamento de uma vida integralmente *offline* começou a apresentar muitas dificuldades.

De um modo geral, esta progressão da tecnologia trouxe inúmeras facilidades à vida das pessoas e aumentou significativamente as possibilidades de relacionamentos. Entretanto, as chances de transações sem sucesso e os conflitos de todos os tipos também cresceram em escala.

William Ury e Roger Fisher (1981, p. 17) foram os primeiros a usar a expressão "o conflito é uma indústria em crescimento" ainda na década de 1980. Os métodos adequados tradicionais e o Judiciário não conseguiam mais fazer frente a este novo volume de demandas.

O primeiro setor que constatou essa dissonância e investiu em novos modelos de gestão de reclamações foi o do comércio eletrônico. As vantagens da compra *online* não poderiam ser anuladas diante um eventual problema que devesse ser reclamado presencialmente. Em linhas gerais, este investimento se traduziu na incorporação da tecnologia e da *internet* no tratamento dos conflitos.

Em 1996 nasceu um projeto pioneiro nos Estados Unidos, o *Online Ombuds Office*[1] do *National Center for Automated Information Research* – NCAIR, Universidade de *Massachussets*. Em 1999, o eBay fez uma parceria com este escritório para utilização do portal *SquareTrade* na solução das demandas dos seus consumidores (GELHORN, 1966, p. 194).

O eBay utilizou o *SquareTrade* fundamentalmente com o objetivo de assegurar uma gestão mais eficiente da reputação do *site*. O intuito era conseguir um *feedback* sobre o comportamento dos compradores e vendedores. Assim, uma parte que realizou a transação fazia um comentário sobre a outra de quem adquiriu o produto ou serviço e vice-versa.

Em função desses comentários serem positivos ou negativos eram atribuídos pontos aos participantes, os quais permitiam um maior conhecimento sobre a reputação de cada um na plataforma e, consequentemente, no ambiente eletrônico. Os litígios decorrentes deste retorno podiam ser submetidos à mediação por meio da *SquareTrade*. Desde 2000, o eBay permite que seus usuários utilizem a plataforma para todos os conflitos decorrentes de compra e venda do site (EBERT, 2017, p. 42).

A missão do *SquareTrade* era promover uma melhor comunicação entre as partes que comercializam na *internet* e, portanto, se encontravam fisicamente distantes. Graças à ODR, a empresa eBay economizou recursos consideráveis com a desjudicialização dessas demandas (Ibidem).

Posteriormente, o eBay desenvolveu o seu próprio sistema de resolução de conflitos e o *SquareTrade* ficou especializado em outro tipo de serviço: a venda

[1] Os *Ombuds Offices* surgiram no século XVIII, na Suécia e existem em diferentes domínios, mas a sua versão digital surgiu em 1996 nos Estados Unidos.

de garantia estendida. Contudo, a plataforma mantém consolidada a sua reputação com relação à mediação *online* e com a celeridade do procedimento.

O *SquareTrade* também serviu de inspiração para a criação do *Eletronic Consumer Dispute Resolution* na Europa nos anos 2000. O objetivo principal desta plataforma era oferecer um sistema simples, rápido e econômico para a gestão de conflitos originados de relações de consumo *online* que envolviam pequenas quantias (Ibidem, p. 47).

A plataforma propunha um tratamento do conflito em três etapas: negociação, mediação e recomendação. Se a parte adversa não confirmasse o seu interesse em uma solução consensual no prazo de sete dias através do preenchimento do cadastro no ECODIR, a presunção de recusa da mesma ficava configurada (Ibidem, p. 50).

Uma vez efetuado o cadastro do reclamado no sistema, o demandante enviava a primeira proposta. Diante disso, a parte reclamada adotava uma das quatro posturas: o aceite da proposta; a continuidade da negociação; o prosseguimento para a mediação ou o encerramento das tratativas. A plataforma também contava com ajustes automatizados: se o sistema verificasse que após o cadastro as partes não tiveram qualquer comunicação entre si no prazo de dezoito dias, o mesmo enviava um *email* automático propondo diretamente a mediação (IAVARONE, 2012, pp. 1-13).

Na mediação, um terceiro independente e imparcial era designado para auxiliar as partes a encontrarem uma saída para o problema, considerando os interesses de cada uma. O mediador, após a análise do caso e das informações fornecidas por ambos os lados da disputa, apresentava aos participantes uma proposta de acordo[2]. Esta etapa tinha uma duração máxima de quinze dias (Ibidem, p. 55).

Após quatro dias do encerramento da etapa anterior, o mediador emitia uma recomendação justificada a partir dos direitos e obrigações de cada parte e das circunstâncias do conflito. A mesma não vinculava os litigantes, salvo no caso de convenção em sentido oposto (Ibidem, p. 56).

[2] É interessante notar que o papel do mediador na ECODIR se diferencia daquele proposto pela legislação brasileira e seguido pelos cursos de formação em mediação. No Brasil, tradicionalmente, o mediador não propõe sugestões às partes.

Em até sete dias após a emissão da recomendação, as partes manifestavam expressamente o aceite ou declaravam o encerramento do conflito sem uma solução. Na primeira hipótese, o *staff* da plataforma procurava garantir que o acordo fosse cumprido em até trinta dias.

A adesão inicial ao ECODIR foi grande, porém, a sua gratuidade durou apenas dois anos e encerrou em 2002 em razão do término do período de financiamento da União Europeia a este projeto. A transição para um serviço pago fez com que muitos usuários procurassem por outras plataformas. No segmento do consumo, as pessoas tendem a preferir a ausência de custos (PATOUL, 2002). Cabe ressaltar que este sistema teve uma importância significativa para a consolidação da *online dispute resolution* em âmbito consumerista.

Em 2011, a Comissão Europeia elaborou uma diretiva sobre contratos à distância, com a proposta de harmonização das normas relativas à venda à distância, em especial sobre direito à informação ou de retratação dos consumidores. Outros dois textos legislativos foram elaborados com a previsão de medidas concretas para a solução extrajudicial de litígios de consumo: um primeiro que tratou sobre os órgãos europeus para tratamento das disputas decorrentes de um contrato entre um consumidor e um comerciante; e outro que instituiu a plataforma europeia de resolução de conflitos.

A Diretiva 2013/11/EU organizou a estrutura administrativa para atender e resolver os problemas dos consumidores extrajudicialmente, independentemente de limitações geográficas, ou seja, abarcando tanto transações nacionais quanto internacionais.

Esta diretiva foi elaborada com a intenção de reduzir as disparidades entre os Estados membros, notadamente em matéria de órgãos de solução de conflitos e eliminar as divergências políticas relativas à resolução digital de disputas. O intuito era estabelecer um panorama comum de modo que os sistemas nacionais pudessem ser mais uniformes ou equivalentes entre si.

O Regulamento UE nº. 524/2013 instituiu a plataforma europeia de resolução de litígios em linha - RLL que interligou todos os órgãos nacionais de proteção ao consumo do bloco. De pronto, é preciso destacar que este estatuto tem um campo de aplicação bem mais limitado que a diretiva anterior, tendo em vista que este se dirige especificamente aos conflitos entre consumidores e comerciantes decorrentes de uma transação (compra e venda) *online*.

A plataforma foi concebida para funcionar como o único *guichet* a receber reclamações decorrentes de compras no espaço virtual. O sistema conta com três funções básicas: a disponibilização ao público das informações relativas à resolução extrajudicial de conflitos; uma rede de contatos para as instituições de solução adequada de disputas e o acompanhamento dos procedimentos (EBERT, ob. cit., p. 126).

A plataforma europeia (RLL) está em funcionamento desde 2016 e reúne diversas entidades de resolução alternativa de conflitos (RAL) nos vários estados-membros. O sistema propõe uma intermediação gratuita entre os consumidores e essas instituições. A RLL oferece a possibilidade das entidades de RAL tramitarem todo o procedimento via a plataforma ou a mesma pode servir apenas como o primeiro ponto de contato entre o consumidor e a entidade que lhe parecesse ser a mais adequada para a gestão do caso (BRAGANÇA, BRAGANÇA, 2019, pp. 33).

Por meio da RLL, os interessados conseguem selecionar a instituição cadastrada por país, por idioma e até pelo método que entendem mais adequado à solução do problema. Os estados membros são responsáveis pela elaboração da listagem das instituições de solução alternativa nos seus respectivos territórios que cumpram os requisitos estabelecidos pela diretiva 2013/11/EU.

Tanto os consumidores quanto os fornecedores devem realizar um cadastro prévio na plataforma para submeterem uma reclamação. Os demais requisitos são: o produto ou serviço ter sido adquirido via a *internet*; o vendedor possuir um endereço eletrônico; consumidor e fornecedor devem ter um endereço na União Europeia (incluindo Noruega, Islândia e Listenstaine); contato prévio com a outra parte antes da submissão da queixa na plataforma e a questão não pode ter sido judicializada.

O cadastro prévio do fornecedor ou comerciante na RLL não implica no aceite automático do mesmo em participar de um procedimento consensual com vistas a resolver o problema. Por isso, é importante que o consumidor contacte o vendedor anteriormente ao envio da queixa pela plataforma. Cabe destacar ainda que a própria entidade de RAL escolhida pode recusar tratar do conflito em determinadas hipóteses[3] como, por exemplo, quando este não esteja previsto na sua área de competência.

[3] Cf. Artigo 5º, no. 4 da Diretiva 2013/11/EU.

A reclamação é realizada através do preenchimento de um formulário eletrônico em que o interessado fornece as informações relativas ao comprador ou ao vendedor, os dados da compra e uma breve descrição do problema. Os comprovantes como notas e faturas podem ser inseridos em um campo específico. Caso a parte contrária aceite tratar sobre a questão, os envolvidos têm até 30 dias[4] para chegarem a um acordo quanto à instituição de RAL que fará a gestão do procedimento[5]. A queixa é arquivada se os envolvidos não chegarem a um consenso quanto à esta entidade.

É importante destacar que tanto o consumidor quanto o vendedor podem submeter uma reclamação na plataforma da União Europeia. Porém, no caso em que o fornecedor apresenta a demanda, o comprador ao qual se dirige deverá ter endereço em um dos seguintes países: Bélgica, Alemanha, Luxemburgo ou Polônia[6].

A forma de comunicação assíncrona é a mais usual entre as partes. Quando as mesmas preferem realizar o procedimento via a RLL, a troca de mensagens é realizada no âmbito da plataforma mediante o acesso através de um *login* e senha pessoal (BRAGANÇA, BRAGANÇA, ob. cit., p. 34).

O artigo 8º, alínea e da diretiva 2013/11/EU e o considerando nº. 40 do Regulamento UE nº. 524/2013 estipulam o prazo máximo de 90 dias para a conclusão do procedimento pela entidade de resolução alternativa de litígio.

A reclamação pode ser encerrada através de um acordo, quando as partes chegam a um consenso quanto à solução do problema ou em decorrência de um arquivamento. Após o encerramento, os dados referentes à reclamação permanecerão armazenados por um período de 6 meses no sistema, ao fim do qual serão definitivamente excluídos[7]. O mesmo processo também deve ser realizado pelas entidades de RAL.

A submissão da reclamação pela plataforma europeia não exige a participação de um advogado. No entanto, as entidades de RAL devem estar atentas

[4] Cf. Artigo 9º, no. 8 do Regulamento UE no. 524/2013.

[5] Cf. Instruções para os consumidores disponíveis em < https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks> acesso em 16 de novembro de 2020.

[6] Cf. Instruções para submissão de reclamações pelos comerciantes disponíveis em < https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.trader.register> acesso em 16 de novembro de 2020.

[7] Cf. Artigo 12, no. 3 do Regulamento UE no. 524/2013.

para que não haja um desequilíbrio de informação entre as partes e devem recomendar a participação do patrono sempre que necessário.

A RLL deu passos muito importantes no que concerne à solução de conflitos no ciberespaço e à organização das entidades de resolução alternativa de disputas no bloco europeu (CORTÉS, 2011). Entretanto, o sistema apresenta algumas fragilidades. Cátia Marques Cebola (2016, p. 70) destaca que o procedimento só acontecerá se os participantes conseguirem um acordo quanto à escolha da entidade de RAL. Não há nenhum critério subsidiário[8] previsto para superar este primeiro entrave e a consequência inevitável é o abandono[9] ou arquivamento da queixa. Além disso, a RLL admite um grupo limitado de conflitos que ainda é restrito às demandas de consumo originadas de compras na *internet*.

2. O crescimento da ODR no Brasil para tratamento de conflitos de consumo

O uso de plataformas digitais para solução de conflitos de consumo no Brasil foi um pouco mais tardio em relação à Europa e, inicialmente, a iniciativa privada motivou este mercado. Um levantamento realizado por Daniel Arbix (2001, pp. 219-264) identificou os principais sistemas de resolução de controvérsias em atividade no mundo e, consequentemente, no Brasil.

O ReclameAqui[10] funciona desde 2001 e trata de conflitos entre os consumidores e as empresas por meio de uma negociação assíncrona entre as partes. É possível fazer uma reclamação mesmo em relação àquelas organizações que não estão cadastradas no *site*, desde que o usuário possua algumas informações básicas como um *email* institucional para contato.

O sistema PagSeguro entrou em operação em 2010 e oferece negociação e arbitragem não vinculante aos seus usuários. Os conflitos tratados são

[8] Cátia Marques Cebola sugere que uma alternativa para superação deste impasse inicial: na hipótese de não existir acordo quanto à entidade de RAL, dever-se-ia privilegiar a que tenha sido escolhida pelo consumidor, à luz da regra que determina a competência judiciária para contratos de consumo.
Cf. Artigo 18 do Regulamento (UE) no. 1215/2012 do Parlamento Europeu.

[9] O termo "abandono" é utilizado pela própria legislação.
Cf. Artigo 9º, no. 8 do Regulamento UE no. 524/2013.

[10] Cf. Plataforma do ReclameAqui < https://www.reclameaqui.com.br/como-funciona/#como-funciona-reclame-aqui> acesso em 17 de novembro de 2020.

decorrentes da compra de um produto ou serviço. O *site*[11] permite a abertura de uma reclamação pelos seguintes motivos: o produto ou serviço não foi entregue, apresenta defeitos ou é diferente do combinado.

Após a confirmação do pagamento, o comprador tem até 30 dias para abrir uma reclamação e notificar o problema ocorrido na compra. A primeira fase envolve uma negociação direta entre o comprador e o vendedor. Caso não cheguem a um acordo em 7 dias, o reclamante pode solicitar a moderação do PagSeguro para solucionar a questão.

O consumidor.gov.br está em operação desde 2014 e é a primeira plataforma de solução de conflitos no Brasil concebida no âmbito da Administração Pública[12], mais especificamente, pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). O sistema proporciona uma negociação direta entre o consumidor e a empresa, a qual tem o prazo de até 10 dias para a análise da reclamação e para o envio de uma resposta.

A primeira ação do consumidor na plataforma deve ser a verificação do registro da empresa em face da qual deseja fazer a reclamação. Caso a organização não esteja cadastrada, o reclamante não poderá submeter a sua queixa. A adesão corporativa é voluntária e ocorre através da assinatura de um termo por meio do qual a instituição se compromete com a averiguação das questões apresentadas.

O consumidor tem um prazo de 20 dias para informar se o problema foi resolvido e o nível de satisfação em relação ao atendimento recebido da empresa. As reclamações alimentadas no consumidor.gov.br formam uma base de dados pública acessível a todos os interessados (por meio da aba "indicadores") em que é possível verificar os índices de solução com relação à cada uma das organizações, tempo médio de resposta, número de queixas respondidas, dentre outras informações.

A falta de uma política de incentivo clara para adesão das empresas motivou poucas adesões durante algum tempo. Ao mesmo tempo, o serviço era pouco conhecido pelos consumidores em razão da divulgação deficitária. Mais

---

[11] Cf. Plataforma do PagSeguro < https://pagseguro.uol.com.br/para_voce/como_funciona_a_disputa.jhtml?_rnt=dd#rmcl> acesso em 17 de novembro de 2020.

[12] Cf. Decreto nº 10.197 de 2020 que estabeleceu o consumidor.gov.br como plataforma oficial da administração pública federal para autocomposição nas controvérsias em relações de consumo.

recentemente, a SENACON adotou uma postura mais proativa nesses dois sentidos e este quadro sofreu mudanças sensíveis, notadamente com o engajamento de companhias que atuam em setores regulados.

Nos anos de 2019 e 2020, a SENACON firmou um número importante de termos de cooperação técnica com agências reguladoras que estimularam a adesão das companhias com atuação nos respectivos setores, como por exemplo com a agência nacional de energia elétrica (ANEEL)[13], agência nacional de telecomunicações (ANATEL)[14] e agência nacional de transportes aquaviários (ANTAQ)[15]. A consequência disso foi a expansão considerável do leque de empresas aptas a solucionarem os problemas com seus consumidores via o consumidor.gov.br.

É preciso ressaltar que existem diferenças significativas entre a RLL e o consumidor.gov.br. A plataforma brasileira é mais simples e direta com o tratamento da questão e a negociação entre as partes ocorre sem custos e sem intermediários. A disponibilização pública das informações relacionadas à solução de conflitos pelas empresas também permite que qualquer interessado conheça mais sobre a postura da organização frente ao equacionamento de problemas com seus clientes. Os dados estão prontamente acessíveis e sistematizados e funcionam como um importante parâmetro para a escolha do produto ou serviço pelo consumidor.

O consumidor.gov.br também admite um número bem mais expressivo de reclamações tendo em vista que não estabelece qualquer tipo de limitação quanto ao ambiente em que se desenvolveu a relação de consumo. Assim, tanto as compras físicas quanto as virtuais podem ser tratadas na plataforma. Até 30 de

[13] Cf. ANEEL assina acordo com Ministério da Justiça para integrar Consumidor.gov.br, 26 de novembro de 2019. Disponível em <https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset_publisher/zXQREz8EVlZ6/content/aneel-assina-acordo-com-ministerio-da-justica-para-integrar-consumidor-gov-br/656877?inheritRedirect=false> acesso em 1 de novembro de 2020.

[14] Cf. Anatel assina termo de cooperação com CNJ e Senacon sobre resolução de controvérsias, 8 de novembro de 2019. Disponível em <https://www.anatel.gov.br/institucional/o-que-e-rss/104-home-institucional/2437-anatel-assina-termo-de-cooperacao-com-cnj-e-senacon-sobre-resolucao-de-controversias> acesso em 1 de novembro de 2020.

[15] Cf. ANTAQ e Senacon assinam acordo de cooperação técnica, 12 de março de 2020. Disponível em <http://portal.antaq.gov.br/index.php/2020/03/12/antaq-e-senacon-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica/> acesso em 17 de novembro de 2020.

novembro de 2020, o consumidor.gov.br registrou o recebimento de 3.451.108 reclamações[16] e 941 empresas cadastradas. Um outro ponto importante diz respeito ao tempo de duração máximo previsto para o encerramento do procedimento. Enquanto via a RLL o mesmo pode levar até 90 dias, no sistema brasileiro este prazo é de 20 dias.

De fato, o sistema europeu é mais complexo na medida em que as partes precisam passar por duas etapas de consenso: uma primeira com relação à entidade de RAL e uma segunda que diz respeito à solução do conflito em si. Além disso, a plataforma não fornece dados abertos sobre a postura das empresas tendo em vista que o conflito é gerido por uma entidade de resolução alternativa de litígios. Com isso, o monitoramento do comportamento das empresas é mais complicado e demorado[17]. Os dados estatísticos da RLL mostram basicamente o número de queixas apresentadas em cada país do bloco, os setores mais reclamados e o percentual de reclamações nacionais e transnacionais.

3. Organização institucional da solução digital de conflitos de consumo no Brasil

No tocante ao funcionamento das plataformas digitais de solução de conflitos de consumo, é possível afirmar que o sistema brasileiro é mais eficiente que o europeu fundamentalmente com base em dois motivos: a abrangência do tratamento dos conflitos de consumo, tendo em vista que não impõe qualquer tipo de limitação quanto à natureza ou ao espaço em que foi realizada a compra e a negociação mais direta e imediata com o vendedor.

---

[16] O número total de reclamações é atualizado em tempo real e fica disponível nos Infográficos disponível em <https://consumidor.gov.br/pages/indicador/infografico/abrir> acesso em 18 de novembro de 2020.

[17] O relatório mais recente disponível na página da RLL está atualizado até julho de 2019 e é bastante genérico, sem aprofundar maiores detalhes sobre as empresas notificadas. Cf. Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comitê Econômico e Social Europeu relativo à aplicação da Diretiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a resolução alternativa de litígios de consumo e do Regulamento (UE) no. 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a resolução de litígios de consumo em linha. Bruxelas, 25 de setembro de 2019. Disponível em < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0425&from=EN> acesso em 18 de novembro de 2020.

Entretanto, essas plataformas estão inseridas em um contexto maior: o da proteção e defesa do consumidor. O Brasil ainda precisa aperfeiçoar a organização deste seu sistema de modo que haja mais clareza quanto à instituição ou órgão que o consumidor deva se dirigir para a solução do seu problema. A experiência europeia pode contribuir neste sentido.

O sistema nacional de proteção e defesa do consumidor é formado por um conjunto bastante expressivo de órgãos como por exemplo, a própria secretaria nacional de defesa do consumidor, os procons, o Ministério Público, dentre outros que disponibilizam diversos canais internos para reclamação. Além disso, as demandas consumeristas também podem ser submetidas nas plataformas (privadas e pública) e ainda podem ser judicializadas.

Esta vastidão de opções faz com que o consumidor brasileiro, na prática, mobilize várias dessas estruturas para resolver o seu problema. A falta de um direcionamento mais objetivo quanto ao percurso institucional que deve ser seguido para a solução do caso corrobora para este quadro. Com isso, o número de reclamações cresce também em razão de casos repetidos que são encaminhados por canais diversos. A consequência inevitável é que o tempo de resposta das empresas aos seus clientes aumenta.

De fato, os pequenos e médios comerciantes tendem a sentir este efeito em uma intensidade muito menor. No entanto, os grandes conglomerados de *e-commerce* são impactados significativamente por essas demandas de massa e o atendimento aos clientes, inevitavelmente, torna-se mais demorado.

A União Europeia adotou uma postura educativa em relação aos seus consumidores com a proposta de orientá-los na utilização dos diversos canais disponíveis para reclamações de consumo a partir de uma abordagem extrajudicial, ou seja, no tratamento das disputas fora do Judiciário. O Centro Europeu do consumidor de cada Estado membro[18] disponibilizou uma espécie de cartilha que auxilia o interessado na resolução do seu conflito. A tabela 1 abaixo sistematiza as principais orientações.

[18] Cf. Centro Europeu do Consumidor Portugal. Como resolver o seu conflito de consumo sem passar pelos tribunais, 2016. Disponível em < https://cec.consumidor.pt/topicos1/resolucao-de-conflitos-/meios-de-resolucao-alternativa.aspx> acesso em 18 de novembro de 2020.

Tabela 1. Sistema europeu para resolução de conflitos de consumo

Sistema europeu para resolução de conflitos de consumo	
Tipo de Conflito de Consumo	**Local a ser procurado pelo consumidor**
Conflitos decorrentes de compra física entre consumidor e fornecedor estabelecidos no mesmo país	Centro Nacional de Apoio ao Consumidor (que pode ser local ou regional a depender da residência do adquirente e do endereço do vendedor);
Conflitos de Consumo Transfronteiriços decorrentes de compra física (consumidor e fornecedor estabelecidos em Estados-membros diferentes)	Centro Europeu do Consumidor;
Conflitos de Consumo decorrentes de compras *online* (no mesmo Estado e entre países distintos)	RLL

Fonte: elaboração das autoras

O guia também enumera as entidades de resolução alternativa em funcionamento no país, a respectiva competência (natureza do conflito e abrangência territorial) e as principais informações sobre as mesmas, tais como o custo, o tempo médio para solução do caso e contatos para atendimento.

No Brasil, uma iniciativa semelhante promete causar um grande impacto na medida em que o direito do consumidor mobiliza um grande número de demandas. No ano de 2019, este foi um dos assuntos mais recorrentes nos tribunais estaduais com mais de 3 milhões de ações referentes somente à responsabilidade de fornecedores, segundo o último relatório justiça em números (CNJ, 2020, p. 238).

Uma proposta para fortalecer e instruir sobre o sistema brasileiro de resolução adequada de conflitos poderia contar com as seguintes premissas: a primeira tentativa de contato do consumidor com a empresa deve ocorrer por meio

de um canal interno da organização. Um segundo passo pode ser a busca por uma plataforma interinstitucional[19] privada ou o consumidor.gov.br.

Inclusive, esta é a opção difundida pela empresa Mercado Livre. No vídeo institucional[20] de orientação para a solução de problemas com a compra, o MeLi direciona os seus clientes a contactarem o vendedor pelo aplicativo e, caso não seja possível resolver a questão, o consumidor pode fazer uma nova tentativa através do consumidor.gov.br.

Os Procons podem ser uma próxima alternativa, caso as anteriores não consigam solucionar o problema. O órgão não impõe uma solução à causa, mas costuma oferecer um serviço de mediação às partes[21]. A submissão e o acompanhamento da reclamação podem ser feitos através do site da instituição.

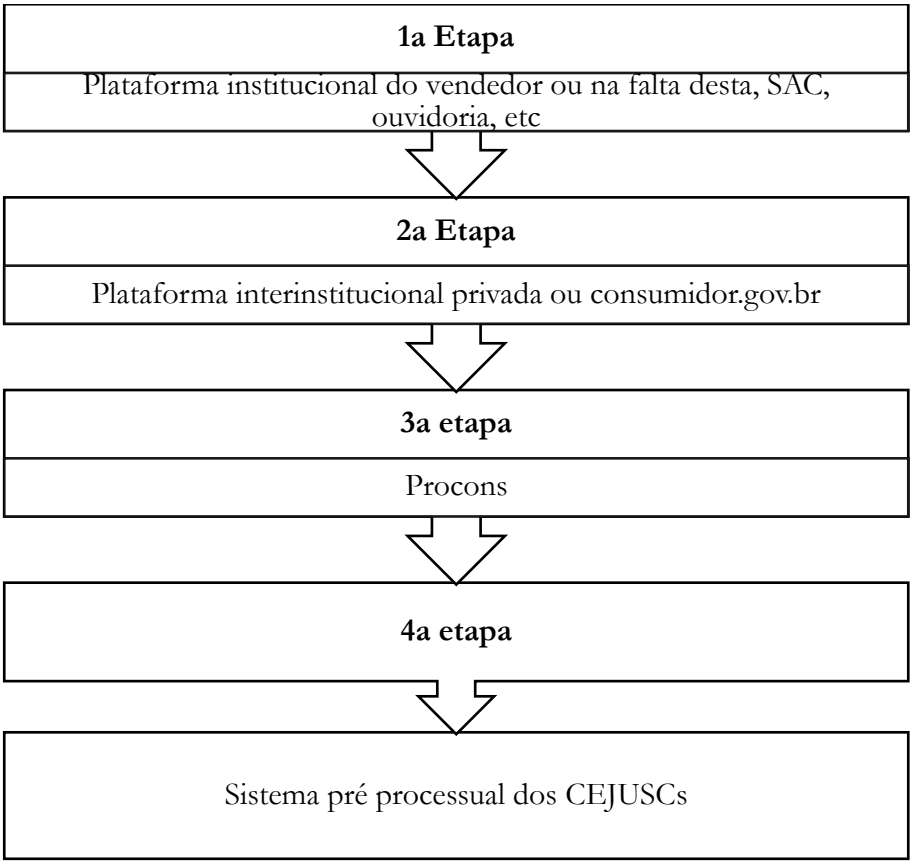
O sistema pré processual eletrônico dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania – CEJUSCs dos tribunais pode constituir uma investida prévia à judicialização. A figura 1 abaixo sugere um direcionamento ao consumidor que privilegia a resolução digital dos conflitos.

[19] "Plataforma interinstitucional" é aquela que reúne um conjunto de empresas como, por exemplo, o ReclameAqui.

[20] Cf. Mercado Livre Brasil. Como abrir uma reclamação no Mercado Livre, 16 de outubro de 2019. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=aR8LbXM4uQs> acesso em 19 de novembro de 2020.

[21] Cf. Reclamações no Procon RJ < http://www.procononline.rj.gov.br> acesso em 19 de novembro de 2020.

Figura 1: Gradação entre plataformas de solução de conflitos de consumo



Fonte: elaboração das autoras

É importante ressaltar que esta orientação não pode prejudicar o adquirente no seu direito de reclamação que, em geral, deve observar um prazo a partir do recebimento do produto ou da prestação do serviço. De todo modo, a interface com a empresa é uma etapa inicial fundamental e mesmo a reclamação no consumidor.gov.br exige este primeiro contato. De todo modo, essas sugestões não são vinculativas.

O direcionamento a nível governamental (através da SENACON, por exemplo), tal como ocorreu na União Europeia, parece ser o caminho mais propício para que o efeito pretendido de maior eficiência no acesso à justiça através

de uma capacidade de resposta mais rápida das empresas não comprometa qualquer direito do consumidor.

CONCLUSÃO

O uso da *internet* para a realização de diversas operações cotidianas contribuiu para o crescimento das relações pessoais e profissionais, mas também potencializou o surgimento de conflitos. Nos EUA, a utilização de tecnologia para a solução de disputas começou no final da década de 1990 e na Europa, a primeira iniciativa de porte regional iniciou no ano 2000.

No Brasil, o uso de ODR para conflitos de consumo também remonta a 2001, mas ganhou volume mais recentemente, conforme revelam os dados abertos de plataformas interinstitucionais como o ReclameAqui e o consumidor.gov.br, por exemplo.

Com o decorrer do tempo, a diversidade de plataformas de resolução de disputas contribuiu para ampliar o número de demandas recebidas pelas empresas, sobretudo as com grande atividade no comércio eletrônico, tendo em vista que os consumidores frequentemente relatam o mesmo problema em vários canais e sobrecarregam o setor de atendimento. A consequência inevitável é o aumento do tempo de respostas dessas organizações aos seus clientes.

A elaboração de um direcionamento em etapas quanto à utilização dos sistemas de gestão de conflitos beneficiará a todos os agentes de mercado na medida em que deve reforçar como primeiro estágio o contato com o vendedor (preferencialmente por meio digital) para o relato do ocorrido e a tentativa de solução consensual.

Nesse sentido, uma medida simples como um guia ou cartilha construída e divulgada a nível governamental repercutirá em uma maior eficiência tanto do sistema de proteção e defesa do consumidor quanto do acesso à justiça na medida em que proporciona mais objetividade e um melhor aproveitamento dessas plataformas, com ampliação das chances de desjudicialização dessas questões consumeristas.

REFERÊNCIAS

Anatel assina termo de cooperação com CNJ e Senacon sobre resolução de controvérsias, 8 de novembro de 2019. Disponível em <https://www.anatel.gov.br/institucional/o-que-e-rss/104-home-institucional/2437-anatel-assina-termo-de-cooperacao-com-cnj-e-senacon-sobre-resolucao-de-controversias> último acesso em 1 de novembro de 2020.

ANEEL assina acordo com Ministério da Justiça para integrar Consumidor.gov.br, 26 de novembro de 2019. Disponível em <https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset_publisher/zXQREz8EVlZ6/content/aneel-assina-acordo-com-ministerio-da-justica-para-integrar-consumidor-gov-br/656877?inheritRedirect=false> último acesso em 1 de novembro de 2020.

ANTAQ e Senacon assinam acordo de cooperação técnica, 12 de março de 2020. Disponível em <http://portal.antaq.gov.br/index.php/2020/03/12/antaq-e-senacon-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica/> último acesso em 17 de novembro de 2020.

BRAGANÇA, Laurinda; BRAGANÇA, Fernanda. Resolução digital de conflitos de consumo: um estudo comparado de funcionamento e eficiência entre o consumidor.gov.br e a RLL. In: LOURENÇO, Haroldo et. Al. Leituras de Solução de conflitos. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2019, pp. 30-42.

CEBOLA, Cátia Marques. ADR 3.0 @ Resolução Online de conflitos de consumo em Portugal. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, v. 5, n. 22, pp. 65-92, junho de 2016.

Centro Europeu do Consumidor Portugal. Como resolver o seu conflito de consumo sem passar pelos tribunais, 2016. Disponível em < https://cec.consumidor.pt/topicos1/resolucao-de-conflitos-/meios-de-resolucao-alternativa.aspx> último acesso em 18 de novembro de 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Recomendação 98/257/CE da Comissão de 30 de março de 1998 relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo. Disponível em < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998H0257&from=PT> último acesso em 16 de novembro de 2020.

FEBRABAN. Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2013. Disponível em < https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/Pesquisa%20FEBRABAN%20de%20Tecnologia%20Bancaria_2013.pdf> último acesso em 9 de novembro de 2020.

FEBRABAN. Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2020 ano-base 2019. Disponível em < https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/Pesquisa%20Febraban%20de%20Tecnologia%20Bancária%202020%20VF.pdf> último acesso em 9 de novembro de 2020.

FISHER, Roger; URY, William. Getting to Yes. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 1981.

GELHORN, Walter. Ombudsmen and Others. Cambridge: Harvard University Press, 1966.

IAVARONE-TURCOTTE, Clea. Et s'il était possible d'obtenir justice en ligne? Lex Electronica, vol. 17.2, pp. 1-13, 2012.

KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. Digital Justice: technology and the internet of disputes. New York: Oxford University Press, 2017.

Mercado Livre Brasil. Como abrir uma reclamação no Mercado Livre, 16 de outubro de 2019. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=aR8LbXM4uQs> último acesso em 19 de novembro de 2020.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Diretiva 2013/11/EU sobre resolução extrajudicial de litígios de consumo e que altera o Regulamento (CE) n. 2006/2004 e Diretiva 2009/22 /CE de 21 de maio de 2013. Disponível em < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011&from=LT> último acesso em 18 de novembro de 2020.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Regulamento (UE) no. 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que altera o Regulamento (CE) no. 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Regulamento RLL). Disponível em < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=PT> último acesso em 18 de novembro de 2020

PATOUL, Fabrice de.; CRUQUENAIRE, Alexandre. Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation: quelques réflexions inspirées par l'expérience ECODIR. Lex Electronica, v. 7, n. 2, 2002. Disponível em < https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/9402/articles_139.htm?sequence=1&isAllowed=y > último acesso em 10 de novembro de 2020

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto no. 10.197 de 2 de janeiro de 2020. Altera o Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015, para estabelecer o Consumidor.gov.br como plataforma oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a autocomposição nas controvérsias em relações de consumo. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10197.htm> último acesso em 17 de novembro de 2020.

ORÇAMENTO PARTICIPATIVO COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. Contribuições para o debate e casos

Claudia Gurgel
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro-UNIRIO
Rio de Janeiro/Brasil.
claudia.amaral@unirio.br

Resumo: O presente estudo tem por objetivo contextualizar as experiências do orçamento participativo em cidades eleitas nos diferentes países e análise das diferentes modelagens a partir da dimensão normativa. A metodologia eleita privilegia a pesquisa básica e estratégica, sendo o objetivo descritivo e exploratório. O levantamento dos dados se deu por meio das informações colhidas das publicações existentes. O trabalho está organizado em quatro partes. Na primeira o marco teórico para fundamentar as bases da pesquisa e delimitar os conceitos; na segunda, de caráter descritivo a experiência inicial brasileira do orçamento participativo, em seguida, item 3, a dimensão normativa na qual se deu a construção desse modelo de democracia em nas experiências eleitas. Na quarta a metodologia. Nas considerações finais uma análise interpretativa sobre a relação entre participação e representação e os avanços e retrocessos da participação cidadã nas realidades pesquisadas. As considerações finais estão voltadas ao retrocesso e avanços nas realidades apresentadas a partir dos dados.

Palavras-Chave: orçamento participativo, democracia, cidadania ativa.

INTRODUÇÃO

Aproximadamente desde a década de sessenta do século passado, a democracia se colocou como assunto comum das importantes questões políticas e nas teorias de vanguarda. No âmbito dos estudos, surgiram as teorias elitista, corporativista liberal, majoritária, participativa e deliberativa**.** Assim, a justificativa e relevância temática podem ser identificadas em razão do contexto das discussões acadêmicas sobre a crise no modelo de democracia representativa, acrescidas das reflexões a favor dos mecanismos de controle social sobre o Estado e do empoderamento da sociedade civil, elevando suas potencialidades no ideário de se democratizar a democracia no caminho da democracia participativa.

Entendida como um modelo viável, a participação democrática assumiu durante a maior parte do século XX um lugar central no debate político, e, se

mantém como tendência no início do século XXI com o crescimento de experimentos que estão a se difundir pelo mundo. Outras perspectivas, além do número, também são percebidas: a sua expansão pelo mundo se deu em sua esmagadora maioria no nível local de poder local, e as metodologias se diferem em razão das idiossincrasias de cada país.

Por certo que um liame as une: muitas das experiências de participação democrática se apresentam como contrárias à democracia de baixa intensidade (democracias liberais representativas), contribuindo para aproximar representados dos representantes e tornando possível recuperar a confiança perdida, visando a construção de uma sociedade mais ativa politicamente.

Baseadas em princípios de reciprocidade, corresponsabilidade, cooperação e solidariedade, as experiências de participação ativa demonstram um potencial de eficácia e eficiência governativa nas escolhas das políticas públicas de interesses sociais, e estimula a prática cotidiana de uma ação coletiva transformadora.

Todavia, a nova modelagem de governança participativa ainda é rechaçada por muitos que ainda fundamentam serem os políticos eleitos os mais preparados para dirigir as escolhas públicas.

Depois de trinta anos da primeira experiência de Orçamento Participativo implementado na cidade brasileira de Porto Alegre-Brasil, hoje com mais de mil experimentos pelo mundo, essa experiência pode ser o meio eficaz para modelar uma nova face da governança: a governança participativa.

Em razão desasa considerações, se faz pertinente e atual o aprofundamento dos debates sobre a emancipação social na perspectiva da democracia de alta intensidade, com foco nas políticas públicas e ênfase nas políticas sociais inclusivas.

O Objetivo deste artigo é a apresentação da dinâmica participativa em cidades nas quais os respectivos países, a partir das Constituições e da legislação, elegeram a democracia como sistema e a participação como um dos instrumentos. Desta análise, tendo como ponto central a dimensão normativa, será possível identificar a modelagem da ferramenta participativa eleita e seu desenvolvimento nas realidades apontadas. A ferramenta eleita é o Orçamento Participativo (doravante OP). Eleita a ferramenta de participação institucionalizada e ambientada em esferas públicas, pretende-se de forma muito preliminar apontar as implicações políticas e circunstancias sociais que apontam para o sucesso e ou fracasso

desse processo de ressignificação de governança pela cogestão das políticas públicas em geral.

A metodologia eleita tem como método o hipotético-dedutivo sendo os procedimentos o bibliográfico e o documental. A construção da pesquisa toma por base os textos constitucionais e a legislação. No âmbito da Comunidade Europeia as Cartas, Recomendações e outros documentos publicados pelos órgãos legislativos da EU também fazem parte deste corpo.

1. Referencial teórico

Desde meados do séc. passado e mais precisamente a partir da década dos anos oitenta, novos caminhos para vivenciar a democracia vêm sendo experimentados em diferentes países pelo mundo. A democracia participava em linhas gerais abarca diferentes realidades metodológicas, mas a lógica é a mesma: maior participação social nas escolhas das políticas públicas desafiando os pilares das teorias elitistas da democracia segunda a qual a noção da restrição da participação política em nome da complexidade técnica e da racionalidade que requer a Administração moderna. Nesta linha, a crítica às teorias elitistas se faz presente pelos arranjos e desenvolvimentos das ferramentas participativas, amoldadas às idiossincrasias das cidades. Giovanni Sartori sustenta que a participação eleitoral não é participação real, pois o sentido de participação democrática é outro, a participação é um tornar parte pessoalmente, e um tornar parte desejado, auto ativado. Ou seja, participação não é um simples 'fazer parte de' (um simples envolvimento em alguma ocorrência), e menos ainda um 'tornado parte de' involuntário. Participação é movimento próprio e, assim, o exato inverso de ser posto em movimento (por outra vontade), isto é, o oposto de mobilização. (SARTORI,1994 p. 159).

Identificado como ferramentas ou como prefere Avritzer - Instituições Participativa (IP), não se olvida que no quadro brasileiro, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreram, de forma acentuada, mudanças na interação do Estado com a sociedade. Entre tais mudanças, merece destaque o processo de constituição, disseminação e operação de instituições participativas – formas diferenciadas de incorporação de cidadãos e associações da sociedade civil na deliberação sobre políticas públicas. (AVRITZER, 2008). Dentre a pluralidade das IP emergentes, destaca-se o Orçamento Participativo como a inovação mais conhecida e mais influente no mundo, no decorrer da década de 90 Séc.XX em diante.

Por certo uma das inovações radicais trazidas pelo OP foi a de quebrar a caixa de pandora do principal instrumento de gestão do Estado: o orçamento público. O OP tornou realidade a presença ativa e popular neste instrumento.

Nesta linha, a democracia participativa surge como uma reposta às democracias liberais ocidentais. Essas ao imporem um modelo hegemônico único e universal, passaram ao longo das últimas décadas por uma degradação na qualidade da democracia, levando a uma perda do pluralismo das ideias, por ser hostil à participação ativa social. As democracias liberais neste contexto estão em crise e sofrem da chamada dupla patologia: a patologia da participação, sobretudo em vista do aumento dramático do abstencionismo; e a patologia da representação, o facto dos cidadãos se considerarem cada vez menos representados por aqueles que elegeram. (SANTOS,2002).

Segundo Avritzer, é uma política participativa local, que responde às demandas dos setores da população urbana organizada e entre os objetivos a serem almejados está o da distribuição mais justa do erário. O OP como instrumento inclusivo tem por dinâmica reunir atores sociais, membros de associações de bairro, e cidadãos comuns em um processo de negociação e deliberação com o Estado, tanto nas funções executivas como na legislativa. (AVRITZER,2003 p.17).

Com base nessas lições, um conceito propomos: Concluímos que o orçamento participativo pode ser entendido como um instrumento de governança democrática de cooperação, assentado na participação direta dos cidadãos, por processos reflexivos de debates em consulta e/ou em codecisão deliberativa, dinamizado nas esferas pública, objetivando eleger as prioridades de investimentos do orçamento público em um determinado território, exigindo por parte do poder público a contra partida da transparência. (conceito nosso.)

2. A experiência inicial do orçamento participativo. Do Brasil para o mundo.

Na trajetória brasileira desde 1987 inúmeras cidades brasileiras aplicaram ou ainda estão a aprimorar a ferramenta participativa, e em muitas delas o OP está previsto e regulamentado nas respectivas legislações locais. Em pesquisa levantada pela rede brasileira de orçamento participativo, o número de

experimentos de OP aumentou de 13 cidades em 1989 para 482 cidades em 2015. (Rede Brasileira, 2015.)

Com o processo de reconstrução de uma nova democracia brasileira, Assembleia Constituinte de 1986/87 não ficou ao largo das questões políticas sobre as novas ondas da democracia. Ao contrário, fortaleceu os elos com a tendência que já vinha ganhando vigor no mundo e internamente, e por meio de bates e a presença ativa dos cidadãos, da representação da sociedade civil e dos movimentos sociais historicamente consagrados, direcionaram muitos dos trabalhos na direção da participação social nas escolhas públicas. Assim, por conseguinte, o Texto de 1988 apresenta não só os mecanismos de participação semidireta (plebiscito e referendum), mas, ao lado do sufrágio universal sobressai a democracia direta, no dizeres do parágrafo único do artigo 1º. "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"; inaugurando a onda da democracia participativa e rompendo com a tradicional e pura democracia representativa. Aliou representação à participação popular direta. Mas essa análise não se esgota nesse único dispositivo, em mais de 20 dispositivos a Constituição Brasileira ratifica e fortalece a democracia participativa, podendo citar nesse contexto os artigos 10; 37, §3º; 187; 216, §1º; 225; e 227e §1°), a participação comunitária na gestão democrática e descentralizada da seguridade social, da saúde, assistência social e ensino público (artigos 194, § único, VII; 198, III; 204, II; e 206, VI, no controle judicial dos atos da Administração mediante ação popular e ação civil pública (artigos 5º,LXXIII e 129, III), bem como a provocação do controle externo diante de irregularidades nas contas públicas (artigo 31 e 74, §2º).

No curso dos anos, a produção legislativa, a partir desse desenho constitucional participativo, também foi presente e o grande destaque fica por conta do Estatuto da Cidade - Lei 10.257/01. Em sintonia com as diretrizes constitucionais sobre a reforma urbana (arts.182 e 183), esta lei destinou ao nível local de poder o protagonismo das experiências participativas na gestão pública, pois ao traçar as normas gerais para uma boa gestão democrática, indica as ferramentas participativas que devem ser implantadas pelo gestor municipal. Vale destacar os artigos:

> Lei 10.257/01.
> art.4º Para os fins desta lei serão utilizados, entre outros instrumentos:
> (...) *f)* gestão orçamentária participativa.
> (...)

> Capítulo IV Da Gestão Democrática da Cidade
> art. 43. dispõe que para se efetivar a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:
> I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;
> II – debates, audiências e consultas públicas;
> III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;
> IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

A partir desse marco legal, com aproximadamente 5700 cidades brasileiras, o poder local obrigatoriamente teve que se amoldar.

Das cidades brasileiras que adotam o OP o destaque até hoje é o desenvolvido na cidade de Porto Alegre (POA). Historicamente teve início no Governo de Olívio Dutra em 1989 e é a experiência pioneira no mundo. Vale aqui relembrar que esta experiência ganhou mundo a partir da década de 1990, tornando-se o paradigma para tantos países que cultivam a participação social pelo orçamento Participativo. Um dos fatores expressivos na internacionalização do experimento brasileiro se deu em 1996 na Conferência de Istambul, Habitat II da ONU, ou Cúpula das Cidades, que reconheceu o Orçamento Participativo de POA como uma das 40 melhores práticas de gestão pública urbana no mundo, tornou-se assim uma referência. Por sua vez, o Banco Mundial também na mesma ocasião reconheceu o processo de participação popular de Porto Alegre como um exemplo bem sucedido de ação conjunta entre Governo e sociedade civil.

De tantas inovações trazidas, o Orçamento Participativo da cidade de Porto Alegre ainda é referência. Nesses anos, pode-se dizer que ele representou, à luz da teoria da democracia participativa e deliberativa, o início de um processo de construção tanto para nova onda de democracia bem como uma nova política orçamentária, trazendo significativas transformações nas práticas de planejamento e de elaboração dos orçamentos.

Não se olvida que por seu intermédio possibilita-se a elaboração de políticas públicas objetivando tornar a "máquina pública" mais eficiente no uso dos recursos devido ao caráter de controle dos gastos pelos cidadãos, na concepção mais estreita de uma *social accountability*. Podem ser citadas como principais características do OPPOA pela sequência ininterrupta da administração popular da cidade: a adoção dos mecanismos de democracia direta; a ampla participação dos

cidadãos na tomada de decisões sobre os investimentos do município; a inversão de prioridades; a integração de políticas de gestão pública; a qualificação dos espaços públicos, entre outros.

Na dimensão normativa, por ser o Brasil uma federação, cada cidade possui uma Lei Orgânica Municipal (LOM), que entre outros pontos delineia a estrutura da máquina pública. A normatização da participação social na vida política na cidade de Porto Alegre é um destaque na Lei Orgânica Municipal, com expressa menção à soberania popular e a institucionalização de Conselhos Municipais participativos.

Descrita em um rol de artigos sobressai a força da participação. No texto legal, o CAPÍTULO VII - Da Soberania e da Participação Popular – dispõe no artigo 97 que a Soberania Popular se manifesta quando a todos são asseguradas condições dignas de existência e será exercida, em especial, "pela participação popular nas decisões do Município e no aperfeiçoamento democrático de suas instituições", bem como "pela ação fiscalizadora sobre a administração pública" (art. 97, V e VI). A institucionalização dos Conselhos Municipais está prevista no artigo 101 da LOM: "Os conselhos municipais são órgãos de participação direta da comunidade na administração pública, tendo por finalidade propor, fiscalizar e deliberar matérias referentes a cada setor da administração, nos termos de lei complementar".

No que concerne ao Orçamento Participativo, a LOM, no capítulo destinado à elaboração das Leis Orçamentárias, expressamente garante participação social na elaboração das leis orçamentárias, conforma abaixo se verifica:

> Art. 116 - Leis de iniciativa do Prefeito Municipal estabelecerão:
> I – o plano plurianual;
> II – as diretrizes orçamentárias;
> III – os orçamentos anuais.
> § 1º – Fica garantida a participação da comunidade, a partir das regiões do Município, nas etapas de elaboração, definição e acompanhamento da execução do plano plurianual, de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual.

Ao se compreender políticas públicas como o conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado voltadas ao interesse público e vinculadas a efetivação de direitos básicos da sociedade, faz com que o Orçamento Participativo, o de

Porto Alegre, venha ser há mais de 30 anos um exemplo de política pública orçamentária participativa.

Em pesquisa realizada por Claudia Gurgel e Francisco, apesar dos números atuais, os relativos aos anos de 2011 a 2015 apresentarem uma crescente participação social, em mais de 30 anos de vida útil, pesquisa realizada demonstrou entre 2016 a 2018, houve uma baixa. A pouca participação dos cidadãos, nos anos de 2017 e 2018 em comparação com o número de habitantes, o que apontou para um desgaste na estrutura representativa do OPPA. Dados coletados demosntram que o fato de no ano 2017, o OPPOA apresentava 2.395 demandas represadas, sendo a mais antiga de 1994, pode ter influenciado essa queda. A comunidade vinha às assembleias, aprovava as demandas novas, se colocava no livro do OP, mas elas não eram executadas. (Amaral e Toniolo, 2018).

Foi preciso se reinventar para avançar.

Atualmente segundo o site oficial, também em formato digital, a plataforma online foi a nova aposta da prefeitura para ampliar a transparência e o domínio dos cidadãos sobre a gestão pública. Em publicação oficial editada pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre OP 2019/2020 (entre 7 de outubro e 11 de novembro de 2019), registrou 23 encontros presenciais no total. A votação por meio digital foi um sucesso, com 17.152 visitas à plataforma, 2.599 usuários cadastrados, 15.418 votos nas prioridades temáticas, 74 propostas publicadas online e 2.081 mensagens de apoio às propostas. (PREFEITURA DE PORTO ALEGRE, 2019).

3. As experiências dos orçamentos participativos nas democracias eleitas: A dimensão normativa como destaque.

Na atual fase de internacionalização e na observância de critérios conforme a idiossincrasia de cada país aponta Dias que o OP está presente nos cinco continentes. Dados mais recentes publicados apontam que pelo mundo estima-se que existam entre 11.690 a 11.825 experimentos de OPs em 71 países. É na Europa que se concentram39% dos OPs de todo o mundo (ente 4577 e 4676). Portugal, Espanha e Alemanha e França e Polônia aparecem como os países que desde o início dos anos 2000 vêm dando visibilidade no desenvolvimento e aprimoramento desse modelo na Europa (Dias, 2009).

Cinco são as fases na história do orçamento participativo que podem ser indicadas:

1)1989-1997: A experiência de Porto Alegre, a expansão do Brasil em 140 cidades com diferenças metodológicas;

2)1997-2000: América Central e do Sul (aproximadamente 30 experimentos locais, entre os quais se destacaram: El Salvador; Colômbia, Equador; Argentina, Peru, Bolívia, Chile, Costa Rica, Venezuela, Guatemala, Uruguai, República Dominicana, Paraguai, México);

3)2000-2007: A expansão no mundo com o sucesso dos Fóruns Sociais Mundiais e em alguns países na Europa, a saber: Inglaterra, Bélgica, França, Itália, Alemanha, Portugal e Espanha polônia;

4)2007-2010: O desenvolvimento de redes nacionais e internacionais no Brasil, Espanha, Portugal);

5)2010-2019: A expansão na França; Cabo Verde, África do Sul, Moçambique e nos USA nas cidades de Boston, Nova York, São Francisco e Saint Louis; Canadá em Toronto.

Nesta expansão do OP pelo continente Europeu, deve ser destacada a dimensão normativa dos órgãos e Comitês Europeus.

Desde o início desse milênio, os mecanismos pelos quais os cidadãos se envolvem com a política local estão mudando rapidamente, desafiando as estruturas políticas tradicionais. As autoridades europeias locais enfrentam o desafio de buscar novos mecanismos para interagir com os cidadãos e responder às demandas, em uma nova realidade a cada dia mais heterogênea e multirracial. Promover o desenvolvimento das cidades diante desses desafios não é tarefa fácil.

Na evolução dos documentos europeus sobre cidadania pró ativa e poder local, é necessário relembrar o papel do Conselho da Europa, em especial do Comitê de Ministros. Em reunião em dezembro de 2001 sobre o tema "Conselho da Europa - recomendação sobre participação dos cidadãos na vida pública local**"** marcou uma reviravolta ao fazer publicar a Recomendação de número 19 aos Estados-Membros da UE sobre a participação dos cidadãos na vida pública a nível local.

Esse documento orientador fez constar a importância da participação dos cidadãos no fortalecimento dos princípios e valores democráticos, chamando

a atenção para o Poder local como o centro fomentador dos mecanismos de participação, no reforço à estabilidade dos fundamentos democráticos.

Em 2018, tendo em conta a necessidade de atualizar a recomendação Rec (2001) 19, e de acordo com o princípio da subsidiariedade, foi publicada a Recomendação CM / Rec (2018) do Comitê de Ministros aos Estados membros sobre a participação dos cidadãos na vida pública local. Por esta nova redação, as autoridades locais devem assumir um papel de liderança na promoção da participação dos cidadãos. Esse compromisso é fundamental para o sucesso de qualquer política de participação democrática local.

De forma geral, pode-se afirmar que essas Recomendações adotadas pelo Conselho da Europa têm como principal objetivo reforçar a participação dos cidadãos na vida pública local, definindo como diretrizes do envolvimento das autoridades locais na concepção de políticas que visem à participação dos cidadãos com base nos princípios enunciados nas Recomendações acima citadas.

Neste sentido, o desenvolvimento das cidades dos países da UE deve andar no mesmo compasso do fortalecimento da democracia ativa e de proximidade, bem como a adoção de um quadro legal que permita às autoridades locais dispor de um conjunto de instrumentos que promovam essa participação.

3.1 A experiência Portuguesa: Do local ao nacional.

Portugal é o país que mais se destaca no desenvolvimento e aperfeiçoamento do OP no continente.

De início vale registrar que Portugal é definido constitucionalmente como um Estado de direito democrático, tendo expressamente como um dos objetivos o aprofundamento da democracia participativa. Segue o texto:

> Artigo 2.º da Constituição Portuguesa: "A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa".

Malgrado ser um país unitário, a CRP de 1976 num movimento municipalista integrou os municípios na organização democrática do Estado, rompendo

com o municipalismo corporativo e instituindo uma nova estrutura ao poder político: o Poder Local. Pela primeira vez em Portugal o Estado reconheceu às Autarquias locais o estatuto de Administração autônoma constitucionalmente garantida, deixando de integrar a administração indireta.

A Autarquia local pode ser definida como um órgão inerente à organização democrática do Estado, sendo esta democracia, uma democracia descentralizada. A tutela administrativa sobre as autarquias locais circunscreve-se à verificação do cumprimento da lei pelos órgãos autárquicos, ou seja, o Estado exerce sobre as autarquias apenas uma tutela de legalidade, não efetuando qualquer avaliação do mérito dos atos dos seus órgãos. Assim, a autonomia local é um princípio constitucional que rege as relações entre o Estado e as Autarquias e corresponde a uma reserva de liberdade da autarquia face ao Estado. (MONTALVO,2003).

Dados recentes sobre os OPs no cenário Português foram levantados em estudo feito por Allegretti e Dias. Ambos apontaram que Portugal teve entre 2002 e 2013 77 experiências de Orçamento Participativo, mas, em 2012, foi um período em que se constatou "uma elevada 'taxa de mortalidade' dos OPs", que afetou sobretudo aqueles nos quais os cidadãos apresentavam propostas, mas não podiam decidir quais seriam concretizadas, (modelo de OP somente consultivo). (ALLEGRETTI e DIAS,2014).

Esses números sofreram mudanças significativas e positivas alguns anos depois. Em 2016, Portugal já contava com 50 novos experimentos de OPs. Somados aos 68 existentes, foram 118 órgãos do poder locais comprometidos a envolver os cidadãos na tomada de decisão sobre os recursos públicos.

Na senda, desta adesão, Portugal lidera o topo da classificação mundial dos OPs. Nos últimos 14 anos cerca de 150 municípios já recorreram ou continuam com a ferramenta de participação cidadã. Os 118 casos "ativos" distribuem-se por 68 municípios, 20 freguesias e 30 iniciativas. Num total de 209 processos iniciados, 54% continuam ativos. Para os OPs locais foram destinados no ano passado quase 20 milhões de euros e, nos últimos 10 anos um total de 91 milhões.

Na história dos OPs portugueses, eram eles de início habitualmente do modelo consultivo e não vinculativos, ou seja, um modelo no qual não se admite o voto decisivo dos cidadãos nos projetos vencedores. A tendência atual é um quadro completamente oposto, verifica-se uma significativa diminuição (ou

mesmo extinção) do modelo consultivo, na prática sobrando apenas quatro, vindo a cada ano o modelo deliberativo a se fortalecer nos demais casos. Outra tendência portuguesa é a presença de OPs Jovens direcionados ao público escolar, ao lado do OP da cidade a todos os cidadãos que moram ou trabalham no local.

Em 2016 foi o ano da criação do primeiro OP desenvolvido a nível nacional. O Governo português inscreveu uma verba de três milhões de euros na sua proposta de Orçamento de Estado para ao a 1ª. Edição em 2017.

Das experiências portuguesas locais virtuosas além de Lisboa, a dos Concelho de Cascais é um celeiro de inovações no quesito participação. Não poderia ser diferente com o OP. Este Conselho está inserido na Área Metropolitana de Lisboa, e tem uma área de 97,40 km², sendo constituído por 4 freguesias: Alcabideche; Carcavelos e Parede; Cascais e Estoril, e São Domingos de Rana. Em 2018 a expectativa aproximada é de 212.474 habitantes.

O Orçamento Participativo foi iniciado em 2011 e está na 20.ª edição pelo qual os cidadãos já decidiram a aplicação de 28 milhões de euros. Também com caráter deliberativo desde o início, com certeza é esse o elemento propulsor do sucesso. Distribuindo-se a verba disponível – até 300.000 euros aprox. por projeto, sendo que a cada ciclo aproximadamente são destinados 1,5 milhões de euros. Já na era da informatização, o OP de Cascais conta com sessões *on line* e presenciais, utilizando ferramentas para votação como SMS e pelo site. Em 2019 participaram 1184 pessoas e foram apresentadas em plenário 242 propostas. Atualmente a experiência de Cascais conta com três seguimentos de OP; a saber:

1) OP local: Tem como público alvo todos os cidadãos que moram ou trabalham em Cascais; 2) o Op Jovem que desde 2016 está voltado à população escolar do Concelho entre os níveis básico (2.º e 3.º ciclos) e secundário;

3) A partir de 2019 o OP universitário em Cascais foi criado. A Câmara Municipal de Cascais foi convidada pela Nova School of Business and Economics - (Nova SBE), para em parceria realizar o OP na Nova SBE e alargar este conhecimento democrático aos estudantes do novo Campus de Carcavelos. O teto orçamental inicial programado foi de 20.000 euros, verba suportada em partes iguais pela Nova e pela CMC. (CASCAIS, 2019).

3.2 A experiência francesa

Na França, a ideia central é o princípio da organização descentralizada da República Francesa (art. 1 da Constituição de 1958), que garantiu a consolidação da política de descentralização e, ao mesmo tempo, a autonomia financeira das autoridades locais.

Deve-se mais uma vez mencionar os tratados da União Europeia que influenciaram os direitos das autoridades locais e a autonomia. Eles foram adotados pelos Estados membros em 1985 e ratificados pela França em 2006. Desde os anos 90, a França testemunha o crescimento das experiências locais com o título geral de "participativo", ou 'democracia de proximidade', na grande parte iniciada no município local ou mesmo no distrito, mas gradualmente se espalhou nas esferas mais amplas, por exemplo, a regional.

Assim, no âmbito legislativo nacional francês é possível indicar duas etapas: uma primeira, no início dos anos 80 em um processo de descentralização administrativa para um regime democrático mais participativo nas questões de interesse público. As primeiras leis de descentralização "*De ferre*", 1982-1983, entre seus objetivos figurava o de aproximar o cidadão na tomada de decisão. A lei n° 95-115, de 4 de fevereiro de 1995, modificada pela lei n ° 99-533, de 25 de junho de 1999, trouxe orientações para o planejamento e o desenvolvimento sustentável do território das cidades. Numa segunda etapa, a legislação evoluiu na direção da criação das ferramentas participativas: Consultas, Conselhos de bairro e municipais e o Orçamento Participativo fortaleceram a ideia de "democracia de proximidade". Desde então, os principais atores se tornaram as comunidades locais - municípios, departamentos, com a descentralização e desconcentração da ação pública por proximidade. É importante também fazer referência à Lei de 27 de fevereiro de 2002 - conhecida como lei de Vaillant - relativa à "democracia de proximidade", que propõe a participação social, ao institucionalizar os conselheiros de distrito nas regiões francesas com cidades de mais de 80.000 habitantes, codificando assim uma etapa adotada por muitas Comunas.

Atualmente entre os experimentos participativos franceses aquele que mais se destaca é o Orçamento Participativo (OP). Se no início dos anos 2000 apenas alguns municípios se lançaram nesta iniciativa, um crescimento exponencial aconteceu a partir de 2014, período de um interesse renovado após as eleições municipais.

Conforme pesquisa realizada pelo instituto "LesBudgetsParticipatifs", havia vinte e um cinco experimentos de OP em 2016, passando para quarenta e

sete em 2017, e a última contagem mostra noventa orçamentos participativos, incluindo oitenta cidades comprometidas e dois departamentos, Gers (3% do orçamento de investimento) e Loiret, apenas para parques naturais. No total cerca seis milhões de franceses envolvidos. Em Paris, OP está em vigor desde 2014 e se destaca pelo vultoso orçamento, o maior de toda Europa. Os cidadãos parisienses decidem como aplicar 5% do orçamento de investimento, aproximadamente 100 milhões de euros. Permite financiar realizações na escala da cidade, outras no nível dos distritos, com uma cota para escolas ou distritos em dificuldade.

Os últimos resultados do OP parisiense demonstram uma tendência dos cidadãos na preocupação com a sustentabilidade das cidades. Os habitantes que participaram dos últimos OP de Paris buscam melhorar seu ambiente de vida ou promover a natureza na cidade: colocando caixas de flores, arranjando um lugar, desenvolvendo hortas ou colmeias urbanas, reflorestamentos, em segundo plano, mas também importantes para temática estão os projetos relacionados ao transporte bio (instalações para bicicletas) ou ao esporte; projetos econômicos e de solidariedade (armazenamento de bagagem para desabrigados, espaços de coworking etc.).

3.3 Experiência espanhola.

Com base nas experiências da América Latina, alguns países europeus adotaram a ferramenta participativa do OP, e a Espanha não ficou longe. Começou a ser testado de forma pioneira em 2001 em três municípios da região Andaluzia: Córdoba, Las Cabezas de San Juan e Puente Genil, mas nenhum dos quais o manteve. Num crescente o número de experiências aumentou significativamente, passando de 12 experiências em 2004 para mais de 70 experiências em 20108. Em 2015, foram 18 capitais e os últimos dados coletados 2017 a Espanha vivenciou 150 experiências do OP. Até 2010, a Espanha era o país europeu com mais experiências de grande qualidade numa perspectiva europeia. Na atualidade em pesquisa recente publicada recente, os processos mais conhecidos na Espanha estão localizados em Madrid e Barcelona. O experimento de Madri iniciou em 2015/6 e inovou na utilização de novas tecnologias facilitando os processos participativos, o que por certo influenciou da sua propagação em outras cidades, contudo, pela primeira vez em quatro anos a cidade não convocou orçamentos participativos em 2020, pois a direção administrativa escolheu executar alguns

projetos pendentes. Atualmente são em torno de 1.000 projetos inacabados. (EL DIÁRIO.es, 2019)

Pela primeira vez em Barcelona, orçamentos participativos são promovidos para a cidade como um todo. 75 milhões de euros foram reservados do orçamento municipal para que os vizinhos possam decidir como os querem investir. Mesmo em 2020 as atividades estão se desenvolvendo com as reuniões, em plataformas digitais. (DECIDIN BARCELONA,2020)

Atualmente em 2020, pelos dados do site "hablemos de gestion", até o momento, existem mais de 150 populações na Espanha que fizeram ou estão em processo de fazer orçamentos participativos.

4. Da Metodologia aplicada: As dimensões aplicadas para análise.

A presente pesquisa caracteriza-se como básica estratégica, pois teve como finalidade apenas avançar no tema e demonstrar o conhecimento científico mais aprofundado. É também uma pesquisa exploratória e descritiva. Exploratória porque permite aos pesquisadores, com base numa teoria, aumentar os conhecimentos sobre um determinado problema e aprofundar o estudo de uma realidade específica, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses para estudos futuros. É descritiva porque visa descrever, com exatidão, os fatos, características e fenômenos da realidade estudada e estabelecer possíveis relações entre elas e suas variáveis. (TRIVIÑOS, 1987; GIL, 1994). O trabalho segue como método o indutivo, pois analisou alguns casos específicos e a partir daí tirar conclusões gerais. Na técnica da abordagem quanto à forma é quali-quantitativo, pois as informações coletadas foram analisadas de forma valorativa, objetivando interpretar para chegar as suas conclusões. (Valoração dos dados).

4.2. Resultados obtidos. Na realidade brasileira, em especial na cidade de Porto Alegre e em Madri uma desaceleração e nas demais cidades e em especial Portugal um perfil de consolidação e avanços.

Considerações preliminares e conclusões

Com base no percurso desenvolvido nesse trabalho, na experiência brasileira, após o advento da Constituição de 1988, restou evidenciada uma simetria entre leis e normas no que concerne aos arranjos participativos. A democracia semidireta de 1988 deu início no Direito brasileiro ao novo ciclo da cidadania - uma cidadania ativa e participativa-, com reflexos na representação partidária e no *modus operandi* do gestor público ao conduzir as políticas públicas no ideário da boa governança. A nova *onda* democrática estava em marcha nas terras brasileiras - a democracia participativa -. Essa onda com o reconhecimento de Órgãos e Organismos internacionais foi iniciada com o experimento do Orçamento Participativo da cidade de Porto Alegre de 1987. Anos seguintes esta experiência ganha o mundo, e na atualidade está presente nos cinco continentes, com destaque às europeias aqui apresentadas.

O orçamento e a gestão pública que antes eram conduzidos em gabinetes fechados por meio de processos burocráticos abriram suas portas às ferramentas da cidadania e participação ativa pelo Orçamento participativo. Nesse contexto, o OP destaca-se como uma possibilidade real da cessão de parte da soberania aos participantes das arenas argumentativas, quase a totalidade são experiências conhecidas e praticadas no nível de Poder local. Assim, como bem define Avritzer soberania é cedida a um conjunto de assembleias regionais e temáticas que operam a partir de critérios de universalidade participativa. Todos os cidadãos são tornados, automaticamente, membros das assembleias regionais e temáticas com igual poder de deliberação (AVRITZER,2003).

Todavia, pode-se verificar pelos dados coletados que no curso dos OPs apresentados, os de Porto Alegre e Madri sofreram retrações. O primeiro teve que se inovar para tentar atrair o cidadão descrente do modelo, que desde 1987 não sofria alterações significativa. A atualização dos mecanismos de comunicação da era digital parece pelo documento consultado, que deu resultado positivo.

Em Madri, o não cumprimento por parte dos governos do pacto feito com a sociedade, vale dizer, cumprir no prazo as deliberações vitoriosas fez com que o OP tivesse que ficar suspenso até zerar com as pendências, que não são poucas.

Por outro lado, Portugal e França despontam no desenvolvimento do OP. Portugal investiu na construção de uma agenda participativa, começando

com experiências tanto consultivas como deliberativas no nível local, aperfeiçoando-as, e nos dias atuais conta com experimentos virtuosos como os de Cascais e Lisboa, passando há três anos para uma nova fase: a construção de uma gramática Nacional, sendo o primeiro país a ter um OP Nacional.

Na França, país com experiências participativas de democracia conhecidas desde a década de 70 do século XX com amparo em leis, chega na atualidade com o crescimento do OP em seu território. O OP de Paris salta aos olhos não só pelo volume de verba pública envolvida, mas também pelo engajamento dos cidadãos com as temáticas voltadas à sustentabilidade e meio ambiente.

Assim, malgrado a ferramenta participativa seja conhecida nesses territórios, o trato pelos governos com a gramática participativa fez a diferença.

Transparência fiscal, *accountability* social, honrar o pacto, constante atualização do sistema operacional das ferramentas participativas devem caminhar juntos no ideário de democratizar as relações entre gestor público administrador e sociedade, cooperando para uma melhor vida social. Oxalá que essa prática, com esses cuidados, seja perene e que venham mais OPs.

REFERÊNCIAS

ALLEGRETTI, G.; Herzberg, C. El retorno de las carabelas. Los presupuestos participativos de América Latina en el contexto europeu. Amsterdam/Madri: TNI Working Paper/FMI, 2004. Acesso 16.abr 2020,15:15

ALLEGRETTI, Giovanni e DIAS, Nelson. Os orçamentos participativos portugueses sofrem de uma elevada "taxa de mortalidade". https://www.publico.pt/2014/01/26/local/noticia/os-orcamentos-participativos-portugueses-sofrem-de-uma-elevada-taxa-de-mortalidade-1621102 de 26 de Janeiro de 2014. Acesso 30 out. 2020,18:17

AVRITZER, Leonardo. Limites e potencialidades da expansão democrática no Brasil. Ciclo de seminários - Fórum Social Brasileiro. Belo Horizonte: IBASE, 2003.Acesso 09 mar. 2020,12:15

AVRITZER, L. 2008. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. Opinião Pública, Campinas, v. 14, n. 1, p. 43-64, jun.

Câmara Municipal de Cascais. Câmara municipal de Cascais site: https://op.cascais.pt/orcamento-participativo/op-novasbe-2019. Acesso 30.set 2020,15:30

DECIDIM BARCELONA: https://www.decidim.barcelona/.Acesso 25.out 2020,13:15

DIAS, Nelson. O orçamento participativo não mudou o mundo. Mas teve sucesso. Jornal Público. Portugal. 20 de outubro de 2009.

EL DIARIO.es: https://www.eldiario.es/madrid/ayuntamiento-madrid-convocara-presupuestos-participativos _1_1194988.html. Acesso 25.set 2020,16:30

HABLEMOSDEGESTION.ORG :https://hablemosdegestion.org/2020/06/08/presupuestos-participativos-breve-revision-historica-e-implantacion-en-espana/ .Acesso 22.set 2020,16:30

LESBUDGETSPARTICIPATIFS. https://lesbudgetsparticipatifs.fr/blog/ Acesso 25.set 2020,15:30

MONTALVO, António Rebordão. O Processo de Mudança e o Novo Modelo da Gestão Pública Municipal, Coimbra: Livraria Almedina. (2003).

PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. POA 30 anos. Orçamento Participativo. Plano de Investimentos e Serviços 2019/2020. Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Disponível; https://drive.google.com/file/d/1WaEj8pTPj-AqWcQ_PVFrdNJs2-uED7hQ/view.Acesso12de agost 2020,14:30

REDE BRASILEIRA DE ORÇAMENTO PARTICIPATIVO. Disponível:http://portugalparticipa.pt /upload_folder/table_data/092d9900-d8b3-4fc8-8ef6-511adaf22a61/files/Apresentação%20da%20 Rede%20Brasileira%20de%20º Acesso 13.set 2020,14:30

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada: o debate contemporâneo. Traduzido por Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

TRIVIÑOS, A. S. Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação. 9. tiragem. São Paulo: Atlas, 1987.

PARA ALÉM DA PROTEÇÃO JURISDICIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: o emprego dos meios adequados de solução de conflitos

Alexander Seixas da Costa
Universidade Federal Fluminense. Professor Adjunto de Direito Civil. Departamento de Direito Privado. Doutorando PPGDIN/UFF. RJ. Brasil.
alexanderseixas@id.uff.br

Célia Barbosa Abreu
Universidade Federal Fluminense. Professor Associada de Direito Civil. Departamento de Direito Privado. Docente Permanente do PPGDIN/UFF. RJ. Brasil.
celiaabreu@id.uff.br

Pedro Paulo Carneiro Gasparri
Universidade Federal Fluminense. Doutorando PPGDIN/UFF. RJ. Brasil
pedrogasparri@id.uff.br

Resumo: A Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, e a Lei Brasileira de Inclusão, asseguram diversos direitos à pessoa com deficiência em particular o acesso à justiça pelo Judiciário. No entanto, existem outras formas adequadas de resolução de conflitos para além da solução jurisdicional, tais como a mediação e arbitragem, e neste aspecto, o presente artigo discutirá o impacto do projeto de lei 3248/19 na solução das lides envolvendo pessoas com deficiência, pela introdução do artigo 83-A no Estatuto da Pessoa com Deficiência. O trabalho estruturar-se-á em três etapas: a primeira ressalta a relevância da inclusão da pessoa com deficiência na sociedade; em seguida, a atuação das pessoas com deficiência na seara jurisdicional. Por fim, cuida do diálogo entre o projeto de lei acima descrito e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. A metodologia empregada será bibliográfica, inserindo-se na vertente jurídico-sociológica.

Palavras-chave: Resolução; Conflitos; Deficiência; Mediação; Arbitragem.

INTRODUÇÃO

Nas sociedades, é natural que existam diversos conflitos, sejam para proteger direitos individuais ou coletivos. A Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, e seu Protocolo Facultativo (CDPD) estabeleceu no artigo 13, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), nos artigos 79 ao 87, o direito ao acesso à justiça.

Embora o Poder Judiciário seja o caminho em que geralmente se busca para obter a satisfação do direito alegado pela parte, existem outras formas de resolução de litígios, tais como mediação, conciliação e arbitragem. Neste sentido, o EPD não previu a respeito dos meios adequados de solução de conflitos, e apenas com o recente Projeto de Lei 3248/19, que acrescenta o 83-A, que embora seja um avanço ao incorporar a mediação e arbitragem em face das pessoas com deficiência, é silente quanto a possibilidade de conciliação.

A simples da previsão dos meios adequados para ser empregado pelas pessoas com deficiência não basta; é fundamental que seja assegurada à pessoa com deficiência, a efetividade da justiça através destes meios, assegurando a observância ao princípio da isonomia, evitando, assim qualquer discriminação, como por exemplo, a recusa de utilizar adaptações razoáveis ou tecnologias assistivas. De nada adianta existir uma sala para mediação se, por exemplo, o próprio espaço não é acessível à pessoa que utiliza cadeira de rodas, ou ainda, se o mediador, ou árbitro, não tem a sensibilidade para compreender as singularidades da pessoa com deficiência intelectual.

O artigo está dividido em três etapas; primeiramente, a abordagem da inclusão da pessoa com deficiência em especial pelo prisma do modelo social. Em seguida, tratar-se-á o acesso à justiça conferido às pessoas com deficiência e a tutela de seus direitos individuais e coletivos. Por fim, dos meios adequados de resolução de conflitos, apontando algumas particularidades e um diálogo entre o EPD e a Lei de Mediação e a Lei de Arbitragem.

1. A inclusão da pessoa com deficiência no Estado Democrático de Direito

A Constituição da República aponta, dentre seus objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A liberdade representa, dentre outros aspectos, o direito que cada pessoa tem de realizar e promover seus projetos; a justiça, de forma bem sucinta, pode ser verificada quando se atribui um tratamento diferenciado em relação àqueles que estão em situação desigual. A solidariedade implica na ideia de que somente existimos porque, na verdade, coexistimos, quando nos preocupamos com o outro.

Além disso, está previsto também na Carta Constitucional de 1988 o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; a esta expressão pode-se

incluir a pessoa com deficiência. O Constituinte assumiu, portanto, o dever de promover o bem, que pode ser interpretado enquanto prestações que beneficiam as pessoas, como o direito à saúde, educação.

A efetividade deste projeto constitucional se fundamenta no Estado Democrático de Direito, em que, para além do respeito à legalidade, existe um verdadeiro "dever constitucional" de que a sociedade brasileira seja cada vez mais inclusiva, principalmente em relação às pessoas com deficiência. Não se pode mais atribuir apenas à pessoa com deficiência toda a responsabilidade pela sua participação na sociedade, é preciso, antes de qualquer coisa, realizar um projeto de inclusão da pessoa com deficiência. Não se trata de uma visão paternalista.

A percepção de quem seja a pessoa com deficiência sofre, ainda hoje, uma influência do modelo reabilitador, também chamado de médico, em que o destaque é para a deficiência, e não para a pessoa, que, nesta situação, apresenta "limitações" e que a deficiência representa uma enfermidade que deve ser curada (PALACIOS, 2018, p. 81).

Por outro lado, o modelo social da deficiência a encara de outra forma. O foco não reside na deficiência, e sim na pessoa, que sofre opressão social por conta de sua deficiência, e é a sociedade que, efetivamente, "descapacita" as pessoas (PALACIOS, 2018, p. 122).[1] Além disso, a deficiência é uma questão social e de direitos humanos, e, desta forma, o problema não está na deficiência, mas nas barreiras presentes na sociedade (BARBOSA-FORHMAN; KIEFER, 2006, p. 78-79).

Não é mais apropriado falar em integração da pessoa com deficiência, e sim a sua inclusão na sociedade. Trata-se de outra perspectiva, pois na inclusão exige da sociedade um agir, não atribuindo à pessoa com deficiência a tarefa de se "adaptar" à sociedade (BARBOZA; ALMEIDA JÚNIOR, 2017, p. 11). Esta visão permite pensar a deficiência de forma bilateral, e neste passo, a sociedade também é responsável pela eliminação nas barreiras que dificultam o exercício dos direitos da pessoa com deficiência e que deve ser assegurada à pessoa com deficiência os direitos fundamentais (BARBOZA; ALMEIDA JÚNIOR, 2017, p. 17).

[1] Segundo Agustina Palacios, a deficiência, ou também a diversidade funcional, é uma característica da pessoa, referente a algum órgão que não funciona; já a discapacidade, configura os fatores sociais que implicam alguma restrição ou limitação das pessoas com diversidade funcional em viver em sociedade.

2. A solução de conflitos de pessoas com deficiência pela via jurisdicional

A Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro, prevê no seu artigo 13 a obrigação dos Estados Partes de assegurar o acesso à justiça das pessoas com deficiência. Já o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), que configura um microssistema jurídico, reunindo regras referentes ao direito material, concernente à saúde, educação, e também no aspecto processual em que inaugura a Parte Especial desta Lei, prevendo, no Título I, o acesso à justiça. O artigo 79 reflete o disposto no previsto no artigo 4, ambos do EPD no sentido de conferir, a partir do prisma da igualdade, as mesmas oportunidades à pessoa com deficiência, e desta forma, a utilização de tecnologia assistiva na prestação jurisdicional.

O acesso à justiça implica, em caráter preliminar, a observância da própria acessibilidade da pessoa com deficiência, tanto nos edifícios, em seu interior, quanto ao próprio funcionamento da justiça. Desta forma, questiona-se, por exemplo, quando uma das partes tem deficiência auditiva e participa do processo sem a ajuda de um intérprete, ou algum tipo de ajuda técnica; neste caso, ocorre uma ofensa ao devido processo legal (MELO, 2012, p. 295). Desta forma, defender-se-á que o próprio Judiciário deveria se valer da presença de interpretes de LIBRAS (Linguagem Brasileira de Sinais) para justamente permitir que o deficiente auditivo participe do processo, tanto como parte, representante da parte, testemunha ou julgador. Com a mesma reflexão, sustenta-se a necessidade de promover a acessibilidade da pessoa com deficiência no processo judicial (GARCIA, 2019, p. 29).

> Como consecuencia de la reforma, una persona sorda usuaria de la lengua de signos tendría que estar acompañada por su intérprete, facilitado por el Tribunal; una persona com discapacidad auditiva, que comunica en lengua oral, podrá requerir que existan apoyos técnicos; una persona con discapacidad visual, tendría que disponer, si hay materiales escritos que han de ser considerados, de formatos alternativos, digitales, por ejemplo. Una persona con discapacidad física con asistente personal, debería poder ejercer como jurado con el acompañamiento de este apoyo humano. Por supuesto, el recinto judicial, palacios de justicia, salas de vistas, han de ser accesibles para personas con limitaciones de movilidad. La casuística puede ser muy prolija, son solo algunas posibilidades. Está obligada la Administración de Justicia.

Além disso, não se pode esquecer-se do caso envolvendo a advogada Deborah Maria, deficiente visual, em relação à falta de acessibilidade ao processo eletrônico, previsto Lei 11419/06. Foi impetrado um mandado de segurança nº 32751 no Supremo Tribunal Federal (STF), suscitando que o processo eletrônico não observou as regras internacionais da acessibilidade Web, Consorcio W3C. Diante disto, requereu que o peticionamento fosse no papel já que o Tribunal não assegurou a acessibilidade à pessoa com deficiência para sua atuação profissional, salientando, inclusive, que ao não conceder tal direito, estaria violando a sua própria liberdade profissional. (GUEDES, 2016, p. 210).

A tutela dos direitos das pessoas com deficiência pode manifestar-se tanto em demandas individuais, quanto coletivas. Embora não se possa negar àquele que sentir seu direito violado ou ameaçado a tutela de seu direito individual, como por exemplo, um deficiente que não tenha conseguido a isenção de IPVA na aquisição de automóvel, defender-se-á que sejam incentivadas e promovidas as ações coletivas, em que a coisa julgada beneficiará mais pessoas e poderá evitar posteriores demandas por cada indivíduo, em que se aponta como exemplo a Ação Civil Pública promovida pela Defensoria Pública da União, no Rio de Janeiro, pleiteando que o Estado assegure a manutenção também dos aparelhos de implantes cocleares bilaterais, em caso de reabilitação, já que a conservação é cara, e assim, o Sistema Único de Saúde (SUS) passou a realizar também a manutenção destes equipamentos. (ALÔ, 2016, p. 107).

3. Meios adequados de resolução de conflitos envolvendo pessoas com deficiência

3.1. Meios adequados de resolução de conflitos

Viver em sociedade importa saber lidar com eventuais pelejas. Mais que isso, exige, diante do processo civilizatório, buscar mecanismos de superá-las, de forma rápida, eficiente e o menos traumática possível.

De fato, nem no Éden estava-se a salvo de se enfrentar situações em que, por descumprimento de normas de conduta, consequências haviam de ser impostas, como ocorreu com Adão e Eva que se viram expulsos do paraíso, após

desrespeitarem as determinações do Senhor Deus[2]. O que cambia, pode alterar-se, é a forma do conflito ser resolvido, acaso até por uma autotutela, como parece ter sido a situação lá ocorrida em que os faltosos, sem figura de processo e ausente o contraditório, receberam a pena de expulsão.

No Estado Democrático de Direito, forte na vetusta Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que previu "Art. 16.º: A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição"[3], constitui-se lugar comum o estabelecimento das funções de legislar, administrar e prestar jurisdição, independentes e harmônicas entre si. E assim, no que toca com a jurisdição, lembra Enrico Tullio Liebman:

> Muitas são as definições que se costumam dar sobre a jurisdição; recordemos duas, as mais importantes, que constituíram o tecido dialético do debate científico na Itália por muitos decênios. A primeira define a jurisdição como a atuação da lei por parte dos órgãos públicos a tantos destinados (Chiovenda). A segunda prefere por sua vez defini-la como a justa composição da lide (Carnelutti), entendendo por lide qualquer conflito de interesses regulado pelo direito e por justa composição feita de acordo com o direito. (LIEBMAN, 2003, p. 25)

Antiga é a discussão entre processo, autocomposição e autodefesa. Em obra clássica, Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, cotejava os lindes, as vantagens

---

[2] Gênesis 3:15- 9 Então o Senhor Deus chamou o homem e perguntou: "Onde você está?".10 Ele respondeu: "Ouvi que estavas andando pelo jardim e me escondi. Tive medo, pois eu estava nu". 11 "Quem lhe disse que você estava nu?", perguntou Deus. "Você comeu do fruto da árvore que eu lhe ordenei que não comesse?" 12 O homem respondeu: "Foi a mulher que me deste! Ela me ofereceu do fruto, e eu comi".13 Então o Senhor Deus perguntou à mulher: "O que foi que você fez?". "A serpente me enganou", respondeu a mulher. "Foi por isso que comi do fruto."14 Então o Senhor Deus disse à serpente: "Uma vez que fez isso, maldita é você entre todos os animais, domésticos e selvagens. Você se arrastará sobre o próprio ventre, rastejará no pó enquanto viver. 15 Farei que haja inimizade entre você e a mulher, e entre a sua descendência e o descendente dela. Ele lhe ferirá[b] a cabeça, e você lhe ferirá o calcanhar". (...) Disponível em: https://www.biblegateway.com/passage/?search=G%C3%AAnesis%203&version=NVT. Acesso em: 18/11/20.

[3] Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 18/11/20.

e as mazelas de cada um desses institutos, destacando serem os três possíveis destinos de um litígio, ainda que não se encontrem em um mesmo plano, nem que apresentem as mesmas vantagens ou se repilam mutuamente. Com efeito, para o estudioso espanhol, a autodefesa, é, em princípio, rechaçada pelos ordenamentos jurídicos, devido tanto ao seu misto de parcialidade e egoísmo, ao seu caráter altamente deficiente e perigoso, quanto a necessidade de um processo ulterior para que seja avaliada a licitude da conduta no caso concreto. No que é pertinente à autocomposição, por seu turno, dê-se ela antes ou depois de instaurado o processo, sugere-se, senão como a melhor das três fórmulas, pelo menos uma opção atraente, máxime considerando a modicidade dos seus custos, se bem que se pode discutir a efetiva espontaneidade no acordo celebrado ou se o que ocorre de fato é uma rendição da parte mais fraca, capitulando frente ao adversário, até por uma errônea avaliação do seu próprio interesse e da qualidade da posição jurídica que ostenta. Neste contexto, o processo, ainda que para cumprir com êxito seu desiderato dependa de fatores estruturais, tais como a própria qualidade dos agentes públicos que lhe atendem, a força coercitiva estatal, os atributos da soberania, a eficiência da legislação processual e as vestes da imparcialidade, exsurgiria como o meio que ganha os favores como o que melhor chance oferece para a solução justa e pacificados litígios. (CASTILLO, 2018, p.14).

Seja como for, no Brasil, até por tradição, sendo também a autodefesa excepcional, como no caso do desforço imediato para a proteção da posse, previsto no artigo 1210 § 1º do Código Civil (CC) e constituindo-se, em regra, crime, nos termos do artigo 345 do Código Penal, passou-se a ter na figura do magistrado o signo de agente distribuidor de justiça por excelência.

> O Estado moderno, por consequência, considera, como função essencial própria a administração da justiça; é exclusivamente seu o poder de atuar a vontade da lei no caso concreto, poder que se diz "jurisdição"; e que provê com a instituição de órgãos próprios (jurisdicionais). Os mais importantes são os juízes (autoridade judiciária); ao lado deles, estão os órgãos secundários (serventuários de justiça, escrivães). (CHIOVENDA, 1969, p. 39)

Ocorre, contudo, que o modelo baseado exclusivamente na jurisdição como solução de conflitos não atendeu os anseios da população. A concentração da busca pela justiça no Poder Judiciário fez nascer um sentimento de

indignação[4], afinal, como já lembrava Rui Barbosa, em célebre passagem, "{m}as justiças atrasadas não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta." (BARBOSA, 1999, p. 40).

De fato, no Brasil, contam-se aos milhões os processos a aguardarem solução pelo Poder Judiciário[5], o que, em sintonia com estudo seminal de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, estava a exigir soluções multifacetadas, passando pelas questões dos custos do processo, reformas processuais, legitimidade adequada, dentre outras abordagens dentro do próprio sistema judiciário, mas também, respeitando-se a garantia constitucional de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" assegurada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República, a de outras fórmulas, tais a arbitragem, a conciliação e a mediação, cônscios, contudo, de que:

> A operacionalização de reformas cuidadosas, atentas aos perigos envolvidos, com uma plena consciência dos limites e potencialidades dos tribunais regulares, do procedimento comum e dos procuradores é o que realmente se pretende com esse enfoque de acesso à justiça. A finalidade não é fazer uma justiça "mais pobre", mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior "beleza" – ou melhor qualidade – do que aquele que dispomos atualmente. (CAPPELLETTI, 1988, p. 165)

Em 1996, foi editada a Lei da Arbitragem, Lei 9307/96, método de solução de conflitos que, como cediço, é uma forma de heterocomposição, uma

---

[4] A incitar o constituinte derivado a acrescentar o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República de 1988 (EC45/2004): Art. 5). (...) LXXVIII- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[5] Conforme o relatório Justiça em Números 2019, do Conselho Nacional de Justiça, excelente mapeamento do funcionamento do Poder Judiciário brasileiro: "O Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,1 milhões, ou seja, 17,9%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2018 existiam 64,6 milhões ações judiciais." Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 18/11/20.

vez que é um terceiro, estranho às próprias partes, necessariamente, pois, bafejado pela imparcialidade, que resolve o problema que lhe é apresentado. Tal legislação, à época, causou acesa discussão, tendo por mote maior eventual ofensa à garantia do acesso à justiça, ensejando, contudo, pronunciamento do Supremo Tribunal Federal que, ainda que não por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade do mecanismo. Por ocasião do julgamento, a corrente vencedora considerou a arbitragem um grande avanço, tendo o ministro Carlos Velloso, em seu voto, destacado que a lei em testilha trata de direitos patrimoniais, disponíveis, e, portanto, as partes têm a faculdade de renunciar ao direito de recorrer à Justiça, já que a ação é um direito e não um dever.[6]

Promulgada a "Carta Cidadã" de 1988 e coroado o acesso à justiça como direito fundamental (Constituição da República de 1988, art.5º, XXXV), e decidida posteriormente a substituição do "Código Buzaid"[7] (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), monumento processual que, para além de ser tecnicamente aprimorado, também tinha fortes raízes em um procedimentalismo bastante estéril, os mecanismos alternativos de solução de conflitos, à maneira estadunidense, ou "adequados", pôs-se a pensar também em uma legislação que cuidasse da mediação e conciliação, tanto judicial como extrajudicial, assim como em modernizar o instituto da arbitragem.

O fato é que, modernamente, o processo é visto como o meio de realização dos princípios constitucionais. Não um fim em si mesmo, mas um instrumento de realização de Justiça e jamais o detentor do monopólio de solucionar os conflitos que surgem na vida em sociedade. "Respeitada a peculiar extensão a esse meio reservada no direito brasileiro, e a despeito de os conflitos serem confiados preponderantemente à autoridade judiciária, a composição pode ser atingida através de meios equivalentes." (ASSIS, 2015, p. 90)

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 exortou a utilização da arbitragem da conciliação e da mediação judiciais (art.3º, §3º, CPC), sendo certo que o Conselho Nacional de Justiça se voltou vivamente para dar efetividade e organização aos institutos em âmbito nacional, editando resolução

[6] Confira-se a notícia publicada no sítio do Supremo Tribunal Federal em 12 de dezembro de 2001. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198. Acesso em: 18/11/20.

[7] Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil.

(Resolução125/2010) e mesmo um completo "Manual de Mediação Judicial"[8], tudo forte na ideia de:

> (...) converter o processo em instrumento incluído no *contexto social* em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a *satisfação* das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.[9]

Em legislação própria, cuidou-se da mediação e conciliação extrajudiciais (Lei nº13.140/2015), tendo também sido aprimorado o instituto da arbitragem, tudo de envolta com o ideário do chamado Projeto Fux/Wambier (Lei nº 13.105/2015).

Realmente, paralelamente ao período de um ano *vacatio legis* do (art. 1045, CPC de 2015) foi editada a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, a entrar em vigor após decorridos cento e oitenta dias de sua publicação, a coincidir, pois, com a vigência do próprio *Codex,* dispondo sobre mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Igualmente, a Lei nº 13.129/2015 alterou diversos dispositivos da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), objetivando modernizá-la, máxime estendendo o instituto da arbitragem também para a seara da Administração Pública, bastião que se mostra sempre refratário aos institutos menos ortodoxos de solução de conflitos e, portanto, constituindo-se grande clientela do Poder Judiciário[10].

3.2. Um possível diálogo entre a Mediação, Arbitragem e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Tradicionalmente, a mediação é apontada enquanto um meio alternativo de resolução de conflitos, tendo em vista que o Judiciário não consegue mais atender à população. Com o advento da Lei 13140/15, foi regulamentado o instituto da mediação extrajudicial, que pode se apresentar em diversas áreas, como

8 Vide Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Acesso em: 27/11/20.

9 Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: Exposição de Motivos .

10 Vide Relatório Justiça em Números – CNJ. *Op. cit.*

no caso de uma mediação familiar, comunitária, empresarial e neste passo, a mediação pode ser entendida:

> consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem. (TARTUCE, 2018, p. 188)

Trata-se, portanto, de uma forma de resolução de conflitos que não implica a imposição de decisão por um terceiro, tal como ocorre com a figura do juiz, mas de um mediador que visa "facilitar" o entendimento (ou não) das partes envolvidas. A ideia na mediação é que os próprios envolvidos no conflito consigam obter uma "saída", ou então, que sejam os protagonistas da própria resolução das suas desinteligências.

A mediação não se confunde com a figura da conciliação. Embora tenham elementos comuns, tal como a intervenção de um terceiro imparcial, promoção de comunicação entre os envolvidos, bem como estímulo à autonomia privada em buscar opões para os impasses, não são institutos sinônimos (TARTUCE, 2018, p. 191). A conciliação objetiva a resolução de conflitos relativos à situações episódicas, ao passo que as mediações estão mais orientadas para as relações continuadas. (BRANDÃO; TARTUCE, 2016, p. 237).

É possível identificar algumas espécies de mediação. A mediação judicial é a que acontece no decorrer de uma ação judicial; e a mediação extrajudicial, ao contrário, vale-se de alguém alheio ao processo judicial. A mediação poderá ainda ser prévia, aquela que pode ser realizada tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial, e também incidental, que será obrigatória quando a mediação prévia foi realizada nos 180 dias anteriores ao ajuizamento da ação, à exceção de algumas ações, como por exemplo, a de interdição.

Como já mencionado, a arbitragem é a forma de composição de conflitos em que as partes escolhem um árbitro, imparcial, que resolverá o conflito entre os litigantes. Esta forma de heterocomposição de conflitos só pode ter por objeto os direitos patrimoniais disponíveis, de forma que os direitos da personalidade, por serem indisponíveis, não poderão se sujeitar à arbitragem.

Ademais, a arbitragem é uma via eleita pelas partes, seja pela cláusula compromissória cheia ou vazia; na primeira, já se designa todas as regras da arbitragem e indicação dos árbitros; na seguinte, é prevista a arbitragem, mas a

estipulação de quem será o árbitro, por exemplo, somente será feita se as partes buscarem a arbitragem (GUILHERME, 2016, p. 80-81). O árbitro deve ser pessoa de confiança dos envolvidos no conflito e que tenha conhecimento específico no objeto da lide, sendo possível a escolha de um ou mais árbitros, e neste procedimento, deverá ser observado o contraditório e a ampla defesa, a igualdade das partes e a imparcialidade do árbitro.

Tanto a mediação, quanto a arbitragem, em síntese, representam alternativas para resolução de conflitos que o EPD não previu. No entanto, o Projeto de Lei 3248/19 prevê a incorporação destas formas de composição de conflitos, por meio do artigo 83-A. Por um lado, representa um grande avanço, pois as pessoas com deficiência não podem ficar alijadas a resolver suas demandas apenas pelo Judiciário, mas por outro lado, peca em não ir além e admitir também a conciliação, que em muitas situações, pode ser até mais apropriada que a mediação.

É preciso atentar que, não basta a simples incorporação da mediação e arbitragem ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, urge estabelecer um "diálogo" entre esta Lei e a Lei da Mediação e Arbitragem. Um caminho possível para pensar a interface destas leis reside por exemplo na escolha do mediador.

Tanto a mediação judicial, quanto a extrajudicial, requerem que o mediador seja capaz. Ocorre que, assim a Convenção de Nova Iorque, como o EPD, a pessoa com deficiência é plenamente capaz e, portanto, não há qualquer limitação para que atue como mediador. Desta feita, no caso de ser o mediador um deficiente visual, embora não tenha contato com a expressão corporal das partes pela visão, poderá perceber através da "fala" destas pessoas os sentimentos envolvidos.

A arbitragem envolve tanto a arbitrabilidade objetiva, ou seja, o que pode ser objeto da arbitragem, e a arbitrabilidade subjetiva, isto é, os sujeitos que poderão participar da arbitragem. Segundo o artigo 1º da Lei 9307/96 estabelece que apenas as pessoas capazes podem se valer da arbitragem e neste sentido a pessoa com deficiência, como lhe é reconhecida a capacidade, poderá valer-se deste instrumento. Entretanto, há quem pondere que, a pessoa com deficiência que se utilize da tomada de decisão apoiada, não poderia se valer da arbitragem, pois neste caso existe uma interferência na livre disposição das partes e neste giro, ressalta que o EPD não permitiria a pessoa com deficiência fazer uso da arbitragem:

> Vale também destacar que por mais que o Estatuto do Deficiente tenha promovido a inclusão e modificação considerável na sistemática de incapacidades no âmbito do Código Civil, tal alteração não teve o condão de alterar a amplitude e o alcance do art. 1.º da Lei de Arbitragem: havendo quaisquer ruídos na liberdade de disposição da parte envolvida – ou algum tipo de checagem pelo Poder Judiciário se tal vontade está sendo exercida de maneira correta e sem vícios, tal como ocorre da tomada de decisão apoiada, previsto no art. 1.783-A do CC – não nos parece compatível com o escopo e a própria função social da arbitragem. (MELO, 2016)

Entendemos de forma diversa. A tomada de decisão apoiada nada mais é do que um auxílio, um apoio, um instrumento que reforça ainda mais a autonomia e a capacidade da pessoa com deficiência. O apoiador não é representante, mas atua apenas para orientar, auxiliar a pessoa, e neste passo, o objetivo da tomada de decisão apoiada reside, justamente, em oferecer àquele que se sente fragilizado em sua autonomia, um suporte, que não seja a curatela. (MENEZES, 2016, p.41)

CONCLUSÃO

A pessoa com deficiência não deve receber nem um tratamento de indiferença, mas também não pode ser tratada de forma infantilizada. Deve-se reconhecer em toda pessoa com deficiência um sujeito capaz para realizar seus atos, e que possui capacidade. O que existem são, efetivamente, barreiras sociais, que inviabilizam o exercício diário dos direitos das pessoas com deficiência, o que requer a necessidade de se pensar cada vez a deficiência pelo prisma da responsabilidade de todos os atores da sociedade civil.

Os conflitos sociais podem ser resolvidos pelo Poder Judiciário, e neste sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência assegura o acesso à justiça da pessoa com deficiência, reproduzindo o preceito constitucional de que nenhuma ameaça ou lesão a direito deixará de ser apreciada pela via jurisdicional, desde que devidamente provocado pela parte interessada, ou seu representante. Entretanto, em muitas situações, o próprio poder jurisdicional não oferece a oportunidade para que a pessoa com deficiência possa atuar, seja como testemunha, parte, ou representante da parte, em virtude da falta de acessibilidade não apenas aos espaços físicos, mas à própria participação efetiva no processo.

Em relação aos meios adequados de resolução de conflitos, apontamos a mediação e a arbitragem. A Lei Brasileira de Inclusão prevê pelo Projeto de Lei 3248/19, que possibilita a resolução de conflitos da pessoa com deficiência por estas vias. A primeira crítica é a ausência da conciliação, pois se trata de forma distinta da mediação, e neste passo, poderia ser contemplada no projeto, como pensar casos envolvendo questões consumeristas, pela não entrega do bem na data estipulada, recusa em consertar um produto com defeito dentro da garantia legal, ou seja, casos que não demandem questões mais complexas, como a guarda de menor decorrente de um divórcio.

Por fim, no âmbito da mediação, reconhecer que não se pode criar óbices para que o mediador que seja deficiente possa exercer sua função, colocando à sua disposição tecnologias assistivas. E em relação à arbitragem, conferir que o fato da pessoa com deficiência se valer da tomada de decisão apoiada não pode ser interpretada como sinônimo de falta de capacidade para a Lei de Arbitragem, pois a capacidade do Código Civil é a mesma desta Lei.

REFERÊNCIAS

ALÔ, Bernard dos Reis. Desjudicializando o Direito à saúde – o papel da Defensoria Pública nesse processo. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. V. I: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5 ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARBOSA-FORHMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (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.* Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

BARBOZA, Heloiza Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloiza Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (coord). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BÍBLIA SAGRADA. Gênesis, 3:5. Disponível em: https://www.biblegateway.com/passage/?search=G%C3%AAnesis%203&version=NVT. Acesso em: 18/11/20.

BRANDÃO, Débora; TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre a aplicação das previsões consensuais do novo CPC em demandas familiares. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas. *Famílias e Sucessões*. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa.* Contribución al estúdio de los fines del processo. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* V. I. São Paulo: Saraiva, 1969.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 18/11/20.

GARCIA, Rafael de Lourenço. *Anales de Derecho y Discapacidad*. Nº4, junio, 2019. Disponível em: https://www.cermi.es/es/colecciones/canales. Acessado em: 26/11/2020.

GUEDES, Denyse Moreira. A inacessibilidade ao processo judicial eletrônico pelos advogados deficientes visuais: Caso Deborah Maria Prates Barbosa perante o Supremo Tribunal Federal (STF). In: *Direitos Humanos e Vulnerabilidade em juízo*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2016.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual dos MESCs: meios extrajudiciais de solução de conflitos.* Barueri, São Paulo: Manole, 2016.

Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 18/11/20.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual.* Civil. V. I. Palmas: Intelectus, 2003.

MELO, Luis Gustavo Simões Valença de. O acesso à justiça da pessoa com deficiência: Processo Civil e Aspectos Procedimentais. In: FERRAZ, Carolina (et al). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência.* São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Restrições à representação na celebração da Convenção de Arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Processo.* Vol. 50. Jul/set, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.08.PDF. Acesso em: 26/11/20.

MENEZES, Joyceane Bezerra. Tomada de Decisão Apoiada: Instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13146/15). In: *Revista Brasileira de Direito Civil.* vol 9, jul/set 2016.

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmacion en la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad.* Madrid: Ediciones Cinca, 2008.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ACESSIBILIDADE NA RESOLUÇÃO DIGITAL DE CONFLITOS: um estudo de caso do consumidor.gov.br

Fernanda Bragança
Universidade Federal Fluminense, Doutoranda em Sociologia e Direito, Niterói, Brasil,
fernandabraganca@id.uff.br

Resumo: Este artigo analisa a acessibilidade na resolução digital de conflitos com dois focos principais: o aprofundamento sobre os principais aspectos que envolvem esta questão tanto pela perspectiva de um melhor acesso ao usuário quanto da adaptabilidade das funcionalidades disponíveis nesses sistemas de tratamento de disputas às pessoas com deficiência. A partir deste panorama que identifica as noções fundamentais relativas à acessibilidade, o artigo avança para um estudo de caso do consumidor.gov.br, que é a primeira plataforma estabelecida pela Administração Pública para gestão de conflitos e é direcionada às relações consumeristas. A metodologia de pesquisa consistiu em uma revisão bibliográfica sobre este assunto, com destaque para o artigo "*Digital Accessibility and Disability Accommodations in Online Dispute Resolution: ODR for Everyone*" de David Larson e para a obra "*Online dispute resolution: Challenges for contemporary justice"* de Gabrielle Kaufmann-Kohler e Thomas Schultz.

Palavras Chave: plataformas de resolução de conflitos; acesso à justiça; acessibilidade; tecnologia; justiça digital

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objeto de investigação a acessibilidade na resolução digital de conflitos sob duas perspectivas: o oferecimento de um melhor acesso aos usuários e a adaptabilidade das ferramentas disponíveis no sistema para as pessoas com deficiência.

Esta pesquisa se propõe a aprofundar sobre os seguintes aspectos relacionados à acessibilidade: estrutura do site; custos; limitação geográfica e idiomas; ferramentas para *upload* de documentos; disponibilidade para execução de tarefas *online* e *offline*; independência; segurança e confidencialidade; funcionalidades para participação ativa de pessoas com alguma dificuldade motora e integração com outros sistemas.

A partir deste panorama, o estudo avança para análise do consumidor.gov.br com o intuito de identificar os aspectos da acessibilidade que foram contemplados pelo sistema. A escolha desta plataforma se deu em razão do seu

status oficial para autocomposição nas controvérsias em relações de consumo, conforme estabelecido pelo decreto nº. 10.197 de 2020.

A metodologia de pesquisa compreendeu uma revisão bibliográfica sobre o assunto. O trabalho tem duas obras como principais referenciais teóricos: "*Digital Accessibility and Disability Accommodations in Online Dispute Resolution: ODR for Everyone*" de David Larson e "*Online dispute resolution: Challenges for contemporary justice"* de Gabrielle Kaufmann-Kohler e Thomas Schultz.

1. Online dispute resolution

A *online dispute resolution* pode ser entendida como a incorporação de ferramentas tecnológicas aos meios adequados de tratamento de controvérsias como a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem de maneira a permitir que as demandas submetidas sejam tratadas com maior agilidade e comodidade.

Esta noção conceitual se divide basicamente em duas vertentes. A primeira defende que a resolução de digital conflitos constitui uma abordagem que visa a implementação de formas existentes de ADR via *internet*, portanto, o emprego de inovações como videoconferência e troca de mensagens instantâneas nas práticas compositivas são suficientes para o enquadramento enquanto ODR. Em outra perspectiva, uma corrente mais restritiva exige além do que uma atualização tecnológica dos procedimentos de ADR. Neste sentido, a tecnologia deve ser capaz de efetivamente modificar os ambientes e o próprio método de dirimir as disputas.

Os defensores de um conceito mais amplo argumentam que a ODR seria uma transposição para o espaço cibernético dos métodos alternativos. Por esta concepção, as plataformas podem ser divididas conforme o tipo de comunicação utilizada: síncrona, na qual as partes se comunicam entre si em tempo real, através de aplicativos como *Messenger, Skype e Whatsapp* ou assíncrona, em que a interação é menos direta ou instantânea, como através de *email* (MANIA, 2015, p. 79). O meio adequado de solução de conflitos pode utilizar uma forma de interação diferente conforme a necessidade do caso. Assim, uma mediação pode se desenvolver de forma totalmente virtual através de um sistema que ofereça a conversação por meio de bate-papo eletrônico (como funciona a TheMediationRoom.com) ou por troca de comunicados mais formais por *email* ou configurações semelhantes.

A linha mais restritiva avalia este formato anterior como uma simples "*online ADR*" ou "e-ADR". Esta corrente inclui muitos dos mecanismos conhecidos de ODR dentre as possibilidades de ADR. Esta visão sublinha a automatização e a modulação da comunicação como fatores de identificação da ODR, o que deixa de fora certos modelos como a mediação por videoconferência e outros processos análogos. Assim, o uso da tecnologia tão somente para encurtar o distanciamento geográfico entre as partes não se enquadra nesta abordagem mais restritiva (ARBIX, 2017, pp. 61-62).

A caracterização da *online dispute resolution* por este viés mais restrito exige que a tecnologia atue como uma "quarta parte"[1] na disputa e promova funções como o debate, armazenamento, agendamento, avaliação e elaboração da minuta do acordo.

Em disputas menos complexas, a "quarta parte" pode até substituir o terceiro humano. No entanto, a atuação mais comum costuma ser no auxílio da atividade do mediador ou conciliador. Nesse sentido, algumas tarefas informacionais como *brainstorming*, organização da pauta de questões a serem tratadas, resumo das falas dos litigantes e até simulação de cenários futuros são desempenhadas de forma totalmente automatizada (KATSH; RULE, 2016, p. 331).

A expansão da *internet* colaborou para o desenvolvimento do comércio internacional. A Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico – OCDE define o comércio eletrônico como a compra e/ou venda de bens ou serviços efetuada por uma empresa, um particular, entidade pública ou privada via *internet*. A utilização da rede, de fato, se tornou uma ferramenta indispensável para as companhias promoverem suas marcas e distribuírem seus produtos em um canal de alcance global (DRAETTA, 2002, pp. 17-18).

Até recentemente, a *online dispute resolution* só era utilizada por companhias do setor privado que, em geral, estavam relacionadas com o comércio eletrônico de massa, também conhecido como *e-commerce*. A ODR surgiu, em meados da década de 1990, como uma resposta aos litígios decorrentes de transações na *internet*, as quais via de regra estavam ligadas ao setor de consumo em operações denominadas *business-to-client* - B2C, ou em português, fornecedor-consumidor (KATSH; RULE, ob. cit., pp. 330-331). A *web*, ao mesmo tempo em que se

[1] Este elemento foi elaborado pelos professores Ethan katsh e Janet Rifkin, dois notáveis especialistas em ODR que o desenvolveram em diversas obras, como por exemplo o livro de autoria conjunta: *Online dispute resolution: resolving conflicts in cyberspace*.

consolidava como espaço lucrativo, observava um crescimento exponencial dos problemas decorrentes dessas relações comerciais.

A maioria das mensagens trocadas na *internet* forma uma espécie de "trilha" digital que apresenta oportunidades inéditas de coleta e manuseio de informações. Atualmente, o mapeamento de certos padrões com a ajuda de algoritmos possibilita que uma quantidade enorme de litígios seja tratada a um custo baixo, por meio da abertura do leque de opções das partes para outras alternativas e sem a necessidade de intervenção de um profissional facilitador do diálogo (Ibidem).

2. Acessibilidade nas plataformas de solução de conflitos

A acessibilidade é um dos fundamentos da *online dispute resolution* e conta com três aspectos principais: a arquitetura ou estrutura do *site*; o custo do serviço e a inclusão de pessoas com deficiência. Todos esses elementos têm o objetivo em comum de estender o acesso à Justiça (lato sensu) à mais pessoas (KAUFMANN-KOHLER; SCHULTZ, 2004, pp. 108-121).

A arquitetura ou estrutura do *site* conta com dois desdobramentos: a facilidade no encontro da plataforma na *internet* e a simplicidade de manuseio da mesma. O primeiro ponto requer alguns cuidados como um nome de domínio de fácil memorização, destaque nos resultados de pesquisa nos *sites* de busca e investimento massivo em publicidade.

A simplicidade no uso é uma noção mais extensa e envolve as seguintes questões: recursos de simples operacionalização, custos, tecnologia descomplicada, flexibilização da necessidade de aconselhamento técnico, ausência de limitações geográficas e arquivamento simplificado de documentos.

Uma medida interessante para colaborar neste propósito de simples operacionalização dos recursos é a disponibilização de um guia de usuário da plataforma em formato de vídeo. Desta forma, as partes conseguem acompanhar de um modo mais interativo a explicação sobre o passo a passo das ferramentas disponíveis no sistema.

Uma plataforma *online* de resolução de conflitos só é considerada realmente eficiente quando acessível a todos os seus usuários[2], o que também

[2] É assim que prevê o considerando no. 12 e o artigo II, C, 2 da Recomendação no. 2001/310/EC da União Europeia:

significa que os seus custos devem ser moderados. Com relação às relações consumeristas, em particular, alguns autores apontam que os consumidores não devem ser onerados para o uso do sistema de solução *online* de disputas (CORTÉS, 2018) ou, na hipótese em que os mesmos tenham que arcar com alguma taxa referente à utilização do sistema ou remuneração dos facilitadores, este montante precisa ser ressarcido[3].

Quando a própria empresa disponibiliza uma plataforma aos seus clientes, esta deve esclarecer em linguagem objetiva sobre os métodos que utiliza para a solução da controvérsia, bem como sobre a independência e imparcialidade dos profissionais que atuam no sistema em relação à organização. Neste espaço, o consumidor não deve ser taxado por submeter uma demanda tendo em vista que se trata de uma ferramenta que, em última análise, reverterá em benefícios para a própria companhia, em especial, para a otimização da sua gestão.

As barreiras técnicas devem ser evitadas. O mundo digital é dividido em dois grupos: os *high tech* e os *low tech*, ou seja, aqueles que tem mais ou menos familiaridade com a tecnologia. Estes últimos não podem ser excluídos e, por isso, a preocupação que os recursos disponíveis na plataforma também contemplem essas pessoas que não possuem tanto desembaraço no ambiente virtual (KAUFMANN-KOHLER; SCHULTZ, 2004, p. 117).

Uma parcela da literatura, notadamente estrangeira, defende que os procedimentos de ODR devem ser organizados de tal maneira a flexibilizarem a

---

Considerando no. 12. A fim de melhorar a eficácia dos referidos procedimentos na resolução dos litígios transfronteiriços, os referidos procedimentos devem ser facilmente acessíveis e estarem à disposição de ambas as partes onde quer que estas estejam situadas. Devem ser incentivadas, em especial, a utilização dos meios electrónicos que se destinem alcançar este objetivo.

Artigo II, C, 2. Eficácia

1. Deve garantir-se a eficácia do procedimento.

2. O procedimento deverá ser facilmente acessível e estar à disposição de ambas as partes, por exemplo, através de meios electrónicos, independentemente do local onde aquelas estejam localizadas.

Cf. Comissão das Comunidades Europeias. Recomendação da Comissão de 4 de abril de 2001 relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor. Disponível em < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310&from=ES> acesso em 26 de novembro de 2020.

[3] Cf. Trans Atlantic Consumer Dialogue. Alternative Dispute Resolution in the context of electronic commerce, n. 376.

necessidade de aconselhamento jurídico (Ibidem). Um posicionamento mais moderado apoia que os procedimentos que englobem relações consumeristas não devem exigir a presença do advogado (Ibidem, p. 118). Esta ideia encontra respaldo na recomendação 98/257/EC[4] que prevê que a eficácia[5] da ODR nas relações de consumo só estará configurada caso dispense a participação do profissional jurídico.

Em conformidade com a característica do ciberespaço de ambiente sem fronteiras, a ODR precisa buscar resolver os conflitos sem a imposição de limitações geográficas. E, se possível, com o serviço oferecido em diferentes idiomas. O arquivamento de documentos também deve ser programado com ferramentas simples e com instruções de *upload* de fácil compreensão pelo usuário médio, ou seja, aquele que não detém uma expertise elevada com a tecnologia.

Os sistemas de solução digital de disputas devem ser projetados para ficarem disponíveis *online* e *offline*[6] (ainda que o usuário só consiga submeter o formulário e/ou enviar documentos quando se conectar à *internet*) e não podem sofrer qualquer tipo de interferência externa ou mesmo da instituição ou empresa à qual eventualmente estejam vinculados (KAUFMANN-KOHLER; SCHULTZ, ob. cit., p. 118).

Algumas plataformas também contam com recursos para tratamento e análise de dados e, assim, conseguem mapear os tipos de problemas mais recorrentes com a compra dos produtos e/ou serviços da empresa, por exemplo. Ou seja, o investimento que a empresa realiza para a criação de um sistema com a finalidade de gestão adequada das suas disputas tende a retornar no próprio aprimoramento da atividade empresarial.

---

[4] Recomendação da Comissão de 30 de março de 1998 relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo (*)) (98/257/CE). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998H0257&from=PT> acesso em 25 de novembro de 2020.

[5] Artigo IV: Princípio da eficácia

A eficácia do processo será assegurada por medidas que garantam:

— o acesso do consumidor ao processo, sem ser obrigado a utilizar um representante legal.

[6] Cf. Canadian Code of practice for consumer protection in electronic commerce, 16 de janeiro de 2004. Disponível em < https://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/EcommPrinciples2003_e.pdf/$FILE/EcommPrinciples2003_e.pdf > acesso em 26 de novembro de 2020.

A segurança e a confidencialidade exigem que cada indivíduo que ingresse na plataforma de ODR tenha a sua identidade confirmada. A autenticação é uma questão chave quando a tecnologia é utilizada para promover a solução de disputas em ambientes não presenciais.

O sistema de videoconferência é um elemento fundamental para a ODR e, por isso, é preciso ter muito cuidado para garantir que todos tenham a mesma oportunidade de participar de sessões em vídeo. As diferenças de velocidade e/ou estabilidade das conexões à *internet* tendem a interferir consideravelmente na qualidade da participação e, por isso, diante de uma grande instabilidade de conexão, o facilitador deve considerar um adiamento do procedimento ou auxiliar a parte a encontrar um sinal de rede melhor.

Um outro aspecto da acessibilidade diz respeito à inclusão de pessoas com deficiência e, para isso, algumas funcionalidades precisam passar por adaptações. É importante destacar que esta adequação pode auxiliar qualquer pessoa que passe por uma circunstância adversa, além dos indivíduos que tenham propriamente alguma dificuldade física. Por exemplo, ferramentas de *design* como a inserção de legendas em vídeos podem beneficiar também os indivíduos que se encontrem em ambientes barulhentos (LARSON, 2019, p. 441).

O tratamento adequado dos conflitos no formato presencial é caracterizado por uma grande preocupação quanto à acomodação adequada de todos na sala. A mesma intenção deve direcionar os desenvolvedores na arquitetura da plataforma (Ibidem, p. 445). Nesse sentido, uma especial atenção deve ser voltada às formas de comunicações que permitam a integração de participantes com deficiência. Nesse sentido, a inclusão de legendas e/ou intérpretes de linguagem gestual, janelas de bate-papo e controle de volume podem auxiliar aqueles que tenham alguma dificuldade auditiva (GEORGE, 2018). Uma das maiores vantagens da *online dispute resolution* é que todas as interações virtuais podem ser projetadas e monitoradas quanto à acessibilidade (LARSON, ob. cit., p. 445).

Uma outra observação relevante é que a acessibilidade só costuma ser considerada em relação ao usuário final, ou seja, as partes em conflito. Entretanto, ela precisa ser projetada para todos os participantes do procedimento incluindo os neutros, os advogados e membros da rede de pertinência (Ibidem, p. 442).

O *International Council for Online Dispute Resolution* - ICODR[7] apontou alguns padrões éticos que devem servir de orientação para as plataformas de tratamento adequado de conflitos com base nos princípios para a prática de ODR do Centro Nacional de Tecnologia e Resolução de Disputas e tratou sobre a questão da acessibilidade.

Segundo o Conselho, a acessibilidade implica em que a plataforma seja de fácil conexão pelos usuários, proporcione uma interação descomplicada entre as partes e não limite o direito de representação, seja por um advogado ou por um terceiro. A ODR deve estar disponível tanto em canais móveis quanto em *desktops* e, caso o acesso seja cobrado, o mesmo deve representar um custo módico para todos participantes (Ibidem).

Cabe frisar ainda que as plataformas de ODR precisam garantir a proteção dos dados pessoais das partes, bem como das comunicações entre as mesmas em face de terceiros não autorizados. Todos os usuários do sistema devem ser informados sobre quaisquer violações o mais rápido possível, assim como em relação às medidas adotadas para lidar com o vazamento inesperado.

3. Um estudo de caso da plataforma consumidor.gov.br pela perspectiva da acessibilidade

O consumidor.gov.br é uma plataforma criada pela Secretaria Nacional do Consumidor - SENACON em 2014 e tem por objetivo a solução de disputas de consumo por meio de uma interação direta entre o consumidor e as empresas aderentes. A SENACON tem a atribuição de elaborar, coordenar e executar a Política Nacional das Relações de Consumo, com a persecução das seguintes metas: proteção e exercício dos direitos dos consumidores; harmonização nas relações de consumo; integração e a atuação conjunta dos membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e participação em organismos, fóruns, comissões ou comitês nacionais e internacionais que tratem do assunto, dentre

[7] Cf. ICODR Standards. Disponível em < https://icodr.org/standards/> acesso em 26 de novembro de 2020.

outras. Ela encontra-se atualmente vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública[8].

O consumidor só pode submeter a sua reclamação se a empresa estiver previamente cadastrada no consumidor.gov.br. O registro da demanda ocorre através do preenchimento de um formulário em que o reclamante informa se procurou previamente ou não o fornecedor para resolver o conflito e faz uma breve descrição da compra do produto ou serviço identificando a área concernente ao problema (água, energia, gás, habitação, serviços financeiros etc), bem como o assunto e o tipo de ocorrência. A empresa tem até 10 dias para retornar uma resposta ao requerente.

O acompanhamento da reclamação pelo usuário no consumidor.gov.br é realizado através do *login* pessoal na plataforma. O usuário é notificado se alguma informação complementar for solicitada pela empresa para o tratamento do problema. Após as tratativas, o consumidor poderá classificar o caso como resolvido ou não resolvido e apontar o seu nível de satisfação com a resposta, o atendimento e a solução oferecida. Todos esses passos estão descritos no guia do usuário[9] que está disponível em formato pdf na plataforma.

O consumidor.gov.br propõe, portanto, uma negociação direta entre o consumidor e a empresa. A participação de advogados é sempre recomendada, porém não obrigatória[10]. O serviço também está disponível no formato de aplicativo, o que permite um melhor acesso em dispositivos móveis como celulares e *tablets*. A ausência de custos e essa facultatividade quanto à representação jurídica favorecem bastante a opção e o interesse dos consumidores por esta plataforma.

A adesão das empresas no consumidor.gov.br sempre foi voluntária. Entretanto, em decorrência da pandemia de Covid-19, a portaria nº. 15 de 27 de

8 Essas informações encontram-se disponíveis em < https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94> acesso em 1 de novembro de 2020.

9 Cf. Guia do Usuário disponível em <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/> acesso em 5 de novembro de 2020.

10 Cf. Advocacia poderá atuar em reclamações no site consumidor.gov. Revista Consultor Jurídico, 2 de fevereiro de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-fev-02/advocacia-atuar-reclamacoes-site-consumidorgov> acesso em 10 de novembro de 2020.

março de 2020 da SENACON[11] estabeleceu a obrigatoriedade de determinadas organizações procederem ao cadastro na plataforma desde que ostentem uma das seguintes características: atuação nacional ou regional em setores que envolvam serviços públicos e atividades essenciais; *sites* de atendimento pela *internet* dedicados ao transporte individual ou coletivo de passageiros; entrega de alimentos; promoção, oferta ou venda de produtos próprios ou de terceiros ao consumidor final; ou listada entre as duzentas companhias mais reclamadas no Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC no ano de 2019.

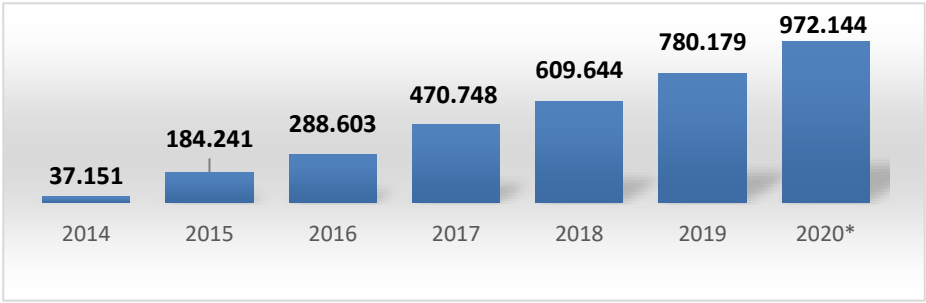
Este cadastramento compulsório deve ser realizado quando esta empresa se enquadra em uma das seguintes circunstâncias: faturamento bruto de no mínimo cem milhões de reais no último ano fiscal; média mensal igual ou superior a mil reclamações em seus canais de atendimento ao consumidor no último ano fiscal; ou quando ré em mais de quinhentos processos judiciais que discutam relações de consumo.

Um dos pontos mais sensíveis do consumidor.gov.br diz respeito à sua divulgação. Os indicadores mostram que o acesso à plataforma cresceu significativamente com o decorrer do tempo, mas ainda assim, é preciso fazer com que a plataforma se torne ainda mais conhecida pela população em geral[12]. O gráfico 1 abaixo mostra essa evolução quanto à propagação do serviço através do aumento do número de reclamações ao longo dos anos.

[11] Cf. Portaria no. 15 de 27 de março de 2020. Determina o cadastro de empresas na plataforma consumidor.gov.br para viabilizar a mediação via internet, pela Secretaria Nacional do Consumidor, dos conflitos de consumo notificados eletronicamente, nos termos do art. 34 do Decreto no 2.181, de 20 de março de 1997. Disponível em < https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-15-de-27-de-marco-de-2020-250710160> acesso em 10 de novembro de 2020.

[12] A pesquisa de satisfação do consumidor.gov.br revela que apenas 25% dos usuários consideram o serviço bem divulgado. Disponível em <https://consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/> acesso em 10 de novembro de 2020.

Gráfico 1. Números de Reclamações no consumidor.gov.br de 2014 a 2020[13]



Fonte: consumidor.gov.br

A pesquisa de satisfação do consumidor.gov.br publicada em 2019 aponta para um serviço eficiente em relação à solução dos casos: em média 80% dos consumidores tiveram seus problemas resolvidos e mais de 96% dos usuários declararam recomendar a plataforma. A dinâmica da negociação também é bastante ágil: a empresa deve dar uma resposta ao reclamante em até 10 dias e o procedimento finaliza em até 20 dias.

O *upload* de documentos no consumidor.gov.br é bem simplificado e a plataforma oferece um guia do usuário por telas, o que facilita a compreensão pelo consumidor. Quanto à questão geográfica, o sistema é restrito à jurisdição brasileira na medida em que o usuário precisa ter CPF e indicar um endereço no Brasil. O mesmo vale para a adesão de empresas, que devem possuir um CNPJ e um endereço no território nacional.

O consumidor.gov.br segue as diretrizes do Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico, conforme o Decreto nº. 5.296/2004[14]. O *site*[15] também

[13] Dados atualizados até outubro de 2020.

[14] Cf. Decreto no. 5.296 de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em ≤ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm> acesso em 11 de novembro de 2020.

[15] Cf. Consumidor.gov.br. Acessibilidade. Disponível em < https://consumidor.gov.br/pages/conteudo/acessibilidade> acesso em 11 de novembro de 2020.

está de acordo com os parâmetros internacionais de acessibilidade, principalmente às recomendações do *World Content Accessibility Guide* - WCAG do W3C.

No Brasil, o Mercado Livre assumiu um destaque importante em razão da criação de uma plataforma própria para tratamento de disputas. Através de um sistema conhecido como MeLi, o jurídico da empresa já anunciou uma redução de 98,9% de judicialização[16] com o oferecimento deste serviço gratuito de solução de conflitos.

O Mercado Livre firmou parceria com o consumidor.gov.br e recomenda o seguinte trâmite aos seus clientes em seu vídeo institucional[17]: a primeira tentativa de resolução do problema deve ser junto ao MeLi, para que a própria empresa possa ajudar no equacionamento da questão. Caso não seja possível resolver a reclamação, o consumidor pode acessar o portal consumidor.gov.br para uma nova investida consensual com o vendedor. A solução consensual é uma faculdade, bem como a escolha da plataforma a ser utilizada. Ambas oferecem um serviço gratuito.

Cabe esclarecer ainda que não há uma interconectividade direta entre o aplicativo do MeLi e o consumidor.gov.br. Assim, é preciso que o consumidor realize duas reclamações separadas, uma no sítio eletrônico da empresa e outra na plataforma gerida pela SENACON. Essa ausência de integração entre os sistemas impacta na acessibilidade na medida em que se apresenta como mais um obstáculo a ser superado pelo usuário.

Porém, em alguns segmentos esta integração com o consumidor.gov.br já está concretizada, como ocorre em certos setores regulados. A agência nacional de aviação civil (ANAC) foi a primeira agência reguladora no país a utilizar a plataforma pública para o tratamento dos seus conflitos. Antes do estabelecimento do termo de cooperação técnica com a SENACON em 2017[18], a ANAC

---

[16] Cf. StartSe. Como o Mercado Livre atingiu 98,9% de "desjudicialização" na resolução de conflitos. Disponível em <https://www.startse.com/noticia/nova-economia/mercado-livre-odr-resolucao-conflito> acesso em 10 de novembro de 2020.

[17] Cf. Vídeo institucional MeLi - Mercado Livre. Disponível em <https://www.youtube.com/user/mercadolivreoficial> acesso em 10 de novembro de 2020.

[18] Cf. Consumidor.gov.br recebe primeira adesão de agência reguladora. Justiça e Segurança Pública, 13 de dezembro de 2016. Disponível em < https://www.justica.gov.br/news/consumidor-gov-br-recebe-primeira-adesao-de-agencia-reguladora> acesso em 13 de novembro de 2020.

recebia as reclamações através dos seus canais de atendimento eletrônico e entrava em contato com a empresa aérea. Posteriormente, a agência verificava a ocorrência de infração às normas da aviação civil e, conforme o caso, aplicava uma sanção.

A partir da entrada em vigor do referido convênio, a ANAC passou a direcionar todas as reclamações dirigidas aos seus canais ao consumidor.gov.br. Na prática, isso representou uma espécie de delegação[19] da gestão dos conflitos à plataforma. Neste sistema, o consumidor entra em contato diretamente com as empresas (desde que estejam previamente cadastradas no *site*) e ambos tentam uma solução consensual para o problema ocorrido através de uma negociação assíncrona.

Em julho de 2019, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e a SENACON assinaram um termo de cooperação com o objetivo principal de combater as práticas abusivas das instituições que oferecem empréstimos consignados junto aos aposentados[20]. A finalidade foi tornar o consumidor.gov.br um canal para recebimento de queixas referentes a este assunto.

Em novembro de 2019, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) firmou um termo de cooperação técnica com a SENACON que previu a integração dos canais de atendimento e reclamação da ANEEL com o consumidor.gov.br[21]. Esta integração, assim como no caso da ANAC, tem dois objetivos principais: o monitoramento das demandas dos consumidores, assim como a consulta e a importação de dados relativos aos atendimentos.

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) também firmou o termo de cooperação com a SENACON em novembro de 2019[22]. Em março

---

[19] Ibid., p. 10.

[20] INSS e Senacon assinam acordo para aumentar combate na concessão abusiva de consignado, 25 de julho de 2019. Disponível em < https://www.inss.gov.br/inss-e-secretaria-nacional-do-consumidor-assinam-acordo-para-aumentar-combate-na-concessao-abusiva-de-consignado/> acesso em 1 de novembro de 2020.

[21] ANEEL assina acordo com Ministério da Justiça para integrar Consumidor.gov.br, 26 de novembro de 2019. Disponível em <https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset_publisher/zXQREz8EVlZ6/content/aneel-assina-acordo-com-ministerio-da-justica-para-integrar-consumidor-gov-br/656877?inheritRedirect=false> acesso em 1 de novembro de 2020.

[22] ANATEL assina termo de cooperação com CNJ e Senacon sobre resolução de controvérsias, 8 de novembro de 2019. Disponível em <https://www.anatel.gov.br/institucional/o-que-e-rss/104-home-

de 2020, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)[23] assinou o mesmo documento. Estes convênios mais recentes ainda não tiveram seus primeiros boletins divulgados. De todo modo, é possível perceber um movimento importante em relação à adesão de setores regulados ao consumidor.gov.br desde 2019.

CONCLUSÃO

A *online dispute resolution* foi abordada neste artigo em seu conceito mais amplo, ou seja, admitindo a incorporação de todo tipo de tecnologia aos meios adequados de solução de conflitos, inclusive as mais básicas do ponto de vista da sofisticação tecnológica como por exemplo *email*, mensagens eletrônicas instantâneas, recursos de videoconferência, dentre outras.

A ODR ganhou notoriedade primeiramente no segmento de *e-commerce* e, com o tempo, as tecnologias disponíveis para apoio aos procedimentos de solução adequada de conflitos se tornaram mais avançadas, sendo possível, inclusive, o tratamento de dados das reclamações para otimização da atividade empresarial através da identificação dos pontos mais reclamados pelos clientes.

Gabrielle Kaufmann-Kohler e Thomas Schultz tratam a acessibilidade a partir de três aspectos fundamentais: a arquitetura ou estrutura do *site*; o custo do serviço e a inclusão de pessoas com deficiência. A arquitetura ou estrutura do *site* se desdobra na facilidade do encontro da plataforma via os mecanismos de busca na *internet* e no manuseio por pessoas que não são especialistas em tecnologia.

Os custos devem ser moderados para que não sejam uma barreira para o acesso à plataforma. Nas relações consumeristas, caso o serviço seja oferecido pela própria empresa, o consumidor não deve ser onerado. Na hipótese em que o consumidor precise acessar um sistema pago para tratamento da sua demanda em face do vendedor, aquele deve ser ressarcido de todos os gastos.

A inclusão de pessoas com deficiência é um ponto fundamental e tratado com pouca amplitude pela academia. David Larson, em recente artigo sobre o tema, ressalta que a mesma preocupação que existe no ambiente presencial com

institucional/2437-anatel-assina-termo-de-cooperacao-com-cnj-e-senacon-sobre-resolucao-de-controversias> acesso em 1 de novembro de 2020.

[23] ANTAQ e Senacon assinam acordo de cooperação técnica, 12 de março de 2020. Disponível em <http://portal.antaq.gov.br/index.php/2020/03/12/antaq-e-senacon-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica/> acesso em 17 de novembro de 2020.

a acomodação adequada de todos os presentes deve ser transpassada para o ciberespaço, principalmente no que concerne à acessibilidade de indivíduos com deficiência.

Nesse sentido, os desenvolvedores das plataformas devem prever recursos de ferramentas de acessibilidade como legendas e/ou intérpretes de linguagem gestual, janelas de bate-papo, controle de volume, dentre outros.

O estudo de caso realizado sobre o consumidor.gov.br indica que a plataforma está bem adequada aos aspectos da acessibilidade indicados pela doutrina, tendo em vista que é um serviço público gratuito que disponibiliza guias explicativos para acesso aos usuários e está de acordo com os parâmetros internacionais, em especial, as recomendações do *World Content Accessibility Guide*.

Contudo, cabe destacar que o consumidor.gov.br está limitado às relações de consumo travadas entre consumidor brasileiro e empresa nacional, uma vez que é preciso fornecer o CPF e o CNPJ, bem como os respectivos endereços e CEPs no país para a realização do cadastro que permite o acesso à plataforma.

Além disso, a negociação direta entre as partes é realizada obrigatoriamente por escrito e em língua portuguesa. Uma sugestão possível é que o consumidor.gov.br passe a contemplar a submissão de reclamações por vídeo ou áudio (em formato e com limitação de tempo previamente estabelecidos) para dar maior acessibilidade às pessoas com deficiência. A disponibilização do sistema em outros idiomas também ajudaria na inclusão de estrangeiros que porventura residem no Brasil, mas que ainda não dominam o idioma nacional.

A integração do consumidor.gov.br com outros sistemas está em fase de desenvolvimento e os setores regulados estão mais avançados neste sentido em decorrência do estabelecimento de termos de cooperação técnica entre as agências reguladoras e a SENACON. Desde 2017, convênios foram firmados com a ANAC, ANEEL, ANATEL e ANTAQ.

A assinatura desses termos colabora para a adesão em massa das empresas reguladas de cada setor e, com isso, o consumidor tem ampliado o seu leque de possibilidades para submeter uma reclamação na plataforma. Os efeitos desses acordos de cooperação serão percebidos mais concretamente com a divulgação dos boletins de monitoramento das agências reguladoras.

REFERÊNCIAS

Advocacia poderá atuar em reclamações no site consumidor.gov. Revista Consultor Jurídico, 2 de fevereiro de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-fev-02/advocacia-atuar-reclamacoes-site-consumidorgov> último acesso em 10 de novembro de 2020.

ANATEL assina termo de cooperação com CNJ e Senacon sobre resolução de controvérsias, 8 de novembro de 2019. Disponível em <https://www.anatel.gov.br/institucional/o-que-e-rss/104-home-institucional/2437-anatel-assina-termo-de-cooperacao-com-cnj-e-senacon-sobre-resolucao-de-controversias> último acesso em 1 de novembro de 2020.

ANEEL assina acordo com Ministério da Justiça para integrar Consumidor.gov.br, 26 de novembro de 2019. Disponível em <https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset_publisher/zXQREz8EVlZ6/content/aneel-assina-acordo-com-ministerio-da-justica-para-integrar-consumidor-gov-br/656877?inheritRedirect=false> último acesso em 1 de novembro de 2020.

ANTAQ e Senacon assinam acordo de cooperação técnica, 12 de março de 2020. Disponível em <http://portal.antaq.gov.br/index.php/2020/03/12/antaq-e-senacon-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica/> último acesso em 17 de novembro de 2020.

ARBIX, Daniel. *Resolução online de controvérsias*. São Paulo: Intelecto editora, 2017.

BRASIL. Decreto nº. 5.296 de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em ≤ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm> último acesso em 11 de novembro de 2020.

BRASIL. Portaria nº. 15 de 27 de março de 2020. Determina o cadastro de empresas na plataforma consumidor.gov.br para viabilizar a mediação via internet, pela Secretaria Nacional do Consumidor, dos conflitos de consumo notificados eletronicamente, nos termos do art. 34 do Decreto no 2.181, de 20 de março de 1997. Disponível em < https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-15-de-27-de-marco-de-2020-250710160> último acesso em 10 de novembro de 2020.

Canadian Code of practice for consumer protection in electronic commerce, 16 de janeiro de 2004. Disponível em < https://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/EcommPrinciples2003_e.pdf/$FILE/EcommPrinciples2003_e.pdf> último acesso em 26 de novembro de 2020.

Consumidor.gov.br. Acessibilidade. Disponível em < https://consumidor.gov.br/pages/conteudo/acessibilidade> último acesso em 11 de novembro de 2020.

Consumidor.gov.br recebe primeira adesão de agência reguladora. Justiça e Segurança Pública, 13 de dezembro de 2016. Disponível em < https://www.justica.gov.br/news/consumidor-gov-br-recebe-primeira-adesao-de-agencia-reguladora> último acesso em 13 de novembro de 2020.

CORTÉS, Pablo. *La resolución de conflitos com consumidores: de la mediación a las ODR*. Madrid: editorial Reus, 2018.

DRAETTA, Ugo. *Internet et commerce electronique en Droit International des Affaires*. Bruxelles: Bruylant, 2002.

GEORGE, Kevin. Accessible Emails: How To Design And Code Them The Right Way, 11 de janeiro de 2018. Disponível em <https://email.uplers.com/blog/accessibility-in-emails/> acesso em 7 de julho de 2020.

Guia do Usuário disponível em <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/> último acesso em 5 de novembro de 2020.

ICODR Standards. Disponível em < https://icodr.org/standards/> acesso em 26 de novembro de 2020.

INSS e Senacon assinam acordo para aumentar combate na concessão abusiva de consignado, 25 de julho de 2019. Disponível em < https://www.inss.gov.br/inss-e-secretaria-nacional-do-consumidor-assinam-acordo-para-aumentar-combate-na-concessao-abusiva-de-consignado/> último acesso em 1 de novembro de 2020.

KATSH, Ethan; RULE, Colin. What we know and need to know about Online Dispute Resolution. *South Carolina Law Review*, v. 67, p. 331, 2016. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/office_president/katsh_rule_whitepaper.pdf> acesso em 29 de outubro de 2018.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas. *Online dispute resolution: Challenges for contemporary justice*. Hague: Kluwer Law International, 2004.

LARSON, David Allen. Digital Accessibility and Disability Accommodations in Online Dispute Resolution: ODR for Everyone. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 34, nº. 3, pp. 441, 2019. Disponível em < https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1462&context=facsch> acesso em 3 de julho de 2020.

MANIA, Karolina. Online dispute resolution: the future of justice. *International Comparative Jurisprudence*, v.1, p. 79, 2015. Disponível em <

https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=Online+dispute+resolution:+The+future+of+justice+Karolina+Mania&ie=UTF-8&oe=UTF-8> acesso em 12 de dezembro de 2018.

Recomendação da Comissão de 30 de março de 1998 relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo (*)) (98/257/CE). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998H0257&from=PT> último acesso em 25 de novembro de 2020.

StartSe. Como o Mercado Livre atingiu 98,9% de "desjudicialização" na resolução de conflitos. Disponível em <https://www.startse.com/noticia/nova-economia/mercado-livre-odr-resolucao-conflito> último acesso em 10 de novembro de 2020.

Trans Atlantic Consumer Dialogue. Alternative Dispute Resolution in the context of electronic commerce, n. 376.

MEDIAÇÃO PARA RESOLVER CONFLITOS DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL? Problematizando algumas práticas institucionais

Klever Paulo Leal Filpo
Doutor em Direito. Professor do PPGD/UCP e do ITR/UFRRJ. Pesquisador do INCT/InEAC/UFF
klever.filpo@yahoo.com.br

Resumo: Trata-se de pesquisa realizada entre maio de 2019 e maio de 2020 por meio de uma aproximação empírica, de natureza qualitativa, da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) situada no centro da cidade do Rio de Janeiro. A CRLS é uma iniciativa que envolve vários atores institucionais, sendo identificada como um meio de resolução de conflitos sanitários destinado a evitar a judicialização de demandas de saúde pelos assistidos da Defensoria Pública. O trabalho descreve sucintamente as etapas da implantação e o funcionamento da CRLS e busca problematizar e refletir sobre os dados levantados, inicialmente em fontes bibliográficas e documentais e, em um segundo momento, em algumas observações de campo. Concluiu-se que a iniciativa traz bons resultados do ponto de vista institucional, sendo apresentada como um caminho alternativo à judicialização. Contudo, também gera perplexidades e suscita reflexões por conta do predomínio da perspectiva institucional sobre a perspectiva dos usuários, sobretudo pobres e doentes, e do fortalecimento do discurso da harmonia no campo das demandas de saúde pública, no Brasil. Pretende-se refletir sobre as possibilidades e limitações do emprego de formas consensuais de solução de conflitos, como a mediação, quando estes incluem grupos vulneráveis (idosos, doentes, etc).

Palavras-chave: Saúde Pública; Mediação de Conflitos; Pesquisa Empírica

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo compartilhar reflexões e estranhamentos despertados por meio de pesquisa de inspiração etnográfica realizada entre maio de 2019 e maio de 2020, com o objetivo de compreender e descrever o funcionamento da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), instituída pela Procuradora Geral do Estado do Rio de Janeiro em convênio com outras instituições públicas fluminenses, em funcionamento de desde o ano de 2013.

A iniciativa reúne Procuradores do Estado, Procuradores do Município, Defensores Públicos do Estado do Rio e da União e representantes da Secretaria de Estado de Saúde e Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, com o escopo de promover atendimento de pessoas assistidas pela Defensoria Pública e que demandem prestação de serviços de saúde. Uma das ganhadoras da XI Edição do Prêmio Innovare, a CRLS tem resultados considerados positivos do ponto de vista institucional. Sua intenção declarada é evitar o ajuizamento de ações buscando solução administrativa para a oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico ou clínico, internação ou exame médico.

A expectativa é de que as ferramentas da mediação e da conciliação empregadas na CRLS sejam capazes de proporcionar maior celeridade na solução dos conflitos; construir soluções econômicas e adequadas para as necessidades das partes; alargar o acesso à Justiça; evitar o assoberbamento do Poder Judiciário; estimular uma cultura de paz; dentre outras (FILPO, 2016).

Por outro lado, em uma perspectiva crítica e reflexiva, também é possível realizar um exercício de estranhamento sobre esse movimento de promoção das soluções consensuais no âmbito da saúde. Por exemplo, em uma visão garantista, pode-se indagar se o movimento de conduzir a administração de conflitos para longe do Poder Judiciário não representaria um risco para determinados direitos.

No caso dos litígios de saúde esse aspecto chama a atenção, dado o evidente desequilíbrio que, em geral, pode ser identificado entre as partes litigantes: pessoas idosas e doentes, de um lado, e o Estado, do outro. Também se pode discutir a afirmação, tão comum entre os defensores da mediação, de que ela se apresenta sempre como uma forma mais célere, adequada e econômica de solução do conflito quando comparada ao processo judicial convencional, trazendo vantagens para ambas as partes.

Neste artigo, pretendo compartilhar e problematizar alguns aspectos do funcionamento dessa Câmara, em particular, e da absorção de formas consensuais de solução de conflitos de saúde, em geral, tendo como base minhas observações de campo. Trata-se de discutir algumas opções e práticas institucionais correlatas.

1. Metodologia Empregada na Pesquisa

A pesquisa propriamente dita[1] foi iniciada com um levantamento de materiais de divulgação da CRLS, encontrados em diversificados veículos de comunicação, sobretudo páginas eletrônicas (sites oficiais) das instituições envolvidas na concepção e operação da Câmara; de textos publicados sobre o assunto, acadêmicos e não acadêmicos; além de dissertações de mestrado que tomaram a CRLS como objeto de investigação.

Notei, nessa etapa da pesquisa e por meio dessas fontes, uma certa uniformidade na forma como a iniciativa foi/é apresentada ao público em geral, ressaltando a característica inovadora do trabalho que ali se pretende desenvolver, bem como as vantagens de se solucionar uma demanda individual de saúde pública por meio de métodos consensuais, em vez de partir para a sua judicialização. Nesse caso, o método consensual proposto corresponde ao protocolo de atendimento dos assistidos das Defensorias na CRLS, enquanto o discurso não apenas predominante, mas hegemônico, é o discurso institucional.

Finalmente, realizei uma aproximação empírica da CRLS a fim de observar o seu funcionamento e interagir com alguns dos seus atores. Durante minhas incursões de campo, ocorridas em três oportunidades entre maio de 2019 e março de 2020, realizei observações na sede situada no centro da cidade do Rio de Janeiro, mais especificamente na Rua da Assembleia 77-A.

Algumas dificuldades foram encontradas nesse percurso. A primeira delas disse respeito à aproximação institucional, já que as atividades de mediação são consideradas confidenciais (Lei 13.140/15), obstáculo contornável apenas por meio de autorizações especiais (cf. a autorização da Secretaria Estadual de Saúde obtida por SOARES, 2016, p. 96 – documento anexado à respectiva dissertação de mestrado). Em uma de minhas incursões na CRLS percebi que a presença de pessoas "estranhas" não é exatamente bem vinda, a despeito de se tratar de um serviço público. Ocorreu de estar sentado em silêncio na sala de espera para a triagem e ser indagado pela recepcionista sobre o que eu estava fazendo ali. Quando expliquei que estava apenas esperando, isso deixou a

[1] A pesquisa foi realizada no âmbito de estágio Pós-Doutoral no Instituto de Medicina Social da UERJ, tendo como supervisor o Professor Felipe Dutra Asensi. Início em maio de 201 e término em maio de 2020.

atendente incomodada de modo que, passados alguns minutos, ela voltou a indagar as razões da minha presença. Também perguntou se eu era advogado, eu respondi que sim (embora me encontrasse ali como pesquisador, não quis pregar mentira). Nesse momento ela me sinalizou que não era para um advogado estar ali, dizendo algo como "advogado, aqui? Aqui não precisa advogado, aqui é Defensoria". Um tanto constrangido, deixei a sala depois de alguns minutos.

A outra dificuldade foi o fator tempo, eis que a pesquisa ocorreu de forma concomitante com a continuidade de minhas atividades profissionais. Finalmente, a partir de março de 2020, todo sistema de saúde pública em todos os níveis, voltou-se para o enfrentamento da COVID-19, fator este que, juntamente com o advento das medidas de isolamento social destinadas a conter a propagação do vírus, tornaram impossível o prosseguimento da pesquisa de campo. Inicialmente, acreditei que seria uma dificuldade superável e a pesquisa poderia ser retomada em algumas semanas. Mas não foi isso o que ocorreu. Essas dificuldades foram contornadas com a intensificação da pesquisa em fontes bibliográficas e documentais, que serão oportunamente referidas. A respeito dessas leituras e experiência pareceu relevante pontuar o que segue.

2. O Estímulo às Soluções Consensuais para os Conflitos Sanitários

A adoção de serviços voltados à solução consensual de disputas no âmbito da CRLS vem sendo considerada por muitos uma contribuição relevante do ponto de vista de duas políticas públicas concebidas e estimuladas pelo Conselho Nacional de Justiça: (i) a Política Judiciária Nacional para a Saúde (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p. 12), relacionada ao tema da judicialização da saúde e as respostas institucionais, do Poder Judiciário, em vista desse fenômeno; e (ii) a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesse pelo Poder Judiciário, esta última inaugurada com a Resolução 125 do CNJ/2010 que pretendeu estimular a utilização de meios consensuais, como a conciliação e a mediação, em diferentes contextos (MELLO; BAPTISTA, 2011)[2].

[2] Essa assertiva parece verdadeira ainda que as práticas levadas a efeito na CRLS não se encaixem tão bem nos rótulos de mediação ou conciliação, guardando alguma semelhança com o modelo de "mesas de negociação", como apontado por Delduque e Castro (2015) em vista do artigo 1º do Decreto 8.243/2014, que as define como "mecanismo de debate e de negociação com a participação dos setores da sociedade

Curiosamente o maior protagonista no estímulo ao consenso como alternativa à judicialização vem sendo o Poder Judiciário desde a criação do Conselho Nacional de Justiça (2004), consolidando-se a partir da Res. 125 desse Conselho (NUNES, 2014). Sob a ótica dos Tribunais, parece haver a intenção de evitar a judicialização das disputas, preferindo que estas sejam solucionadas por outras vias, como a mediação extrajudicial (FILPO, 2016).

Desde esse primeiro "disparador", que partiu do Poder Judiciário, a mediação vem ganhando cada vez mais espaço no cenário jurídico brasileiro. O Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), em vigor desde março de 2016, instituiu a mediação (ou a conciliação, conforme o caso) como uma etapa obrigatória nos processos cíveis, tratando-se de uma importante inovação a ser estimulada por juízes, promotores, advogados, defensores, enfim, todos os atores do processo. Uma das intenções é torná-lo menos belicoso e mais consensual.

Na mesma esteira, a Lei de Mediação (13.140/2015) dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a possibilidade de autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Essa normativa fornece base jurídica para que a mediação possa ser empregada para lidar de forma segura com uma série de disputas, cuja complexidade e valor envolvido talvez não justifiquem o ajuizamento de uma ação. Ou ainda disputas em que o formalismo e rigor do processo convencional talvez não se apresentem com a melhor alternativa, ao menos em um primeiro momento.

A proposta de trazê-las para o campo dos conflitos relacionados ao direito à saúde ganhou força em função da promessa de melhor percepção do conflito e consequentemente do encontro da solução mais adequada, pacífica e construída de forma democrática. Segundo Soares (2017), "esses modelos alternativos de resolução de conflitos tais como diálogos institucionais, mediação, conciliação, arbitragem poderiam ser usados no âmbito extrajudicial, desafogando essa Judicialização das políticas sociais e garantindo maior efetividade às decisões no intuito de se solucionar os conflitos sanitários".

Delduque e Castro (2015), notaram que a solução de controvérsias na saúde vem se dando quase que exclusivamente no âmbito do Poder Judiciário, gerando o fenômeno da judicialização (em vez das demandas de saúde pública

civil e do governo diretamente envolvidos no intuito de prevenir, mediar e solucionar conflitos sociais".

serem atendidas, como regra, pela União, pelo Estado ou pelo Município, dentro de suas competências, acabam sendo atendidas pelo Judiciário). Segundo esses autores, essa forma de dirimir conflitos não atende ao Sistema Único de Saúde nem ao próprio órgão julgador. Já Silva e Schulman (2017, p. 294) pontuam que, mesmo quando a solução é consensual mas ocorre dentro do Poder Judiciário, seja antes ou durante o processo, geralmente em audiências que são designadas com essa finalidade, isso não evita o acionamento da "máquina que se quer manter à margem da discussão".

São, portanto, vozes que pretendem chamar atenção para o potencial das soluções consensuais e extrajudiciais, como a mediação, supostamente aptas "para a solução de controvérsias, a fim de evitar a necessidade de mobilização do Poder Judiciário", isto é, a judicialização de conflitos de saúde. Pareceu-me contudo, na pesquisa, que a maior parte dessas vozes são institucionais. Trata-se de um discurso assumido e alimentado pelas instituições envolvidas na administração/solução de conflitos de saúde e seus representantes, os quais perceberam na mediação e na conciliação um possível caminho para gerir ou evitar milhares e milhares de demandas judiciais em que se busca o cumprimento de promessas constitucionais relacionadas à saúde pública, no Brasil.

3. Gênese e Funcionamento da CRLS

A CRLS foi um dos projetos contemplados na edição 2014 do Prêmio Innovare[3], na categoria advocacia. No sítio eletrônico correspondente[4] estão registradas as informações mais relevantes sobre essa iniciativa. Informações estas prestadas pelos profissionais que realizaram a inscrição desse projeto para concorrer ao referido Prêmio e que utilizamos como base documental para compreender sua concepção e implantação.

Segundo os dados ali contidos, a iniciativa da CRLS surgiu por ato assinado em maio de 2012 (Convênio de Cooperação nº 003/504/2012), reunindo Procuradores do Estado, Procuradores do Município, Defensores Públicos do

[3] Segundo sua página oficial (https://www.premioinnovare.com.br/inscricoes), o Prêmio Innovare "tem como objetivo identificar, divulgar e difundir práticas que contribuam para o aprimoramento da Justiça no Brasil. Sua criação foi uma dessas raras oportunidades em que uma conjunção de fatores conspira a favor do bem público".

[4] https://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls

Estado, Defensores Públicos da União[5] e representantes da Secretaria de Estado de Saúde e da Secretaria Municipal de Saúde, com o escopo de promover o atendimento de partes assistidas pela DPGE e pela DPU e que demandassem prestação de serviço de saúde, de modo a evitar o ajuizamento de ações, buscando solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico ou clínico, internação ou exame médico.

Ainda segundo os proponentes (TAVARES *et al,* 2014), o crescimento de ações judiciais envolvendo questões de saúde sinalizou que o modelo de atuação dos órgãos do sistema de justiça deveria se adequar a essa nova realidade. As instituições envolvidas enxergaram que o processo judicial, embora seja capaz de impor aos entes públicos obrigações de entrega de medicamentos, internação e a realização de procedimentos, não conseguia atender a dinâmica e a urgência de tratamentos médicos contínuos. Logo, a sua conclusão é que o sistema de justiça deveria criar incentivos para a melhoria da atuação administrativa e não apenas reprimir as suas falhas e, acima de tudo, estruturar rotinas extrajudiciais para solucionar conflitos sanitários.

Ao justificarem sua iniciativa, os proponentes (TAVARES *et al,* 2014) afirmam que a massificação das demandas judiciais de saúde teria resultado em um processo de concessão indiscriminada de medicamentos por meio de decisões judiciais proferidas em ações individuais, sem que o Sistema de Saúde pudesse avaliar os riscos sanitários das ordens judiciais e o impacto nas políticas públicas em curso. Também pontuaram que a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde iniciou suas atividades em 17 de setembro de 2013, mas que, desde 2007, a Procuradoria do Estado e do Município começaram a buscar, a partir do crescimento das demandas judiciais de saúde, a aproximação com os demais atores desses processos.

Nota-se na concepção e concretização da proposta da CRLS uma efervescente mobilização institucional a qual, discursivamente, pretende viabilizar solução mais rápida e eficiente para conflitos entre os usuários do sistema de saúde pública atendidos pelas Defensorias Públicas e poderes públicos, no tocante à assistência à saúde, evitando que esses conflitos sejam judicializados. A iniciativa foi considerada, do ponto de vista das instituições envolvidas, inovadora e

[5] De forma simplificada, os Defensores Públicos da União prestam assistência às pessoas carentes nas demandas em que a União seja parte ou tenha interesse no feito, que tramitam na Justiça Federal. Os Defensores Públicos dos Estados atuam em causas que tramitam na Justiça Estadual.

meritória, a tirar pela vasta produção bibliográfica que lhe dá suporte e pela própria premiação no âmbito do Prêmio Innovare, destinado a reconhecer práticas que contribuem para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário no Brasil.

Soares (2017), em pesquisa que resultou em sua dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense, observou e descreveu em detalhes a atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) e procurou compreender a forma como busca resolver, extrajudicialmente, conflitos sanitários. A autora apresenta um interessante fluxograma do atendimento prestado aos usuários na CRLS (SOARES, 2017, p. 97), e também descreve esses passos (SOARES, 2017, p. 59) explicando que se iniciam pela triagem que é realizada por assistentes sociais. Após uma avaliação inicial do caso, ocorre o atendimento propriamente dito, que é feito pelos atendentes das Defensorias Públicas e por fim, o usuário é direcionado para a análise técnica do direito à saúde pleiteado, que é feita pelos profissionais das Secretarias de Saúde. Caso a demanda não seja satisfeita, o usuário é encaminhado a um novo atendimento realizado pela equipe multiprofissional das Defensorias e das Secretarias onde é efetivado o encaminhamento administrativo ou fica decidido o ajuizamento da ação judicial Soares (2017, p. 59).

Embora não haja um registro da temporalidade desses sucessivos atos seja no trabalho retro citado, seja nas manifestações institucionais consideradas na pesquisa, minhas observações de campo permitiram inferir que não há prazos rigidamente definidos para que cada uma dessas etapas seja ultimada, pois isso vai depender de cada caso, em vista da providência solicitada pelo usuário (medicamento, insumo, cirurgia, movimentação); da disponibilidade do ente público encarregado de providenciar o atendimento do pleito, dentre outros.

Nessa linha de pensamento, a inexistência de regras de procedimento de natureza compulsória – no que pertine a prazos, por exemplo – pode se tornar um obstáculo para o usuário, pois pode ser longa a espera para obter o atendimento de sua demanda pela via extrajudicial, a despeito de todas as promessas e notícias propaladas pelas instituições envolvidas na criação e operação da CRLS.

4. Algumas Observações de Campo

Há CRLS espalhadas em vários Municípios do Rio de Janeiro. Pelo fato de ser a pioneira e de situar-se no centro da capital com uma boa estrutura, a opção da pesquisa foi pela aproximação empírica da Câmara sediada na Rua da Assembleia, sendo esta a experiência de campo que suscitou as reflexões compartilhadas neste *paper*.

A opção da pesquisa foi por realizar uma aproximação de inspiração etnográfica (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1996, pp. 19-21), quando procurei, em visitas realizadas à CRLS, observar e interagir, buscando alcançar ao mais possível, as percepções dos seus usuários. Durante as incursões de campo[6], percebi que se trata de instalações, aparentemente, bastante apropriadas. Inclusive com a peculiaridade de que o ponto escolhido se encontra razoavelmente próximo das sedes das instituições parceiras, sendo também de fácil acesso para quem se encontra no centro da cidade, ou que pode ter acesso a ele pelos meios de transporte disponíveis[7].

Chamou minha atenção o fato de haver em todo lugar cartazes e pinturas nas paredes contendo palavras alusivas às vantagens que a mediação e outras formas consensuais de solução de conflitos podem apresentar, quando comparadas ao caminho judicial. Tais mensagens apregoavam que a melhor forma de resolver uma demanda ligada à saúde pública seria buscando uma solução consensual, deixando de ajuizar uma ação judicial. Essa mensagem está implícita em frases tais como "Lugar que busca um meio para resolver conflitos de saúde de forma simplificada, eficaz, rápida e satisfatória – Câmara de Resolução de Litígios de Saúde" (anotações feitas a mão na sede da CRLS-Rio, em 19/02/20).

Há também, gravadas nas paredes, as palavras: Diálogo. Vontade. Reconstrução. Comunicação. Agilidade. Colaboração. Solução. Entendimento. Êxito. Clareza. Confiança. Saúde. Empatia. Coerência. Parceria. Colaboração Eficácia da Solução. Paciência. Informação. Reformulação. Persistência. Comunicação. Agilidade. Orientação. Informação. Sabedoria (anotações feitas a mão na sede da CRLS-Rio, em 19/02/20). Essas "palavras de ordem" estão impressas

---

[6] Realizadas por Klever Filpo, na pesquisa realizada no âmbito de estágio Pós-Doutoral, no IMS/ UERJ, supervisionado pelo Prof. Felipe Asensi.

[7] Na prática são observadas as regras de divisão do trabalho da Defensoria pública que atende os assistidos em postos espalhados pelo Estado do Rio, em vista do local de residência dos assistidos. Daí porque é solicitado o comprovante de residência no momento do atendimento. Essa exigência, por sinal, é observada à risca pela equipe de atendimento, como pude constatar em minhas incursões de campo.

em locais bem visíveis e aludem à promessa – por assim dizer – que as entidades idealizadoras da CRLS fazem ao jurisdicionado/assistido que está em busca de uma solução (remédio, exame, cirurgia, tratamento) para o seu problema de saúde, no sentido de que todos, inclusive o próprio assistido da Defensoria, usuário do SUS, devem colaborar com a obtenção de uma solução consensual, evitando o ajuizamento de ações. Algo que será problematizado em considerações finais.

Na apresentação do projeto CRLS para o prêmio Innovare (TAVARES *et al*, 2014), os proponentes informaram que o imóvel-sede foi estruturado com o cuidado de proporcionar um ambiente acolhedor, com profissionais treinados para lidar com as dificuldades inerentes à sensibilidade das demandas recebidas, tendo-se, inclusive, elaborado projeto de cromoterapia, isto é, utilização de cores adequadas nas instalações, para proporcionar um ambiente favorável ao acordo[8]. Com efeito, nos manuais que se propõem a orientar sobre boas práticas de mediação, aplicáveis a outros ambientes destinados à solução consensual de conflitos, o cuidado com o ambiente – que deve ser calmo, acolhedor – é um dos aspectos mais ressaltados (cf. AZEVEDO, 2012; BRAGA NETO, 2012 e MIRANDA NETTO *et al*, 2015).

Outros cuidados também foram tomados: o subsolo/primeiro atendimento também é acessível por meio de um elevador disponível a poucos metros da entrada, sendo que as regras de acessibilidade parecem ter sido observadas, trando-se de um local limpo, bem sinalizado e bem cuidado. Após a triagem, é nos andares superiores que os assistidos são atendidos em suas demandas pelas equipes institucionais. Tudo apontando para o caminho do consenso, em vez do caminho judicial. Este, segundo as instituições envolvidas no projeto, deve ser veementemente evitado.

6. O que significa instituir uma instância intermediária entre o jurisdicionado e o juiz, nas demandas de saúde?

A despeito de todas as boas intenções de que a iniciativa pode se revestir, a própria proposta da CRLS pode ser problematizada porque, em alguns

[8] Conferir em <https://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>. Ver item: Quais os fatores de sucesso da prática?

momentos, repele com grande veemência a busca pela prestação jurisdicional – o ajuizamento de uma ação judicial – como se o acesso ao Judiciário não fosse, ele próprio, um direito assegurado constitucionalmente. Nessa medida, forma-se um paradoxo porque as instituições ali presentes são responsáveis pela promoção de todos os direitos dos usuários. Inclusive as Defensorias Públicas estarão institucionalmente encarregadas do ajuizamento das respectivas ações judiciais, caso o usuário não deseje tentar uma solução consensual, ou quando esta se mostrar inviável.

Curiosamente esse mesmo recado aparece também nas páginas institucionais dos entes parceiros como, por exemplo, no site do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, órgão judiciário encarregado de julgar as ações ajuizadas pelos cidadãos em face do Município e/ou do Estado do Rio reivindicando alguma providência no campo da saúde pública.

Notícia publicada no site do TJERJ pela sua assessoria de imprensa em outubro de 2015 enaltecia uma série de iniciativas levadas a efeito pelo governo do Estado do Rio de Janeiro criando uma "estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à Justiça"[9]. Dentre as iniciativas apontadas, a matéria fez referência às CRLS, destacando uma suposta economia de recursos públicos e pontuando que "a ideia é buscar soluções administrativas para o atendimento de cidadãos que precisam de medicamentos, exames, internações, tratamentos e transferências do SUS, evitando o ajuizamento de ações".

O verbo "evitar" é significativo no contexto da notícia, reforçando a ideia de que uma ação judicial é algo a ser repelido, afastado a todo custo, sendo substituída a atuação do juiz por outras instâncias. Ou, pelo menos, criando etapas que devam ser vencidas previamente para que, somente após, o magistrado possa ser acessado por meio do devido processo legal, quando o pleito não é atendido no âmbito administrativo[10].

---

[9] Conferir notícia publicada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pela sua assessoria de imprensa, no site oficial, na data de 28/10/2015, sob o título "Rio cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à Justiça".

[10] Estratégia semelhante foi adotada no Código de Processo Civil de 2015 (art. 334) prevendo que o juiz, ao receber uma petição inicial (documento que se presta a iniciar uma nova ação de natureza cível) deve designar uma audiência de mediação ou de conciliação, a ser conduzida por mediadores e conciliadores. Trata-se de criar instâncias de atendimento que precisam ser superadas para que, somente após, se possa acessar a figura do magistrado.

A CRLS, de forma análoga, é uma nova instância preenchida com uma série de procedimentos pertinentes ao protocolo de atendimento já descrito linhas acima, que o usuário deve percorrer. Nos casos em que o pedido é atendido administrativamente em um prazo razoável, pode-se entender que a Câmara serve para aproximar o usuário daquele ente público que deve prestar o atendimento à saúde. Nessas hipóteses, aproximam-se o discurso institucional e a prática. Entretanto, quando o pedido não é atendido em tempo razoável, ou quando o usuário tem a sua pretensão frustrada, a Câmara se revela como uma etapa administrativa adicional que precisa ser vencida antes do ajuizamento de uma ação judicial adequada para obrigar o inadimplente (União, Estado ou Município a quem compete a prestação almejada) a cumprir a sua obrigação.

Logo, em tais casos, a despeito da aproximação entre usuários e administração, amplia-se a distância entre o jurisdicionado (usuário do sistema de justiça) e o Judiciário, movimento este que veio embalado em um discurso contundente, apontando que a solução consensual é sempre melhor opção para resolver qualquer tipo de conflito, em qualquer situação – afirmação que não resiste a uma verificação empírica. Afinal, a quem recorrer quando a entrega do medicamento é inconstante, ou quando a cirurgia é sistematicamente adiada?

Soares (2017) levantou que expressivo percentual de solicitações que chegam à CRLS são atendidas, levantamento este que vem ao encontro das falas institucionais. Mas também constatou o que era evidente: além dos pleitos atendidos pela CRLS, há aqueles que não são atendidos, por diferentes motivos. Por exemplo, das 248 transferências de pacientes que foram solicitadas à CRLS entre 2014 e meados de 2016, apenas 42 (quase 17%) foram obtidas de forma administrativa. No mesmo período, dos 81 tratamentos buscados, 37 foram encaminhados administrativamente. Com relação a medicamentos, dos 3.495 solicitados, 1.526 foram disponibilizados pelas unidades de saúde pública (pouco mais de 43%). E dos 780 insumos solicitados, apenas 309 foram conseguidos na CRLS (SOARES, 2016, p. 83-84)[11].

Ocorre que, por se tratar de uma iniciativa institucional que pretende conter a judicialização da saúde, dados como estes acima, que justificam

[11] É importante explicar que os medicamentos e insumos não são entregues ali, mas sim mediante encaminhamento que é feito para uma determinada unidade de saúde, aumentando o caminho a ser percorrido e as chances de serem frustradas as expectativas de quem depende do atendimento público de saúde no Rio de Janeiro.

plenamente a propositura de ações pelos usuários que tiveram a sua pretensão desatendida na CRLS, não são apresentados de forma clara e transparente.

Pelo contrário, não notamos interesse em divulgar qualquer informação que pudesse, minimamente, colocar sob questão ou desabonar o trabalho realizado na Câmara. Isso é um equívoco, porque qualquer política pública contém imperfeições e precisa ser objeto de constante reavaliação, que pode promover redirecionamentos para o seu aperfeiçoamento contínuo. Sempre tendo em mente que a saúde e o acesso ao Judiciário são direitos constitucionalmente consagrados, no Brasil, embora carentes de maior efetividade.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da Saúde e Diálogo Institucional: a experiência de Lages (SC).** *Revista De Direito Sanitário*, *17*(2), 2016, 48-65. https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p48-65

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial.** Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil. 2012.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; AMORIM, Maria Stella de. **Quando direitos alternativos viram obrigatórios: burocracia e tutela na administração de conflitos.** Antropolítica Revista Contemporânea de Antropologia, n. 37, 2014. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/11277/1/263-552-1-SM.pdf>. Acesso em 25 ago. 2020.

BAPTISTA, Barbara Gomes Lupetti. **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade.** Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris, 2008.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas.** In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 103-125.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125/2010.** Disponível em

<http://cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao/legislacao>. Acesso em 02 mar. 2015.

BRASIL. Decreto nr. 8.243/2014 – Institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, e dá outras providências. Disponível em:

<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/120466065/decreto-8243-14>. Acesso em 10 mai. 20.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015 - Código de Processo Civil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.140/2015 - Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 01 mai. 2018.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vasquez de. **A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil.** Revista Saúde em Debate. Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p.506-513, abr.-jun. 2015. DOI: 10.1590/0103-110420151050002017. Acesso em 05 jun. 2020.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação Judicial: Discursos e Práticas.** Rio de Janeiro: Mauad X e FAPERJ, 2016.

MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e Significados.** Dilemas – Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social. IFCS/UFRJ. Rio de Janeiro. v.4, n. 1, jan./mar. 2011.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. **Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil.** In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). A mediação no novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, Thais Borzino Cordeiro. **A conciliação nas ações fazendárias: perspectivas teóricas e obstáculos empíricos para a sua efetiva implementação.** 2014. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **O Trabalho do Antropólogo: Olhar, Ouvir, Escrever.** Revista de Antropologia, São Paulo, USP, 1996, v. 39, n. 1. Disponível em: < file:///C:/Users/Klever/Downloads/111579-Texto%20do%20artigo-201293-1-10-20160229%20(4).pdf>. Acesso em 07 mar. 20.

SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. ***(Des)Judicialização da Saúde: Mediação e Diálogos Institucionais.*** Revista Bioética (impressa). 2017, n.25 (2), pp. 290-300. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017252189.

SOARES, Flávia Dantas. **A atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) na Resolução Extrajudicial dos Conflitos Sanitários: um estudo nos anos de 2014 a 2016.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2017.

SOUZA, Anderson Monteiro de. **A Atuação em Rede de Instituições Governamentais na Resolução de Conflitos sobre Demandas Sanitárias no Rio de Janeiro.** Dissertação de Mestrado apresentada à Fundação Getúlio Vargas no Curso de Mestrado Profissional em Administração Pública. Rio de Janeiro, 2016.

TAVARES, Lucia Lea Guimarães; GRYNBERG, Cyro; MARCARENHAS, Rodrigo; PALHEIRO, Pedro Henrique di Masi; GOMES FILHO, Hugo Gonçalves; SARAIVA, Maria Luiza de Luna. **Descrição da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde para concorrer ao Prêmio Innovare 2014, na categoria advocacia.** Informações disponíveis em: <https://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>. Acesso em 07 abr. 2020.

A EXPANSÃO DA JUSTIÇA: o uso dos meios alternativos de soluções de conflitos de modo online

Isadora Fernanda Latini
Centro Universitáro Toledo Prudente, estudante de bacharel em direito,
Presidente Prudente, Brasil,
isadora7fl@gmail.com

Ana Laura Martelli Theodoro
Centro Universitáro Toledo Prudente, professora de direito civil,
Presidente Prudente, Brasil,
Analaura.martelli@gmail.com

Resumo: O objetivo desta produção científica foi correlacionar a sociedade em rede com o acesso à justiça, propondo e analisando a solução digital de conflitos no Brasil. Está ocorrendo um constante crescimento dos meios de comunicação com o uso da internet, nota-se que as interações humanas possuem uma nova faceta- a online, o que justifica a adequação da justiça a essa nova realidade. O método utilizado será o indutivo argumentativo. Portanto, foi abordado os estímulos às soluções consensuais com o novo Código de Processo Civil, com a Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, entre outros documentos jurídicos. Posteriormente, o uso de ferramentas onlines para promover a justiça nos Estados Unidos da América - Online Dispute Resolution (ODR), possível implementação no Brasil e as necessárias cautelas, pois a alfabetização digital e o acesso aos aparatos da informática no Brasil não alcança todos os cidadãos. É incontestável o aumento de demandas que assolam o Poder Judiciário, o qual sofre com a ausência de uma estrutura efetiva e o peso das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, logo, concluiu-se que aderir à modalidade de justiça por ferramentas online é de substancial importância.

Palavras-chave: Solução digital de conflitos. Meios alternativos de resolução. Justiça online. Brasil.

INTRODUÇÃO

A justiça brasileira precisa se adaptar as transformações que a sociedade tem sofrido, singularmente a partir da era tecnológica e da intensificação das relações virtuais. Havendo um novo espaço, o virtual, em que se realizam negócios jurídicos, em que o ser humano interage, novos conflitos surgem e

passam a precisar da atenção dos juristas, em razão de suas pecualiariedades, complexidade e quantidade.

Com o passar do tempo houve uma evolução do conceito teórico de acesso à justiça, antes, o direito ao acesso judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação, protocolizando em autos físicos, seguindo o rigorismo dos ritos e participando pessoalmente das audiências.

Na legislação brasileira foi editada a Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, que implementou os meios alternativos expandido o acesso à justiça. Logo, o presente resumo irá abordar a possivel abrangência e atuação de todo o aparato da Resolução 125/10 no sistema ODR, ou seja, de forma online e se há legislação específica brasileira capaz de regulamentar as práticas conciliativas em ambiente virtual e principais vantagens e desvantagens na utilização da internet como instrumento de distribuição da justiça.

Foram abordados como a legislação brasileira tem se transformado para introduzir os meios alternativos de soluções de conflitos, como com o estímulo do artigo 3º do Código de Processo Civil, comparando com os dados do Relatório do Conselho Nacional de Justiça "Justiça em números 2020" e também relacionando com a Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios Contínua: Acesso à internet, à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2016, expedida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Foram observadas as propostas emitidas pelos doutrinadores Cappelletti e Garth, estimulando a desjudicialização dos conflitos, com a ampliação da assistência judiciária para garantir o acesso efetivo à justiça, assim como a necessidade de adapatação dessa assistência diante da atuação da justiça durante o tempo de pandemia que assolou o Brasil em 2020. Foram trazidos também diversos decretos adaptando a justiça paulista para o sistema home office e também foram abordados leis que visam expandir o acesso à internet pelos brasileiros.

1. DESENVOLVIMENTO

Os estímulos às soluções consensuais de conflitos começaram a tomar forças a partir de leis que buscaram introduzi-los no sistema judicial. A resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125 de 29 de novembro de 2010, legalizou todo o aparato estatal voltado ao uso dos meios alternativos de solução de

conflitos como: Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, Treinamento e capacitação, Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, a atuação dos conciliadores mediadores, o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, entre outras. Demonstrando que o sistema judiciário brasileiro passou a implementar alternativas para as lides brasileiras, não mais se concentrando apenas na judicialização.

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 acrescentou em seus primeiros artigos 12 normas fundamentais, em especial, a prevista no artigo 3º, estimulando a aplicação dos meios consensuais de soluções de conflitos sempre que possível:

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
> § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Todo esse incentivo à mediação, arbitragem e concilicação, propostos em lei certamente, a longo prazo, irá mudar a cultura do litigio judicial dos brasileiros, ademais, houve um relevante aumento da quantidade de conciliações. Segundo o relatório "Justiça em números 2020" os processos que correm nas varas estaduais possuem uma média de 07 anos para todo o procedimento de conhecimento e execução. (CNJ, 2020, p. 180). No que diz respeito à conciliação o relatório menciona que:

> A conciliação, política permanente do CNJ desde 2006, apresenta lenta evolução. Em 2019 foram 12,5% de processos solucionados via conciliação. O novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação e em quatro anos o número de sentenças homologatórias de acordo cresceu 30,1%, passando de 2.987.623 sentenças homologatórias de acordo no ano de 2015 para 3.887.226 em 2019. Em relação ao ano anterior, houve aumento de 228.782 sentenças homologatórias de acordo (6,3%).

Logo, com o aumento das sentenças homologatórias de mediação em 30,1%, percebe-se que está havendo uma mudança nos litigantes, que passaram

a aderir ao sistema de mediação, muitas vezes em razão do tempo de trâmite de um processo litigioso convencional ou em razão do diálogo entre as partes que propiciou um bom acordo para ambas as partes. Aliás, deve o Estado promover a solução consensual sempre que possível, conforme previsão do §2º do artigo 3º do CPC.

Na verdade, essa reestruturação já havia acontecido desde antes da promulgação do Novo CPC, como na instalação dos juizados especiais civeis e criminais, por exemplo, através da Lei 9.999/95, que possui um procedimento relacionado com a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação entre as partes, fazendo com que elas sejam protagonistas da resolução da lide entre si.

A tranformação da sistemática processual civil por Cappelletti e Garth contribuiu demasiadamente para a desjudicialização dos conflitos, pois propuseram as quatro ondas de renovação: 1. A criação e ampliação da assistência judiciária para garantir o efetivo acesso à justiça aos menos favorecidos, que pode ser observada com a assistência judiciária oferecida pelas defensorias públicas:

> em cujo texto, pioneiramente no mundo ocidental em patamar constitucional, ficou estabelecido como dever constitucional da União e dos Estados o de prestar a assistência judiciária aos necessitados, prevendo-se a criação de órgãos públicos que seriam especificamente encarregados de prestar tal serviço. Assim, a assistência judiciária deixava de ser um ônus legalmente imposto â classe dos advogados, passando a ser reconhecida como obrigação do poder público. Cabe lembrar que a Constituição brasileira de 1934, sob marcante influência da Constituição de Weimar, pretendendo expressar uma ruptura com o velho modelo do Estado de Direito liberal, buscando estruturar entre nós o novo paradigma de Estado Social que se difundia na Europa, atado politicamente às formas democráticas, mas voltado também para a efetivação de direitos sociais que emergiam no cenário histórico da época. (ALVES, 2006, p. 243)

Logo, a mesma assistêcia judiciária oferecida no Brasil pelas defensorias púbicas e advogados dativos, devem estar adpatados para fornecer aparatos tecnológicos que são a ponte de ligação entre as partes no caso de implementação de atos antes presenciais para a modalidade online, como em audiênciais para prestar testemunho, júris, comparecimento em juízo entre outras. As outras ondas de renovação propostas são: 2. A representação jurídica para os interesses difusos e coletivos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; 3. A quebra das barreiras encontradas pelos cidadãos na defesa de seus interesses, sob o enfoque do acesso à justiça, através da representação em

juízo; 4. A busca por alternativas consistentes em novos mecanismos e procedimentos para o processamento e prevenção de disputas na sociedade moderna, a título de promoção da verdadeira e efetiva pacificação social. (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p.31).

Observa-se que a quarta onda proposta por estes doutrinadores contempla um campo aberto de possibilidades, de inovações que tragam formas novas de procedimento das disputas e de prevenção. Portanto, procurar meios de praticar os atos processuais de forma online, dentro do possível, reduz gastos com a locomoção da parte até o Fórum, até o Tribunal ou outro orgão público, tornando mais celere e menos custosa acessar a justiça. Todavia, é preciso segurança com os dados processados e fornecidos pelos aparatos tecnologicos que funcionariam como ponte de conexão entre as partes.

2. O aumento da judicialização dos litígios no Brasil

O Brasil é um país de dimensão continental, além de sua vastidão geográfica, os dados do último censo geográfico realizado pelo Instituto Brasileiros de Geografia e Estatística, em 2010, demonstrou que o número de pessoas residindo no Brasil é de 190.755.799 (IBGE, 2010, p.30). Os dados divulgados pelo relatório "Justiça em números 2020", realizado pelo Conselho Nacional de Justiça deixam visíveis em que quesitos faltam aperfeiçoamento e mais efetividade da justiça. Primeiro, é importante enfatizar que o relatório demonstrou que, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.211 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2019 (IBGE, 2020, p.99) Foi abordado também os indicadores de produtividade e a carga de trabalho dos magistrados e dos servidores da área da justiça. Os índices de produtividade dos magistrados (IPM) e dos servidores (IPS-Jud) são calculados pela relação entre o volume de casos baixados e o número de magistrados e servidores que atuaram durante o ano na jurisdição. Esses dois índices variaram respectivamente em 13% e 14,1%, chegando à conclusão que 2019 teve a maior produtividade em 11 anos de divulgação do relatório. Outro aspecto é de que do ano 2014 até o ano de 2019 a produtividades dos servidores e magistrados aumentou em 24,2%.

Outro dado que é importante elencar é a taxa de congestionamento que mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano: A taxa de congestionamento do Poder Judiciário oscilou entre 70,6%, no ano de 2009, e

73,4%, em 2016. A partir deste ano, a taxa cai gradativamente até atingir o menor índice da série histórica no ano de 2019, com taxa de 68,5% ao total tramitado no período de um ano (CNJ, 2020, p.112).

Analisando esses dados, percebe-se que o poder judiciário tem se esforçado para aumentar seu índice de produtividade, mas, por outro lado, o número de litígios protocolizados no judiciário tem aumentado a cada ano. O litígio surge a partir do momento em que nasce uma controvérsia entre duas ou mais pessoas. Solucionar todos os litigios não é competência exclusiva do judiciário, nem sempre é obrigtória a intervenção do Estado. Existem lides que podem ser solucionadas por outros métodos do que o processual legal, desde a autotutela, a negociação, entre outros, devendo tender, prioritária e logicamente, aos métodos em que os gastos emocionais e os custos financeiros sejam os menores possíveis.

A cultura da litigância, conforme diz Carl Menger, instaura-se no cotidiano social de modo exponencial, tornando sempre mais difícil sua extração de maneira não traumática, pois as pessoas passam a sempre associar litiígio com o judiciário. É resultado do processo de burocratização da estrutura judicial brasileira e da não previsão do risco da consolidação da preconização, ou seja, apologia ao processo, à judicialização, gerando a cada ano que passa a chamada "superjudicialização". (MENGER, 1963, p.63).

Portanto, percebe-se que a população brasileira, em média, possui pouca estima aos meios denominados como alternativos à resolução de controvérsias, afinal, historicamente, a atenção foi voltada para a solidificação do poder jurisdicional. Existe uma cultura da litigância, que visa o formalismo, a solução é entregue às mãos dos magistrados e possui ritos com falta de estímulo ao diálogo entre as partes. Ademais, o estímulo aos meios alternativos de soluções de conflitos não é algo inédito no sistema jurídico brasileiro. O instituto da arbitragem no sistema jurídico nacional foi instituído pela primeira vez na Constituição Imperialista de 1824, que dispunha o seguinte texto: "Art. 160. Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim convencionarem as partes" (PLANALTO, 1824, *recurso online*). Já quanto a outro meio de solução alternativa, a reconciliação, o uso dessa técnica entre as partes litigantes antes do início do processo durante a vigência da Constituição do Império era requisito obrigatório: "Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum." Portanto, os meios alternativos

devem ser estimulados, evitando-se gastos financeiros maiores pelas partes, celeridade e menos desgaste emocional.

3. O acesso à justiça conciliado com o mundo virtual

Atualmente é relevante destacar que a tecnologia, existente e utilizada em âmbito mundial informacionais precisa ser explorada como parte dos meios de interações humanas: um sistema de comunicação que está se tornando um idioma universal digital, realizando a integração mundial dos negócios jurídicos, relações sociais, atos ilícitos e lícitos, pela propagação de palavras, sons e imagens de todas as culturas, reconfigurando atos antes feitos presencialmente para a modalidade virtual. Portanto, notou-se que a tecnologia que revolucionou a comunicação humana com a televisão e a radiodifusão, trouxe também, posterioremente, os celulares, computadores e a Internet.

O uso dessa tecnologia acarretou no mundo os surgimentos de pessoas que se enquadram em denominações tais como: infoexcluída, termo profundamente ligada à desigualdade no acesso à Internet. Nessa perspectiva, é urgente buscar soluções efetivas para que pessoas de diferentes segmentos sociais e regiões possuam amplo acesso à Internet, evitando assim que se crie uma classe de infoexcluídos.

> A comunicação, a ação e a informação tecnológica – textos, sons, desenhos, fotografias e vídeos gerados e distribuídos em distintos recursos tecnológicos – se constituem em uma realidade vivenciada na sociedade contemporânea. A informação perpassa todos esses elementos e nos possibilita realizar as mais diversas tarefas e atividades do nosso quotidiano (ILHARCO, 2003).

A previsão da Lei nº 11.419/2006 dá conta de regulamentar o acesso à justiça, (focando com atenção no tocante ao acessoa aos tribunais) no formato eletrônico. Por outro lado, essa acessibilidade exige ter os instrumentos que funcionam como ponte entre a internet emissora e o emitente pessoa física, tais como: telefone celular, tablet, computador e outras inúmeras variedades. A internet possui uma capacidade de alcance de pessoas nos lugares mais remotos do mundo.

A lei mencionada parte do pressuposto de que o meio eletrônico é qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais. Sendo seu alcance tanto para processos civeis, penais, trabalhistas, bem como

juizados especiais em qualquer grau de jurisdição. As citações em regra continuam pessoais, mas as intimaçoes se sujeitam a regra inversa à da citação. Como regra, a intimação não será pessoal, bastando a veiculação da informação pelo Diário Oficial, devendo dela constar, necessariamente e sob pena de nulidade, "os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação" (PLANALTO, Lei 11.419/06, *recurso online*).

Essa modificação está alicerçada no modo de ingressar, de se comunicar, de se manifestar e, também, ao modo de sentenciar. Essas modificações de acesso à justiça - do físico para o eletrônico - podem ser observadas no cenário jurídico brasileiro especialmente após a introdução do processo eletrônico. Logo, se percebe recentemente que há uma transformação tendento a estimular a sociedade da informação tecnológica, que perpassa óbices geográficos pelo uso de aparatos comnicativos rápidos, quase que imediatas. Conclui-se, portanto, que a tecnologia avança com velocidade capaz de ligar e interligar as pessoas mediante apenas com o uso de aparelhos ou por meio de outros equipamentos de informática. Portanto, nessa linha de pensamento, a internet transformou-se no espaço sem território composto por uma informática contemporânea de software e plataformas, no qual o computador e todos os aplicativos e aparelhos de informática oferecem uma comunicação interigada. Observando essa realidade, é necessário verificar que a inclusão digital no Brasil é relativamente recente, pois o Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades só foi instituído pelo Decreto nº 6.991/2009, dentro da política de inclusão digital do Governo Federal. O qual possui como objetivo no artigo 1º, parágrafo único:

> "(...) desenvolver ações que possibilitem a implantação e a manutenção de telecentros públicos e comunitários em todo o território nacional, sem prejuízo da continuidade e implementação de outros programas da mesma natureza". (PLANALTO, 2009, *recurso online).*

Ademais, o mesmo decreto prevê em seu artigo 4º, inciso I, que o Ministério das Comunicações devem buscar formas e meios de disponibilizar em âmbito nacional aparelhos de comunicação ligados à internet nos telecentros:

> "Compete ao Ministério das Comunicações a disponibilização de equipamentos de informática e mobiliário novos necessários ao funcionamento dos telecentros e a disponibilização e manutenção do serviço de conexão em banda larga à Internet" (PLANALTO, 2009, *recurso online).*

Esses telecentros públicos e comunitários que devem ser postos à disposição da população nos municipios brasileiros são espaços de acesso gratuito às tecnologias da informação e comunicação, a lei menciona o aparelho computador conectado à internet, para que nessa disponibilizaão haja a possibilidade de acesso a cursos e outras atividades de promoção do desenvolvimento do individuo no local em que reside.

Um pouco mais tarde, o governo brasileiro, instituiu pelo Decreto nº 7.175/2010, o Programa Nacional da Banda Larga (PNBL) que possuía como objetivo estimular e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação. Contudo, esse programa foi aperfeiçoado, ocasionando a regovação deste Decreto pelo Decreto 9.612 de 17 de dezembro de 2018, que dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações, o qual, em seu artigo 2º busca promover:

> a) o acesso às telecomunicações em condições econômicas que viabilizem o uso e a fruição dos serviços, especialmente para:
> 1. a expansão do acesso à internet em banda larga fixa e móvel, com qualidade e velocidade adequadas; e
> 2. a ampliação do acesso à internet em banda larga em áreas onde a oferta seja inadequada, tais como áreas urbanas desatendidas, rurais ou remotas;
> b) a inclusão digital, para garantir à população o acesso às redes de telecomunicações, sistemas e serviços baseados em tecnologias da informação e comunicação - TIC, observadas as desigualdades sociais e regionais; (PLANATO, 2018, *recurso online).*

Porém, não obstante os programas estabelecidos, não são possíveis afirmar com precisão que toda a população brasileira tem acesso a internet, o que dificulta a implantação de justiça eletrônica no sentido dos atos antes estritamente presenciais como audiencias de instrução ou de conciliação e mediação serem por videochamadas.

4. A realidade brasileira no acesso à internet

O Brasil é um país de dimensão continental e possui desigualdades sociais. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística publicou em 2018 um relatório intitulado "Acesso à Internet, à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal em 2016", A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua contemplou, no quarto trimestre de

2016, o tema suplementar Tecnologia da Informação Comunicação, com foco nos aspectos de acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal.

Constatou-se que a Internet era utilizada em 69,3% dos 69.318 mil domicílios particulares permanentes do Brasil, estando disseminada na maioria dos domicílios em todas as Grandes Regiões: na Sudeste, 76,7% das residências a possuíam; na Centro-Oeste, 74,7%; na Sul, 71,3%; na Norte, 62,4%; e na Nordeste, 56,6%. Dentre as informações da não utilização de internet nos domicilios que não a possuem estão:

> Nos 21.247 mil domicílios do País em que não havia utilização da Internet, os motivos que mais se destacaram para não usá-la foram: falta de interesse em acessar a Internet (34,8%); o serviço de acesso à Internet era caro (29,6%); e nenhum morador sabia usar a Internet (20,7%). Dentre os menos citados, destacam-se: o serviço de acesso à Internet não estava disponível na área do domicílio (8,1%); e o equipamento eletrônico necessário para acessar a Internet era caro (3,5%). (IBGE, 2018, p.06)

Portanto, para a implementação de atos processuais antes presenciais para a modalidade virtual, é preciso que o Estado crie programas que facilitem a compra dos aparelhos eletrônicos como computadores e o serviço de prestação internet, sejam com preços mais acessíveis, formas de financiamento mais baratas ou inaugurar em todos os municipios brasileiros núcleos públicos que forneçam esses aparatos com auxiliares para instruir os usuários.

A criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, com treinamento e capacitação, da mesma forma dos propostos pelo Conselho Nacional de Justiça, contudo na modalidade virtual é uma via para facilitar o acesso à justiça na era da tecnologia. Contudo, sem deixar de fornecer o serviço também na modalidade presencial, para eventuais usuários que assim prefiram ou tenham alguma dificuldade com o uso dos aparelhos e acesso ao site público que forneça audiências de meios alternativos de soluções de conflitos.

5. Experiências com audiências online durante a pandemia do COVID-19

O cenário de isolamento social acarretado pela chegada do vírus Corona, cujo nome científico é *orthocoronavirinae*, tranformou a rotina do sistema de justiça

no Brasil inteiro. O Decreto 64.881 de 22 de março de 2020 decretou quarentena no estado de São Paulo, consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus. As audiências judiciais presenciais foram suspensas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em março, com intuito de evitar aglomerações e a propagação do vírus. O Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução nº 313 de 19 de março de 2020, pois a Organização Muncial de Saúde declarou publicamente em 11 de março de 2020 o estado de pandemia no mundo.

Essa Resolução do CNJ, de forma rápida, teve que ditar as regras de como funcionária a justiça brasileira durante a pandemia. Situação que estimulou o uso de comunicação à distância e forçou a adaptação de todos os Tribunais no Brasil, conforme os seguintes artigos abaixo transcritos:

> Art. 3º Fica suspenso o atendimento presencial de partes, advogados e interessados, que deverá ser realizado remotamente pelos meios tecnológicos
> disponíveis.
> §1º Cada unidade judiciária deverá manter canal de atendimento remoto, a ser amplamente divulgado pelos tribunais.
> §2º Não logrado atendimento na forma do parágrafo primeiro, os tribunais providenciarão meios para atender, presencialmente, advogados, públicos e privados, membros do Ministério Público e polícia judiciária, durante o expediente forense.
> Art. 5º Ficam suspensos os prazos processuais a contar da publicação desta Resolução, até o dia 30 de abril de 2020.
> Art. 6º Os tribunais poderão disciplinar o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores para realização de expedientes internos, como elaboração de decisões e sentenças, minutas, sessões virtuais e atividades administrativas. (CNJ, 2020, *recurso online).*

Para evitar acúmulos e atrasos nos processos em curso, o Conselho Superior de Magistratura do estado de São Paulo, divulgou o Provimento CSM nº 2.549/2020 estabelecendo o sistema remoto de trabalho em primeiro grau, nos termos da Resolução nº 313 e a Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020 do Conselho Nacional de Justiça. Neste Provimento foram elencadas as matérias que seriam apreciadas pelo judiciário remotamente, tais como habeas corpus, medidas liminares e de antecipação de tutela de qualquer natureza, inclusive no âmbito dos juizados especiais, entre outros. Contudo, as audiências, em geral, foram suspensas:

> Art. 5.º No período estabelecido no artigo 1º deste Provimento, permanecerão suspensos os prazos processuais e as audiências.

> § 2º. Não haverá remessa de recursos do 1º para o 2º Grau.
> Art. 6º. No período de vigência do Sistema Remoto de Trabalho, as unidades judiciais manterão, remotamente, a execução de expedientes, como elaboração de decisões, sentenças e minutas.
> Art. 7º. Para a realização das atividades das unidades judiciais em trabalho remoto, todos os magistrados e servidores preferencialmente acessarão o sistema informatizado pela forma veiculada em ato próprio. (CSM, 2020, *recurso online).*

Portanto, durante esse lapso temporal em que vigorou trabalhos remotos no judiciário de primeiro grau do estado de São Paulo, foi possível realizar uma experiências forçada de como funcionaria o sistema de justiça na forma remota e home office, fazendo uso de ferramentas conectadas à internet. Logo, é possível implementar uma justiça cada vez mais eletronica, em especial, as audiências de conciliação e mediação que podem ser realizadas de forma virtual, desde que observados se as partes assim concordam e possuem aparelhos com conexão à internet.

CONCLUSÃO

A presente produção científica investigou as leis que estimulam os meios de soluções alternativas de conflitos, tais como o Código de Processo Civil de 2015, a Lei dos Juizados Especiais, nº 9.099/95 e a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125 de 2010. Também foram abordadas as ondas de desjudicialização da cultura do litígio, propostas pelos doutrinadores Cappelletti e Garth.

Foram observados os dados do Relatório do Conselho Nacional de Justiça "Justiça em números 2020" relacionando com a Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios Contínua: Acesso à internet, à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2016, expedida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Proposto possível ampliação da assistência judiciária para garantir o acesso efetivo à justiça, assim como a necessidade de adapatação dessa assistência diante da atuação da justiça durante o tempo de pandemia que assolou o Brasil em 2020. Sendo que toda essa adpatação acarretou a expediçao de Decretos que modificaram a rotina forense para online em home office.

Conclui-se que o sistema jurídico brasileiro possui ampla legislação estimulando e protegendo a comunicação tecnológica, ademais, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstrou no Relatório da Pesquisa de Amostra de Domicílios Contínua que apoximadamente 69,3% dos domicilios

brasileiros possuem acesso à internet, ainda não é toda a população, mas já é um número considerável de famílias que poderiam optar em realizar atos judiciais e atos de conciliação, mediação ou qualquer outro meio alternativo de solução de conflitos em suas casas de forma online. Sendo que a experiência durante o período de isolamento social da pandemia COVID-19 em 2020, trouxe a oportunidade do aparato judicial realocar-se para os domicilios de seus funcionários e de seus usuários, os quais, em algus atos, fizeram uso de video chamadas e tele chamadas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Sinopse do Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010.

_____. *Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios Contínua:* Acesso à internet, à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2016. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101543.pdf > Acesso em: 09 set. 2020, 11:09:00.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA . *Justiça em números 2020:* ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020.

_____ Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf > Acesso em: 09 set. 2020, 14:40:00.

_____*Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.* Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156 > Acesso em 01 set. 2020, 09:34:00.

_____ Resolução nº 313, de 19 de março de 2020. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-313-19-marco-2020-cnj-cnj.pdf > Acesso em: 09 set. 2020, 14:02:00.

ILHARCO, F. 2003 *Filosofia da informação* : uma introdução à informação como fundação da acção, da comunicação e da decisão. Lisboa : Universidade Católica, 2003

MENGER, Carl. *Problems of Economics and Sociology*. Sumaré: Editora Urbana, 1963.

PLANALTO. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Brasília: 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>, Acesso em: 09 set. 2020, 10:23:00.

_____. *Lei nº 11.419 de 11 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm > Acesso em: 01 set. 2020, 15:06:00.

_____. *Decreto nº 9.612 de 17 de dezembro de 2018*. Dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações. Brasília: Planato, 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9612.htm > Acesso em: 01 set. 2020, 09:02:00.

_____. *Decreto nº 6.991, de 27 de outubro de 2009*. Institui Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades -Telecentros.BR, no âmbito da política de inclusão digital do Governo Federal, e dá outras providências. Brasília, Planalto, 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6991.htm > Acesso em: 01 set. 2020, 14:23:00

_____. Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010.

Institui o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL; dispõe sobre remanejamento de cargos em comissão; altera o Anexo II ao Decreto no 6.188, de 17 de agosto de 2007; altera e acresce dispositivos ao Decreto no 6.948, de 25 de agosto de 2009; e dá outras providências. Brasília: Planalto 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7175.htm > Acesso em: 01 set. 2020, 14:11:00.

_____. *Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018*. Dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações. Brasília: Planato, 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9612.htm > Acesso em: 02 set. 2020, 08:34:00.

TJSP. *Provimento CSM n° 2549/2020*- estabelece o sistema remoto de trabalho em primeiro grau, nos termos da resolução CNJ nº 313. Disponível em: < https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/Provimento_CSM_20200320.pdf > Acesso em: 08 set. 2020, 08:47:00

CLÁUSULA ESCALONADA NA GESTÃO DE CONFLITOS NO VOTO CONJUNTO DOS ACIONISTAS COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro
Universidade Federal Fluminense, Professor, Departamento de Direito Privado, Brasil, Niterói
spauseiro@gmail.com

Marcella da Costa Moreira de Paiva
Universidade Federal Fluminense, Doutoranda, PPGDIN, Brasil, Niterói
marcellacmpaiva@hotmail.com

Raphael Silva Castro
Universidade Federal Fluminense, Graduado, Brasil, Niterói
raphae_s_castro@hotmail.com

Resumo: O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) e as normas de "compliance" da IBOVESPA apontam a utilização dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos como elementos estratégicos para boa gestão societária. O acordo secreto de voto fechado dos acionistas, previsto no art. 188, da Lei das S.A., é um acordo que visa manter o controle societário, que não demanda registro em hasta pública, mas, apenas, na secretaria da empresa. É comum conflito nesses contratos, bem com a utilização da cláusula arbitral nesses acordos, o que é um procedimento caro. Por sua vez, a cláusula escalonada é um instrumento multifases na gestão de conflitos entre sócios, pois prevê a mediação coorporativa como procedimento preliminar, o qual, não logrando êxito, dá-se lugar à arbitragem, como processo autônomo e secundário. Nessa pesquisa analisaremos a importância da cláusula escalonada nos acordos de voto conjunto dos acionistas como instrumento de auxílio à uma gestão institucional aliada à governança corporativa e ao Compliance, partindo de teoria de administração empresária.

Palavras-chave: gestão institucional; cláusula escalonada; acordo de acionistas

INTRODUÇÃO

A governança coorporativa é um conjunto de práticas empresariais que rege a organização das empresas. Essas práticas empresariais são um conjunto de recomendações objetivas que visam potencializar a atuação da empresa. Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) existem alguns

princípios fundamentais à boa governança: a Transparência, Equidade e Responsabilidade.

Além disso, o "compliance" de algumas empresas de vanguarda, devem também assegurar o bom entendimento entre os sócios e trabalhadores. É justamente por essa razão que a IBOVESPA tem sugerido no seu código de compliance a adoção da mediação e arbitragem, como instrumentos necessários para preservar o bom relacionamento nas corporações. Tais métodos de resolução de conflitos se baseiam na consensualidade e na confiança entre aqueles que participa, da questão, retomando o protagonismo dos envolvidos na controvérsia.

Na mediação as partes escolhem consensualmente um terceiro que conduzem os sócios a um entendimento, a prática lança mão de diversos procedimentos baseados na psicologia e na técnica jurídica, trata-se de um procedimento com custos reduzidos que pode resgatar o bom relacionamento entre os acionistas.

A arbitragem é, por seu turno, um procedimento em que um terceiro ou um colégio de árbitros é eleito pelas partes para impor uma decisão, além disso são os sócios que escolhem a legislação aplicável, já os precedentes e o procedimento, normalmente as partes escolhem quando elegem a instituição arbitral.

Os acordos de voto entre os acionistas são vitais para preservar a sobrevivência da companhia, pois expressam o bom relacionamento entre os sócios. Em regra, os sócios preservam bastante a sigilosidade desses acordos, o que gera uma preferência pela utilização dos meios alternativos de solução de conflitos nesses instrumentos particulares.

Nesse estudo, será analisada a utilização do procedimento escalonado, tendo a mediação como primeira etapa, a qual não sendo bem-sucedida, dará início a arbitragem como etapa autônoma e secundária, dentro do instrumento particular de voto conjunto dos acionistas, o que representaria um ganho considerável de tempo e dinheiro na solução das desavenças institucionais. Para tanto, se utiliza a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo.

1. GOVERNANÇA CORPORATIVA E CONFIANÇA

Durante os anos 1980, surgiu a perspectiva neoliberal, em que se destacava a liberdade individual como o marco e o objetivo do processo da humanidade, em meio a desregulação, crescimento tecnológico e a globalização

(RAMAKRISHNA, 2015, p. 674). Os valores contratualistas se tornaram um modelo em que a corporação se tornou o nexo do contrato, intensificado pela perspectiva similar ao utilitarismo, pregando a utilidade individual ou bem-estar a partir dos *outcomes* (RAMAKRISHNA, 2015, p. 674). Neste diapasão, surgiu a maximização do valor do *shareholder*, ligada ao individualismo e a liberdade individual, perdendo a força após a crise financeira mundial de 2008 (RAMAKRISHNA, 2015, p. 675).

Desde antes da crise, já se indicava a necessidade de se modificar para um modelo de confiança mútua e abandonar a ideologia individualista, criando uma rede de confiança, de cooperação, com base na reciprocidade e reconhecimento recíproco (RAMAKRISHNA, 2015, pp. 677-678; RAMOS, 1984). Neste passo, a OCDE elaborou os princípios da governança corporativa em 1998 voltados para o setor empresarial, formulados em conjunto com as comissões interdisciplinares que formam a organização.

A governança coorporativa promove uma série de práticas que buscam modificar a cultura antiética da organização, abrangendo todos os setores da empresa e as suas relações internas e externas. O tratamento equitativo dos acionistas, a necessidade de tomada de decisões de forma democrática e consensualidade estão na base da estrutura institucional e política da governança.

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) existem alguns princípios fundamentais[1] à boa governança para se considerar a construção ou discussão de um código de conduta ou um programa de boas práticas numa instituição, os quais são: transparências; equidade; prestação de contas e responsabilidade corporativa.

O princípio da transparência requere que os negócios das empresas sejam tomados à luz do conhecimento e participação de todos os interessados. Para tanto, é preciso que se criem meios de permitam tal envolvimento como consultas públicas, reuniões previamente definas e divulgadas com portas abertas.

[1] "Em relação a governança corporativa, esta implica na (i) equidade no tratamento de todos os interessados – stakeholders – na instituição, na (ii) transparência no trato das informações relativas à atividade da empresa, na (iii) prestação de contas dos negócios – accountability – e na (iv) responsabilidade corporativa na condução dos seus atos". (Martinez, André e Lima, Carlos. Compliance Bancário: Um manual descomplicado. Página 36).

Com base na equidade, não basta que os stakeholders[2] tenham conhecimento e possam participar dos processos decisórios sem equidade. Equidade significa que eles serão tratados de maneira igualitária, demonstrando uma modificação da perspectiva da maximização do *shareholder*. Com este princípio, protege-se o interesse e o direitos dos acionistas minoritários.

A prestação de contas deve ser periódica e compreensível para que os interessados possam de fato acompanhar o estado dos negócios da corporação. Deve ser clara quanto a seus ativos financeiros, projetos e relações com os stakeholders.

O princípio da responsabilidade corporativa preceitua a necessidade de a firma ser pensada além de seu aspecto econômico, contemplando assim também sua função social. A função social da empresa possui três faces: objetivo, funcional, subjetivo e corporativo (NEVES; SILVA, 2010). Na primeira, é aplicada aos meios de produção, sendo exigido a perspectiva do desenvolvimento sustentável. Na segunda, está relacionada com o aspecto contratual, e a ideia de defesa do consumidor. Com base no âmbito subjetivo, volta-se para aqueles que integram as empresas e para a continuidade da atividade, com destaque para o tratamento diferenciado para as pequenas e microempresas. A atuação da CVM está nesse enfoque, protegendo os acionistas minoritários. O campo corporativo está na governança corporativa, na participação dos empregados no lucro, no comitê de credores.

Tais aspectos estabelecem as bases para o desenvolvimento dos programas de "*compliance*" (programas de integridade), uma vez que é necessário que se criem instrumentos a fim de garantir a transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade administrativa supracitadas.

Visa-se, portanto, induzir o agente a agir de acordo com a lei, uma norma, um regulamento, uma política interna. As normas de *compliance*, nesse sentido podem ser usadas para que a empresa gerencie melhor suas atividades, evitando contratempos como a assimetria informacional e os problemas de agência.

---

[2] Definição de Stakeholders: "Em inglês *stake* significa interesse, participação, risco. *Holder* significa aquele que possui. Assim, *stakeholder* também significa parte interessada ou interveniente. É uma palavra em inglês muito utilizada nas áreas de comunicação, administração e tecnologia da informação cujo objetivo é designar as pessoas e grupos mais importantes para um planejamento estratégico ou plano de negócios, ou seja, as partes interessadas".

Guerreiro Ramos (1984) já chamava a atenção no início da década de 70, em sua pesquisa entre as empresas americanas, da necessidade de se buscar um acordo na construção dos códigos de condutas das grandes corporações. Trata-se de uma mudança antropológica do perfil dos trabalhadores nas empresas do pós-guerra nos Estados Unidos da América - EUA, com extrema dificuldade de seguirem as diretrizes ou parâmetros impostos pelos gestores. Ramos se refere a uma sociedade em transição do homem organizacional, que age estrategicamente visando atingir apenas os seus interesses individuais para a sociedade do homem parentético, que está preocupado em melhorar as instituições, o meio ambiente, a comunidade como um todo. O homem parentético é dotado de uma extrema capacidade crítica e analítica típica da sociedade do conhecimento e ele só se submete ao sistema de valores e aos códigos de condutas que ele participa do processo de construção (RAMOS, 1984).

Entender essa questão é garantir a sobrevivência da própria empresa, um exemplo clássico é o método Toyota de produção, que na década de 50, corrigiram os erros da produção do Sistema fordista. O método visava eliminar nas fábricas japonesas desperdícios do sistema de produção e a fabricação de produtos com qualidade. O método Toyota se destacou por privilegiar a participação dos seus funcionários no aprimoramento da qualidade do seu produto. A estratégia qualitativa foi responsável pela criação de veículo com maior durabilidade e com menos defeito, que invadiu e dominou o mercado americano na década de 80 e 90. O método Toyota se aproxima do contesto de uma gestão mais social, construída com base no acordo entre gestores e trabalhadores.

Por isso, o programa de *compliance* de algumas empresas de vanguarda, devem ser vistos com cautela. Os programas internos de integridade devem preservar o verdadeiro "DNA" institucional, que é composto do seu tecido humano. Não basta apenas instituir critérios para fiscalização e aplicação das supracitadas normas de governança corporativa, as pessoas precisam compreender a sua necessidade e mais, precisam introjetar esses valores na sua vida diariamente e serem capazes de articularem esses axiomas no cotidiano da instituição.

2. MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O artigo 46 das diretrizes de "compliance" da IBOVESPA apontam os meios alternativos de solução de conflitos como mecanismo de preservação do entendimento entre os sócios das organizações que atuam no Mercado de Capital.

Destaca-se aqui a importância da adoção da clausula escalonada, ou seja, cláusula prevista no estatuto social da companhia ou no acordo de acionistas, que prevê a mediação como procedimento prévio para preservar o entendimento entre os sócios, que não sendo bem-sucedido, dá-se início a arbitragem. Na mediação as partes escolhem consensualmente um terceiro que conduzem os sócios a um entendimento, a prática lança mão de diversos procedimentos baseados na psicologia e na técnica jurídica, trata-se de um procedimento com custos reduzidos que pode resgatar o bom relacionamento entre os acionistas. A arbitragem é um procedimento em que um terceiro ou um colégio de árbitros é eleito pelas partes para impor uma decisão, além disso são os sócios que escolhem a legislação aplicável, os precedentes e o procedimento aplicável. Ambos os procedimentos gozam do entendimento intersubjetivo entre os sócios e as decisões podem se transformar em costumes jurídicos, incorporadas na gestão institucional ou posteriormente serem positivas.

a) Mediação corporativa

A mediação coorporativa trata de conflitos que ocorrem dentro dos muros da empresa, exige conhecimento jurídico e de gestão do mediador. Trata-se de construir um entendimento entre os interesses dos sócios, bem como abranger a mediação dos interesses dos trabalhadores com os sócios.

Na maior parte das vezes esses conflitos se resumem em disputa de relacionamento, que surgem por força da pressão e só cansaço, competição por cargo, melhores salários e jogos de interesse. Nesse campo a mediação busca um ambiente de trabalhos saudável, em termos de relacionamento e bem-estar, esses fatores repercutem diretamente da produtividade e na lucratividade da empresa, possibilitando a melhoria do funcionamento e da relação interna da organização (LEVY, 2013, p. 129; MARCATO; TARTUCE, 2013, pp. 363-364).

Quando voltada para os colaboradores da empresa a mediação coorporativa está voltada para os recursos humanos da empresa, com a atuação de mediadores externos. Não é aconselhável utilizar mediadores do quadro de

funcionários da empresa, pois dificilmente este será imparcial, até por já conhecer as pessoas envolvidas nas contendas. Todavia as controvérsias existentes entre os sócios devem ser obrigatoriamente conduzidas por mediadores externos aos quadros da empresa, em razão das contendas envolverem questões de gestão empresarial, sucessão de cargos, distribuição de funções, alterações no quadro societário, dissolução de sociedade e até mesmo criação de regras para uma nova sociedade (LEVY, 2013, p. 130).

Portanto, a mediação coorporativa é um campo vasto, que envolve o tamanho e complexidade do universo das relações comerciais, que configura um meio de gestão de conflitos, no qual um terceiro neutro, o mediador, devidamente capacitado e especializado na área de governança, auxilia as partes em disputa a chegarem num acordo, que melhor atenda as suas necessidades, possibilitando a continuidade da instituição.

Acrescente-se aos fatos aqui discutidos, que existe a possibilidade também do quadro societário da empresa ser composto por sócios de diversas nacionalidades, com características culturais diferentes, o que amplia ainda mais a complexidade relacional, exigindo um tratamento adequado e especializado na resolução do conflito (LEVY, 2013, p. 132).

O conceito de gestão empresarial atual engloba também a capacidade de se gerenciar conflitos institucionais, que pode gerar impactos negativos a saúde financeira, produtividade, crescimento e até a manutenção no mercado da empresa. Nesse sentido a mediação coorporativa apresenta-se como um instrumento útil para gestão adequada dos conflitos (LEVY, 2013, p. 133).

A confidencialidade do procedimento de mediação e o seu baixo custo, muito inferior a arbitragem, constitui um forte atrativo, as pessoas, sobretudo jurídicas, que desejam preservar a sua imagem, sem expor ao mercado as questões internas da instituição.

Além disso o baixo nível de processualização, em razão da informalidade do procedimento, faz com que a mediação coorporativa seja mais rápida, muito mais barata que a arbitragem, até pelo fato do mediador ganha por hora e não por percentuais do acordo obtido ou por tabelas que estipulam os seus honorários conforme o valor da demanda.

A mediação poderá ocorrer de maneira "ad hoc" ou institucional, a primeira será a escolha de um só mediador para conduzir o entendimento entre as partes e na segunda o mediador terá uma estrutura administrativa, podendo ser

realizada por um colégio de mediadores. Lembrando, que assim como existem mediadores comunitários, especializados em família, contratos comerciais, existem mediadores especializados na governança coorporativa. O mediador precisa exercer um papel de legitimidade, competência e autoridade na matéria em que se propões a construir um entendimento, ou seja, precisa inspirar a confiança e empatia das partes (PINHO; MAZZOLA, 2019, p. 123).

Não existe um modelo de mediação a ser seguido, pelo contrário o mediador pode adotar o estilo de trabalho mais avaliativo ou facultativo ou ainda flexível. Embora existam muitas teorias técnicas construídas pela doutrina nacional e internacional, não existe um modelo a ser seguido. Em regra, os mediadores coorporativos adotam uma dinâmica de trabalho com encontros privados e intercalados com as partes em litígio, quando oferecem uma agenda com um cronograma de trabalho. O que se pode dizer é que a mediação institucional segue um procedimento mínimo estabelecido pela câmara (LEVY, 2013, p. 145).

Em geral são três fases na mediação coorporativa: a fase de instauração; a fase de dinâmica e a conclusiva. A fase de instauração da mediação, também chamada de pré-mediação, é quando ocorre as reuniões preliminares, quando ocorre a assinatura do termo de compromisso e a escolha dos mediadores. È fase de adesão, onde é explicado a natureza no procedimento as partes (VASCONCELOS, 2018, p. 178). O mediador deve verificar se o assunto envolve direito patrimonial disponível e as partes são capazes. É a fase de acolhimento, preparação do espaço físico, iluminação. Nesta fase, se inicia o "rapport", conexão de confiança da parte com o mediador, ou seja, pela empatia ou pelo respeito técnico.

A fase da dinâmica da mediação, inicia-se após a etapa de pré-mediação, visa o restabelecimento da comunicação entre as partes, quando se constrói uma agenda de trabalho em comum acordo, com a pauta da discussão, chamada de "caucus", pode haver necessidade de novas reuniões isoladas, como objetivo de identificar os pontos de controversos (VASCONCELOS, 2018, p. 200).

Por fim, há a fase conclusiva, quando as partes chegam a um acordo ou quando se esgota a mediação por vontade das partes. Essas etapas podem se subdividir em diversas sub-etapas e a experiência demonstra que o tempo ajuda o mediador, entretanto tempo é algo bem escarço na mediação coorporativa, motivo pelo qual o cronograma da mediação deve ser construído em perfeito acordo com as partes (LEVY, 2013, p, 158).

b) Arbitragem societária

Antes do advento da Lei 9.307/96 (LA), somente o compromisso arbitral teria o poder de instituir o juízo arbitral. A LA passa a tratar da cláusula e do compromisso arbitral, ambos são aptos a afastar a jurisdição estatal e instituir a arbitragem, sem necessidade do compromisso arbitral (art. 5º e 19º da LA) (CARMONA, 2009, pp. 77-78).

A arbitragem pode ser instaurada através do compromisso arbitral o da cláusula arbitral. O primeiro tem como elemento indispensável: a qualificação das partes, a qualificação dos árbitros ou especificação da entidade que os indicara, o objeto e o lugar onde será dada a sentença (Art.10, LA). Caso a entidade apontada se recuse a indicar um arbitro deve seguir o disposto no art. 16 parag. 2 da lei. A importância de definir o local se dá para saber se será ou não necessário o procedimento de reconhecimento da sentença estrangeira. Foi estabelecido que mesmo que todo o procedimento tenha sido ocorrido em território estrangeiro, se a sentença tiver sido dada no Brasil, será nacional (CARMONA, 2009, PP. 19-20).

Entre os elementos facultativos do compromisso arbitral estão a sede da arbitragem, a autorização para que os árbitros julguem por equidade, a escolha da lei aplicável (art. 2 parag. 1 e 2 da LA) e a declaração de responsabilidade do pagamento de honorários e despesas com a arbitragem (podem as partes prever, com base no art. 11 inciso V da LA, que as despesas sejam sempre divididas, ou que fiquem a cargo desse ou daquele contratante). Convêm que as partes fixem um prazo para apresentação do laudo arbitral (art. 11, III LA), caso contrário, serão seis meses (art. 23, LA).

As partes podem escolher o procedimento, em conformidade com a autonomia da vontade, desde que respeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do arbitro e do seu convencimento racional. Se nada dispuserem sobre o procedimento a ser adotado e se não se reportarem a regras de algum órgão institucional, caberá ao arbitro ou ao tribunal arbitral ditar as normas. Porém, não podem as partes estabelecer que a sentença tenha forma diversa daquela prevista no art. 26.

No tocante à arbitragem societária, a natureza contratual da cláusula arbitral foi por muito tempo motivo de discussão.

Modesto Carvalhosa (2014) defende que a cláusula arbitral possuía indiscutível natureza contratual autônoma, vinculando apenas as partes que expressamente manifestassem expressamente a sua vontade. Com isto, impedia a vinculação automática de todos os sócios, caso fosse inserida no estatuto social da companhia. Desta forma, se sustentava na adoção da teoria contratualista, que entende a arbitragem como um instituto jurídico que possui a autonomia da vontade como seu fundamento, e tendo a consensualidade inserida na autonomia da vontade. Por conseguinte, a arbitragem só encontraria sua validade quando ambas partes do processo teriam concordado com a inserção da cláusula compromissória, de modo que todos os sócios deveriam se manifestar favoravelmente para inserção da clausula arbitral no estatuto, não se vinculando sócios ausentes e dissidentes (CARVALHOSA, 2014).

Na reforma da lei de arbitragem produzida pela Lei nº 13.129/2015, prevaleceu o entendimento da "Teoria Institucional", que defendia que, uma vez alterado o estatuto, a aplicabilidade da cláusula arbitral a todos os sócios é imediata, eis que o Estatuto, figurado como a constituição da Sociedade, está acima de manifestações em Assembleia; portanto, continuando o sócio a integrar o quadro de acionistas, está este anuindo com a alteração aprovada em Assembleia (FRANZONI, 2015, p. 84).

A Lei nº 13.129/2015 trouxe alterações à Lei nº 6.404/76 (LSA), inserindo o art. 136-A ao seu diploma, adotando, a partir de sua vigência, a Teoria Institucional como a resposta das discussões em torno da vinculação dos sócios pela cláusula compromissória estatutária. No art. 136-A da LSA, *caput*, fica definido que todos os acionistas seriam vinculados, sendo apenas concedido o direito de recesso num prazo de 30 dias em caso de discordância. Em virtude desta alteração, determina-se um novo critério para a manifestação da consensualidade à inserção de tal cláusula, reformando a compreensão do conceito de autonomia da vontade em uma matéria específica, *in verbis*:

> "Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observando o quórum do art.136, obriga a todos os acionistas, assegurando ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art.45. §1º. A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou."

Destaque-se que, na sociedade aberta, não demanda unanimidade para aprovação da cláusula arbitral. Aliás nas sociedades anônimas abertas, a unanimidade sequer é exigida na assembleia de constituição (artigo 87, §3, da Lei das S.A.). O artigo 136-A da LSA foi muito preciso, pois disciplinou que o quórum para inserção da clausula arbitral no estatuto da companhia é o do artigo 136 da

LSA, portanto é necessário o voto da metade dos representantes das ações com direito a voto para inserção da clausula arbitral (FRANZONI, 2015, p. 94).

Nas companhias fechadas é possível a introdução da cláusula compromissória societária por maioria representativa de três quartos do capital social, na forma do artigo 1.071, V, c/c o artigo 1.076, I, do Código Civil (CC). O § 5º do artigo 1.072 do CC, prevê que as deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes", conformando a aplicação do princípio majoritário.

Portanto, na reforma da Lei de Arbitragem, com a introdução do artigo 136-A na LSA, o voto do acionista é um direito e não uma obrigação, como ocorre com o voto nas urnas durante as eleições para cargos públicos. A finalidade do voto numa companhia não se liga a questões sociais ou ideológicas, mas sim a interesses econômico-financeiros, de natureza pecuniária, ou seja, a finalidade da empresa é ampliar a sua lucratividade, portanto quando voto o acionista, a sua finalidade é maximizar os seus lucros. Deste modo, é inegável a natureza patrimonial e disponível do direito a voto do acionista, ao passo que ao votar o acionista busca a otimização do seu capital (FRANZONI, 2015, p. 95).

A disponibilidade do direito a voto é tão clara que será comum os contratos de voto conjunto para manter o controle entre os acionistas majoritários ou contrato entre os acionistas minoritários para se defenderem dos interesses da maioria. Esses contratos são negociados com troca de vantagens para os acionistas, com claro cunho patrimonial. São instrumentos sigilosos e não são levados a registro público, pois são arquivados na sede das companhias e muitas das vezes trazem a cláusula arbitral, pois os sócios estão preocupados em manter o sigilo das suas desavenças, que se tornam públicas quando judicializadas e produzem impacto direto na credibilidade e lucratividade da instituição.

c) Cláusula escalonada

Cláusula escalonadas são cláusulas que preveem a utilização sequencial de meios alternativos de soluções de controvérsias, inseridos num contexto de multietapas, utilizando dois ou mais mecanismos de solução de conflito.

A experiência tem demonstrado que a utilização simultânea de ambos os mecanismos através da cláusula escalonada, o que no ambiente corporativo contribui para preservar o bom entendimento entre os sócios. É natural que no

cotidiano das empresas surjam desavenças entre os sócios na consecução dos objetivos sociais. Para saúde financeira da empresa, é essencial que esses conflitos sejam sanados o quanto antes, preservando a existência da própria instituição.

Apesar da mediação e arbitragem serem mecanismos de solução de conflitos essencialmente diferentes, é comum que apareçam juntos nos acordos de acionistas. Utilizar um instituto de cada vez, de forma escalonada, ou seja, falhando a mediação inicia-se a arbitragem, acena para perspectiva de redução de custo no caso de resolução de conflitos. Sem perder de vista que o mediador não pode ser árbitro, conforme disciplina o artigo 7º da Lei n.º 13.140/2015. Embora a mediação e a arbitragem possam estar previstas no mesmo dispositivo contratual, são institutos distintos, com procedimentos autônomos, regulados em legislações distintas (LEVY, 2019, p. 197).

As pesquisas relatam que no âmbito internacional apenas 25% das empresas se submetem a arbitragem, quando existem a cláusula escalonada (SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION, 2008). Nos casos da utilização da arbitragem, a maior parte das empresas se dizem por satisfeitas por resolverem rápido as suas disputas internas, preservando a sua permanência no mercado. O procedimento escalonado também cresce nos contratos comerciais entre empresas, uma tendência que parece ser irreversível.

É importante chamar a atenção para que as partes estipulem o prazo de duração de ambos os procedimentos, garantindo assim a celeridade da resolução de disputa. Muitas das vezes a mediação pode ser prolongada, sem que uma das partes queira de fato construir um entendimento, utilizando-se da mediação com o escopo de apenas procrastinar com o início do procedimento arbitral.

A utilização da cláusula escalonada nos acordos entre os acionistas majoritário e minoritários abordariam conflitos específicos que ocorrem dentro dos muros das empresas, entre o próprio corpo de funcionários e quadro societário. Esses conflitos existentes entre os integrantes das empresas e dizem respeito a disputa de relacionamento, que envolvem os componentes das instituições que exercem as suas funções sobre forte pressão e cansaço. A dificuldade de inclusão de novos membros nas equipes, competição por melhores cargos e salários, jogos de poder, são exemplos de questões enfrentadas no dia a dia das grandes corporações. Neste caso, trata-se do resgate de um ambiente de trabalho saudável que afeta a saúde da própria empresa, bem-estar dos sócios e dos funcionários que costumam refletir diretamente na produtividade, que quando bem gerida costuma ampliar a lucratividade (LEVY, 2013, p. 135).

É por essa razão que a cláusula escalonada vem sendo encarada como instituto jurídico capaz de preservar a boa governança e convivência dentro das instituições, a ponto de objeto de preocupação da BM&FBOVESPA.

3. RESOLUÇÂO DE CONTROVÉRSIAS RELACIONADAS COM ACORDO DE ACIONISTAS E COMPLIANCE

3.1. Acordo de acionistas

O artigo 118 da Lei das S.A. disciplina o termo acordo de acionista, o texto legal diz que os acordos dos acionistas poderão ocorrer na compra e venda de suas ações, preferencialmente para adquiri-las, no exercício do direito a voto, ou manter o poder ou controle societário, *in verbis*:

> Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

Esses acordos não serão submetidos a registro público, mas deverão ser observados pela companhia e arquivados na sua sede. Todavia o objeto da nossa pesquisa recai sobre o acordo de voto, quando os sócios de uma determinada companhia compactuam previamente a votação de matérias da companhia por meio de um negócio jurídico (BERTOLDI, 2006, p. 68).

O voto dos acionistas afeta diretamente toda a companhia, uma vez que tem condão de dispor sobre as mais diversas matérias, desde a eleição dos diretores até a transformação societários, como a cisão, incorporação ou fusão. Trata-se da modalidade de acordo de acionistas com maior importância devido à influência sobre o poder de controle da companhia. Aqueles acionistas que isoladamente não conseguem alcançar o quórum para aprovação de matérias nas assembleias, podem por meio do acordo de voto aprovar as suas pautas, por exemplo, a indicação de membros de um conselho. Em sentido oposto, pode ser uma ferramenta utilizada pelo acionista controlador calar o acionista incômodo oferecendo-lhe vantagens, como a indicação de cargos administrativos, em troca de sua integração a maioria (BORBA, 2015, p. 351).

É importante esclarecer que o acordo de voto não pode ser utilizado para causar danos a companhia, esse é o comando expresso do artigo 155 da Lei das S.A., *in verbis*:

> O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à

> companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

O acordo de comando ou controle é um contrato firmado entre os acionistas da companhia para obter ou manter o controle da sociedade com o objetivo de prevalecer as deliberações avençadas entre seus signatários na assembleia geral, viabilizando assim, a tomada do controle da companhia e consequentemente a influência direta na gestão dos negócios da empresa, seja por deliberações de assembleia ou por eleição dos administradores.

Não se pode através do acordo de controle ignorar que a companhia possui uma função social, que as decisões afetam família de trabalhadores e a comunidade de forma geral, conforme disciplina o parágrafo único do artigo 116 da Lei 6.404/1976, *in verbis***:**

> Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; eb) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.
> Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

A importância do acordo de controle se estende muito além das assembleias onde são tomadas as decisões da companhia, chega a afetar toda a estrutura organizacional da empresa e até mesmo a própria comunidade, tomando como exemplo grandes companhias abertas que atuam em todo o território nacional, tal acordo pode afetar diretamente milhares de pessoas, por isso, qualquer litígio oriundo de tais acordos torna-se estratégico dentro e fora da empresa e precisa de uma solução justa e eficaz. Justamente por sua importância, tais conflitos podem ser resolvidos com menor impacto e menor custo através da cláusula escalonada, até porque o direito ao voto do acionista é direito patrimonial disponível. Nenhuma companhia tem interesse que as controvérsias entre os seus sócios se tornem públicas, pois o impacto na sua credibilidade no mercado repercute diretamente no seu caixa, sempre de forma negativa. Por essa razão a via judicial será sempre a última opção, uma vez que os processos estatais dão conhecimento à

sociedade e ao mercado sobre brigas entre os sócios e pelo fato das demandas se arrastarem por anos nos tribunais (BERTOLDI, 2006, pp. 77-78).

Outra modalidade de acordo de acionista é acordo de defesa, quando os acionistas minoritários da companhia firmam um compromisso com o objeto de fazerem frente a um objetivo, que, separados, dificilmente, conseguiriam alcançá-lo (BERTOLDI, 2006, p. 88).

Por outro lado, deve se evitar a ditadura de uma minoria societária, ou seja, quando os interesses dos acionistas minoritários colidem com os interesses da própria companhia, sob pena de configuração de abuso de direito por parte da minoria acionária signatária. Elenca-se, por exemplo, um grupo de acionistas minoritários se reúne via acordo de defesa para obter legitimidade ativa para propor ação de responsabilidade civil em face da administração após tal proposta ter sido rejeitada em sede de assembleia geral ou a legitimidade de pelo menos 5% do capital social da companhia para solicitar a exibição dos livros sociais (BERTOLDI, 2006, p. 89).

Por último, outra modalidade de acordo estabelecida no artigo 118 da LSA, que é o acordo de bloqueio, um contrato assinado entre os acionistas da companhia com o objetivo de conter a circularização das ações que possuem. O objetivo é estabelecer restrições quanto aos direitos de venda e à preferência das ações (BORBA, 2015, p. 252).

3.2. Métodos consensuais de resolução de conflitos e boa governança

Cabe destaque ao fato de que o IBGC recomenda que os conflitos internos entre os sócios sejam resolvidos preferencialmente por arbitragem ou mediação pelos motivos já apresentados neste artigo. No Guia de Melhores Práticas de Governança Corporativa, entende que:

> É fundamental prever formas ágeis e eficazes de resolução de controvérsias e divergências entre sócios e administradores e entre estes e a própria organização, para evitar prejuízos ao desempenho ou redução do valor da organização.
> [...]
> Práticas
> a) Os conflitos entre sócios, administradores e entre estes e a organização devem, preferencialmente, ser resolvidos mediante a negociação entre as partes. Caso isso não seja possível, recomenda-se que sejam resolvidos por

> meio de mediação e/ou arbitragem. É recomendável a inclusão desses mecanismos no estatuto/contrato social ou em compromisso a ser firmado entre as partes" (IBGC, 2015, p. 27).

É nesse contexto, que a previsão da clausula escalonada no acordo de voto dos acionistas ganha especial relevância, uma vez que a utilização previa da mediação permite a resolução do conflito com custo reduzido na maior parte das vezes. Todavia, falhando a mediação, se instaura a arbitragem com a resolução célere do conflito, sem que o mercado tenha conhecimento da contenda, o que jamais aconteceria com a demanda levada ao judiciário. Assim, a gestão da empresa está diretamente ligada a gestão de conflitos entre os seus sócios e funcionários, contexto no qual a mediação e arbitragem são ferramenta estratégica para a governança da empresa.

Os procedimentos em questão se inserem no contexto das formas adequadas de resolução de controvérsias, os quais se centram na conservação da boa relação entre as partes. Pautam-se na mútua confiança e no acordo de vontades, preservando o relacionamento amistoso das partes. Ademais, ocorre a participação das partes para a solução da controvérsia, inserindo a perspectiva da gestão social internamente na organização. No caso da mediação, as partes são as responsáveis pela resolução do conflito, por meio do acordo, com o auxílio do mediador, que facilita a comunicação entre as partes. A arbitragem, por sua vez, não se caracteriza por uma participação tão intensa na decisão final. Contudo, as partes decidem o procedimento e as leis aplicáveis e escolhem os árbitros.

O envolvimento com a solução do conflito possibilita uma maior aderência e cumprimento do acordo ou da sentença arbitral. Adicionalmente, preserva a relação entre os envolvidos, evitando um clima adversarial.

A cláusula escalonada no modelo med-arb une ambos os procedimentos mencionados, conforme visto anteriormente, sem excluir nenhum deles. Contudo, deve estar previsto na cláusula se a mediação é facultativa ou obrigatório e, quando for obrigatória, deve prever um prazo para a tentativa de acordo, sob pena de se tornar um instrumento protelatório.

A união de ambos os procedimentos, mediação e arbitragem, na cláusula de resolução de conflitos é proveitosa para as partes, em especial, para a gestão de controvérsias relativas a voto conjunto de acionistas. A mediação possibilita, mesmo com insucesso, a mudanças dos ânimos dos envolvidos, evitando comportamentos embatidos. Com isto, prepara as partes para o procedimento arbitral sem o acirramento. Este aspecto evita as denominadas táticas de guerrilha na

arbitragem, as quais são atitudes antiéticas e desleais no curso processual. Ademais, os procedimentos de forma escalonada auxiliam na preservação da relação intraorganizacional e previne custos por conflitos disfuncionais.

CONCLUSÃO

A governança corporativa está em consonância com a perspectiva de gestão social, sendo de extrema relevância a participação dos envolvidos nos processos de decisão e nas atividades das empresas. Esta modalidade de administração possibilita que o indivíduo incorpore o sistema de valores da empresa, inclusive, o compliance. Neste passo, a resolução de conflitos internos da corporação deve envolver a consensualidade, essencial dentro da gestão participativa.

Diante desde aspecto, o IBGC direciona a necessidade de adoção de mecanismos de solução de disputas como a mediação e a arbitragem, marcados pela autonomia da vontade e pelo acordo de vontades das partes. Deste modo, as decisões são produto, em certo grau, da participação das partes, sendo mais provável o seu cumprimento.

Tais aspectos devem também estar presentes em caso de conflito entre os acionistas, de forma a evitar a adversariedade e de resolver a controvérsia sem afetar o relacionamento dos envolvidos. Neste passo, sustenta-se a inserção de cláusula escalonada med-arb nos acordos de voto conjunto dos acionistas, cuja base legal está prevista na Lei das Sociedades Anônimas, para a manutenção da boa governança corporativa.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de Acionistas*, 1ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2015

BRAGA NETO, Adolfo. *Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos*. In: GRINÔVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano (orgs.). Mediação e gerenciamento do processo. São Paulo: Atlas, 2007.

CARMONA, Carlos A. *Arbitragem e Processo*, 3ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEVY, Fernanda Rocha Levy. *Cláusula Escalonada*: Mediação Comercial no Contexto da Arbitragem. São Paulo. Saraiva. 2013,

FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária*. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2015

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol. II, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LYPSKY, David. B.; SEEBER, Ronald L. *The appropriation resolution corporate disputions*: a report on the growing use of ADR by US. Disponível em:<https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/>. Acesso em 04/01/2018.

MARCATO, Ana; TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Direito Empresarial:* Possibilidades interessantes em conflitos securitários. Revista de Processo, volume 279, pp. 513-527, 2018.

PINHO, Humberto Dalla; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educaçâo, 2019.

RAMAKRISHNA, Saloni P. *Enterprise Compliance Risk Management:* An Essential Toolkit for Banks and Financial Services. Singapura: John Wiley & Sons Singapore Pte. Ltd., 2015.

RAMOS, Guerreiro. *The New Science of Organizations*: Reconceptualization of the Wealth of Nations. Press University of Toronto, 1984.

SHIPTON, J. Integrity in Financial Markets. *Challenges from Asia*, Speech to FCA International Regulators' Seminar, Londres, 24 de novembro de 2014.

SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION. Queen Mary University of London. *International Arbitration Corporate Attitudes and Practices*, 2008. Disponível em: <www.arbitrationonline.org/docs/IAstudy_20008.pdf>. Acesso em 02/01/2019.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE:
diálogo jurisdicional (im)possível

Mariana de Freitas Rasga
Universidade Estácio de Sá, Professora de Direito Constitucional e Bolsista do Programa de Pesquisa Produtividade da UNESA, Rio de Janeiro, Brasil, mfrasga@hotmail.com

Resumo: Estados comprometidos com os tratados sobre direitos humanos deveriam ser transigentes com a proteção do ser humano. Entretanto, com frequência, órgãos internos deixam de aplicar ou fazer uso do controle de convencionalidade, mecanismo de verificação de compatibilidade de um ato normativo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do poder judiciário brasileiro, promove o exercício de proteção aos direitos humanos tangencialmente ao adotar a sistemática tradicional do controle de constitucionalidade para solução dos casos judicializados que confrontarem com a Constituição. Assim sendo, o problema de pesquisa a ser enfrentado consiste em responder a seguinte pergunta: existe diálogo entre jurisdições em matéria de controle de convencionalidade? A questão torna-se complexa uma vez que decisões internas e internacionais sobre o mesmo caso chegam a conclusões distintas, fato que gera insegurança. Por isso, o presente artigo tem por objetivo geral verificar se o mecanismo do controle de convencionalidade interamericano é, de fato, aplicado pelo Supremo Tribunal Federal. Os objetivos específicos da pesquisa estão envolvidos com a análise dos casos solucionados, especialmente aquele promovidos contra o Brasil, nos casos Gomes Lund e Vladmir Herzog. O segundo objetivo específico da pesquisa é identificar a existência de diálogo entre jurisdições e, como consequência, como os magistrados brasileiros devem, a partir de um novo paradigma, aplicar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conclui-se que, somente através do diálogo jurisdicional é possível intensificar a tutela dos direitos humanos.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade; Diálogo entre jurisdições; Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

O tema sobre o controle de convencionalidade assume caráter relevante e útil, uma vez que o Estado brasileiro, além de estar vinculado a maioria dos tratados de direitos humanos existentes, também se encontra submetido ao

sistema regional de proteção dos direitos humanos. Esse mecanismo tem determinado um novo paradigma jurídico a ser seguido pelos Estados, uma vez que implica na subordinação do ordenamento jurídico e a promoção dos direitos humanos à máxima proteção, como um bem comum regional, superior aos interesses nacionais.

Apesar de existir certa crença de que a origem do controle de convencionalidade remonte a um caso francês, decidido em janeiro de 1975, sobre a constitucionalidade de uma lei que permitia a interrupção voluntária da gravidez, o controle de Convencionalidade é um fenômeno que adveio da prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

A rigor, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), desde o caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, passou a utilizar o controle de convencionalidade como fundamento para impor a responsabilidade internacional dos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos. De certa maneira, o controle de convencionalidade foi idealizado para concretizar os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos e, neste contexto, sobressaíram alguns julgados como La Cantuta (2006, considerando 173), Boyce vs. Barbados (2007, considerando 78), Manuel Cepeda Vargas (2010, considerando 208 e nota 307), Comunidad Indígena Xákmok Kásek (2010, considerando 311), Gomes Lund (2010, considerando 176) e Vladimir Herzog vs. Brasil.

É possível considerar duas espécies de Controle de Convencionalidade: o primeiro, que parte da análise de casos sujeitos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual se permite verificar a compatibilidade de leis internas, incluindo até mesmo a Constituição do Estado, cujo parâmetro é a Convenção Americana de Direitos Humanos e, o segundo, a partir da possibilidade das cortes supremas latino-americanas ou seus tribunais examinarem casos à luz dos tratados internacionais sobre direitos humanos elaborados sob os auspícios dos sistemas regionais e global.

Entretanto, no Brasil o uso do controle de convencionalidade é ainda rudimentar em comparação aos demais Estados integrantes do sistema regional de proteção dos Direitos Humanos. Entretanto, casos emblemáticos, como o da proibição da prisão do depositário infiel, o do direito ao silêncio e o da obrigatoriedade da audiência de custódia, examinados respectivamente no Recurso Extraordinário 466.343, nos Recursos Especiais 914.253, 1.497.542, e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, podem ter sido fruto do

diálogo entre os tribunais superiores e o sistema interamericano de direitos humanos.

Contudo as decisões nacionais e internacionais se apresentam, muita das vezes, contraditórias, fato que gera insegurança e vulnerabilidade do Estado brasileiro que, em razão dessa disparidade, pode sofrer condenações pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir dessa observação, tem-se como hipótese a seguinte afirmação: se o Supremo Tribunal Federal se distancia do mecanismo de controle de convencionalidade, por não realizar o diálogo Jurisdicional, os demais tribunais brasileiros, como instâncias inferiores do judiciário, seguirão a mesma orientação, o que pode acarretar responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

Assim sendo, o presente trabalho tem por objetivo geral verificar se o mecanismo do controle de convencionalidade interamericano vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em casos relacionados aos tratados internacionais de direitos humanos. Os objetivos específicos da pesquisa estão envolvidos com a análise dos casos solucionados, especialmente aquele promovidos contra o Brasil, como os casos Gomes Lund e Vladmir Herzog, julgados respectivamente em 2010 e 2018. O segundo objetivo específico da pesquisa é identificar a existência de diálogo entre jurisdições e, como consequência, como os magistrados brasileiros devem, a partir de um novo paradigma, aplicar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A pesquisa será desenvolvida em três itens. O primeiro será dedicado ao estudo das espécies de controle de convencionalidade existentes na atualidade. O segundo item exporá os dois casos submetidos à Corte Interamericana nos quais foram utilizados o controle de convencionalidade. Ao analisar os casos submetidos à Corte IDH, especialmente aqueles relacionados ao Brasil, será possível através da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, compreender os meandros do funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por meio do exame contrastivo, comparar o sistema adotado pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam tratados internacionais de direitos humanos.

O último item será dedicado ao diálogo entre jurisdições. Com efeito, o diálogo entre jurisdições constitui um relevante desafio para a cultura jurídica, em especial para Estados como o Brasil que adotam, em sua maioria, parâmetro de controle de constitucionalidade e não o controle de convencionalidade para promover e proteger os direitos humanos.

Quanto à aproximação epistemológica a pesquisa se revelará interpretativa, uma vez que será voltada a compreender o emprego do controle de convencionalidade e possível diálogo jurisdicional no Brasil. Por ser uma pesquisa exploratória, a análise de dados coletados será feita a partir da exploração e do conhecimento do fenômeno do controle de convencionalidade, tema ainda em desenvolvimento no direito brasileiro. Terá com isso o propósito de aproximar o problema de pesquisa, no que diz respeito ao modesto uso do controle e eventual responsabilidade internacional do Estado para torná-lo mais explícito e possibilitar o aperfeiçoamento da atuação do judiciário brasileiro. Da mesma forma, a pesquisa se dará por meio de estudos de casos múltiplos, uma vez que a coleta das decisões dos Casos Gomes Lund e Herzog, não pode estar separada do arcabouço teórico constitucional, segundo o qual considera a Constituição o principal documento jurídico do Estado em detrimento da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ao demonstrar o alcance do controle de convencionalidade, espera-se consolidar o *corpus iuris* do sistema interamericano de direitos humanos no âmbito nacional e ao identificar o diálogo entre jurisdições nacionais e regionais, busca-se aperfeiçoar o sistema judiciário brasileiro, especialmente para otimizar a tarefa do magistrado nacional, a partir de um novo paradigma jurisprudencial definido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1. Espécies de controle de convencionalidade

De acordo com o entendimento da Corte IDH é possível distinguir dois níveis de controle de convencionalidade, ou seja, aquele realizado pela própria Corte, que reputa "inconvencional" a norma doméstica oposta à Convenção Americana de Direitos Humanos e aquele realizado pelos juízes locais, como um segundo nível de controle.

Com efeito, a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é possível distinguir dois níveis de controle: 1) aquele realizado pela própria Corte, que reputa "inconvencional" a norma doméstica oposta à Convenção Americana de Direitos Humanos, como ocorreu nos casos La última tentación de Cristo e Boyce vs. Barbados; 2) aquele realizado pelos juízes locais, como um segundo nível de controle, por orientação da Corte Interamericana, para que os juízes nacionais possam exercer o controle de convencionalidade, como foi o caso de Almonacid Arellano, julgado em 2006.

No primeiro caso, a prática do exercício do controle de convencionalidade foi reafirmada em inúmeros casos analisados pela Corte Interamericana, como em: La Cantuta (2006, considerando 173), o já mencionado Boyce vs. Barbados (2007, considerando 78), Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes (2008, considerando 63), Heliodoro Portugal (2008, considerandos 180/1), Manuel Cepeda Vargas (2010, considerando 208 e nota 307), Comunidad Indígena Xákmok Kásek (2010, considerando 311), Fernández Ortega (2010, considerando 237), Rosendo Cantú (2010, considerandos 219 e 220), Ibsen Cárdenas y otro (2010, considerando 202), Velez Loor (2010, considerando 287), Gomes Lund (2010, considerando 176), Cabrera Garcia-Montiel Flores (2010, considerando 225) e, no caso Duque vs. Colômbia, decidido em 26 de fevereiro de 2016, no considerando 85.

No sentido de mitigar as impunidades, a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce a prerrogativa da jurisdição internacional que complementa as regras de proteção interna dos Estados-partes componentes do sistema regional de proteção. Assim, ao se valer do controle de convencionalidade, a Corte IDH concebe um instrumento que permite a o confronto entre a legislação interna e os tratados (RASGA; VALIM, 2018a, p. 188).

Apesar de ter sido concebido no âmbito do sistema interamericano, o controle de convencionalidade, a rigor, não se restringe a ele, uma vez que outras instâncias internacionais, a exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), podem determinar o grau de cumprimento dos deveres assumidos pelo Estado, ao auferir a compatibilidade entre a conduta estatal e as disposições convencionais.

Da mesma forma, os juízes nacionais devem se valer do controle de convencionalidade para garantir a higidez do sistema jurídico e, por consequência, afastar a incidência de normas ou condutas violadoras dos direitos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos. Para tanto, se convertem em juízes interamericanos e evitam a responsabilidade do Estado por eventual descumprimento das regras convencionais de proteção dos direitos humanos.

2. Duas experiências brasileiras e o uso do controle de convencionalidade

No Brasil é possível identificar dois casos submetidos ao judiciário nacional e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ambos disseram respeito à

validade da lei de anistia por atos praticados durante a ditadura civil-militar brasileira. São os casos conhecidos como Guerrilha do Araguaia e Vladimir Herzog.

A Guerrilha do Araguaia foi um movimento de resistência ao regime militar integrado por alguns membros do novo Partido Comunista do Brasil. Esse movimento propôs-se a lutar contra o regime, mediante a construção de um exército popular de libertação. No início de 1972, às vésperas da primeira expedição do Exército à região do Araguaia, a Guerrilha contava com cerca de 70 pessoas, em sua maioria jovens (CorteIDH, 2010, p. 32).

Entre abril de 1972 e janeiro de 1975, um contingente de três mil a dez mil integrantes do Exército, da Marinha, da Força Aérea e das Polícias Federal e Militar empreendeu repetidas campanhas de informação e repressão contra os membros da Guerrilha do Araguaia. (CorteIDH, 2010, p. 33)

Nas primeiras campanhas, os guerrilheiros detidos não foram privados da vida, nem desapareceram. Os integrantes do Exército receberam ordem de deter os prisioneiros e de sepultar os mortos inimigos na selva, depois de sua identificação; para isso, eram fotografados e identificados por oficiais de informação e depois enterrados em lugares diferentes na selva. (CorteIDH, 2010, p. 33)

No entanto, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos após uma "ampla e profunda operação de inteligência, planejada como preparativo da terceira e última investida de contra-insurgência", (CorteIDH, 2010, p. 33) houve uma mudança de estratégia das forças armadas. Em 1973, a Presidência da República, assumiu diretamente o controle sobre as operações repressivas e a ordem oficial passou a ser de eliminação dos capturados. (CorteIDH, 2010, p. 33). Na sentença da Corte ficou consignado que:

> No final de 1974, não havia mais guerrilheiros no Araguaia, e há informação de que seus corpos foram desenterrados e queimados ou atirados nos rios da região. Por outro lado, "[o] governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia e proibiu a imprensa de divulgar notícias sobre o tema, enquanto o Exército negava a existência do movimento" (CorteIDH, 2010, p. 33).

Em relação à memória a sentença da CorteIDH fez referência à audiência pública realizada na sede do tribunal internacional, considerando que:

> Na audiência pública, o Brasil salientou que "este é um momento histórico, em que o Estado brasileiro reafirma sua responsabilidade pelas violações de direitos humanos ocorridas durante o trágico episódio

> conhecido como Guerrilha do Araguaia. Este também é um momento mais que oportuno para honrar os mortos e vítimas". Por outro lado, o Estado referiu-se a diversas medidas adotadas, entre muitas outras, como a Lei nº 9.140/95 e a publicação do relatório "Direito à Memória e à Verdade". Além disso, não apresentou alegações específicas a respeito dos atos de desaparecimentos forçados supostamente ocorridos no presente caso. Não obstante, fez objeções à aplicação da "doutrina de crimes contra a humanidade" ao caso, em função dos princípios de legalidade e anterioridade da lei penal. Destacou, inter alia, que para que o costume internacional possa criar um tipo penal "seria necessário que estivesse devidamente consolidado no momento dos fatos (1972-1974)", e que a "universalização da tipificação do crime de lesa-humanidade no plano internacional ocorreu apenas com o […] Estatuto de Roma [do Tribunal Penal Internacional], em 1998". (CorteIDH, 2010, p. 31)

A Corte Interamericana entendeu ainda que

> Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também 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 finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (CorteIDH, 2010)

A sentença no primeiro caso brasileiro no qual foi discutida a Lei de Anistia, determinou que o Poder Judiciário utilizasse o mecanismo do controle de convencionalidade para verificação de compatibilidade material entre a Convenção Americana de Direitos Humanos e as leis nacionais. Entretanto, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar Lei de Anistia, Lei nº 6.683 de agosto de 1979, considerou que somente o Poder Legislativo tem a capacidade de revisá-la.

Em uma visão reducionista, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF nº 153, consideraram que a transição do regime ditatorial para a democracia resultou de diálogos com diversos setores da sociedade civil. Sendo assim, o judiciário não poderia, segundo o Supremo Tribunal Federal, desempenhar o papel contramajoritário e se sobrepor à vontade do Legislativo, retirando do ordenamento jurídico norma constitucional.

Embora os Ministros do Supremo Tribunal Federal tenham reconhecido na Arguição de Descumprimento nº 153 decisões de outros Estados, como o da Corte Suprema chilena que considerou inválida a Ley de Amnistía, de 1978, com

amparo no Direito Internacional, o acórdão argentino sobre a Ley de Pacificación, de 1983, a Ley de Punto Final, de 1986 e a Ley de Obediencia Debida, de 1987, essas duas últimas denominadas "leis de impunidade", não se pode dizer que o tribunal brasileiro realizou um diálogo com essas cortes na medida em que o resultado da Arguição de Descumprimento nº 153 rumou para outro caminho.

Enfim, o Supremo reconheceu que o significado válido dos textos normativos é variável no tempo e no espaço. Entretanto, essa interpretação somente poderia ser aplicada às leis dotadas de abstração e generalidade, jamais às leis concretas, designadas leis-medida. Nesse caso, a interpretação deveria ser feita em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada e não a realidade atual. Por consequência, o judiciário de hoje não estaria autorizado a alterar a redação dada pela decisão política "conciliada" assumida naquela realidade histórico-social da passagem da ditadura para a democracia (RASGA; VALIM, 2018, p. 297).

Em relação ao caso Vladimir Herzog a abordagem se deu da seguinte maneira: em 24 de outubro de 1975 o jornalista Vladimir Herzog foi procurado por agentes do DOI/CODI na cidade de São Paulo para prestar esclarecimentos em virtude de suas supostas ligações com o Partido Comunista Brasileiro. Naquele dia, diante da necessidade de manter a programação da emissora no ar, a direção da TV Cultura na qual Herzog trabalhava mediou com os agentes militares o seu comparecimento para o dia seguinte (CorteIDH, 2018, p. 25).

No dia 25 de outubro de 1975, cumprindo o acordo realizado anteriormente, por volta das 8 horas da manhã, Herzog foi torturado nas dependências do órgão militar por ser considerado "inimigo do Estado". De certo, que no final deste mesmo dia, foi declarado morto pelo Comandante do DOI/CODI e o laudo cadavérico atestou a prática de suicídio (CorteIDH, 2018, p. 26).

Entretanto, o corpo do jornalista foi encontrado na cela "em suspensão incompleta e sustido pelo pescoço, através de uma cinta de tecido verde", segundo as informações descritas na ação declaratória de n.º 136/76 (CorteIDH, 2018, p. 27).

A partir da morte do jornalista, em circunstâncias controversas, foi iniciada em 1976 pela família de Vladimir Herzog ação judicial para a declaração de tortura seguida de homicídio perpetrados por agentes do Estado brasileiro e que configuravam violações aos direitos humanos (CorteIDH, 2018, p. 28).

A referida ação não buscava valores indenizatórios e sim a declaração de tortura e homicídio cometidos pelo Estado. Ao final a sentença prolatada vislumbrou a necessidade de pagamento de verba indenizatória sem, contudo, responsabilizar os autores (CorteIDH, 2018, p. 28).

A internalização dessas informações legitima a acreditar que pela ausência de investigação séria, aprofundada e pautada na necessidade de punição severa dos responsáveis pela tortura e execução de Vladimir Herzog é que se (re)construiu todo o processo investigativo com vias ao oferecimento de uma representação à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No caso Herzog o Brasil apesar de admitir ter realizado uma reparação simbólica ao editar livros, sites em memória dos fatos ocorridos, em seu ato de permanente impunidade, feriu diretamente à Convenção Americana de Direitos Humanos em vários de seus dispositivos, assim como, a jurisprudência da Corte o que o faz incorrer numa responsabilidade internacional por omissão promovendo um abismo entre direitos sonegados e regras inobservadas (CorteIDH, 2018, p. 25).

A criação da Comissão da Verdade e a Comissão de Mortos e Desaparecidos no regime político tornaram indelével a morte de Herzog. No entanto, o pagamento de 100 mil reais a vítima e seus filhos, a retificação da certidão de óbito que antes continha a afirmação de morte de enforcamento por asfixia mecânica e após por "lesões e maus tratos sofridos durante o interrogatório em dependência do 2º Exército (DOI/CODI)" implementaram parte da história na memória coletiva recente, mas, não restauraram a verdade dos fatos.

De fato, a memória histórica somente foi resgatada através da decisão da Corte Interamericana que condenou o Brasil datada de 15 de março de 2018, mas somente publicada em 4 de julho de 2018, uma vez que considerou não só o contexto histórico, mas os fatos ocorridos nas dependências do DOI-CODI com Vladimir Herzog (CorteIDH, 2018, p. 27). A Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou na sentença no Vladimir Herzog que:

> Já em 1992, quando se encontrava em plena vigência a Convenção Americana para o Brasil, os juízes que intervieram na ação de habeas corpus deveriam ter realizado um "controle de convencionalidade" ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas devidas competências e das regulamentações processuais respectivas. Com ainda mais razão, as considerações acima se aplicavam ao caso sub judice, ao se tratar de condutas que chegaram ao limiar de crimes contra a humanidade (CorteIDH, 2018, p. 25).

Em relação ao contexto histórico a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 15 de março de 2018, se pronunciou da seguinte maneira:

> La mayor violencia contra opositores del régimen militar ocurrió en 1964 y entre 1968 y 1975. Estos fueron los períodos con más casos de muertos y desaparecidos políticos oficialmente reconocidos por el Estado. Además, esos períodos también coinciden con la centralización de las investigaciones y de los operativos de represión en los centros de información de la Marina (CENIMAR), del Ejército (CIE) y de la Aeronáutica (CISA), así como la conformación de los Centros de Operaciones de Defensa Interna (CODI) y los respectivos Departamento de Operaciones Internas (DOI) (CorteIDH, 2018, p. 25).

Além disso a Corte Interamericana levou em consideração a existência da Operação Radar, como uma ofensiva dos órgãos de segurança para combater e desmantelar o Partido Comunista Brasileiro e seus membros. De igual maneira analisou todos os recursos judiciais utilizados pela família de Herzog para a construção da memória individual e da memória coletiva.

A decisão proferida em 2018 referente ao caso Herzog reconheceu a violação do direito das vítimas de conhecer a verdade, além de declarar a afetação a integridade psíquica e moral dos familiares pela extrema angústia vivida até os dias de hoje, em decorrência da falta de investigações dos fatos pelas autoridades brasileiras.

Por fim, a Corte condenou o Estado brasileiro a reparar os danos causados e proceder as investigações necessárias para o esclarecimento da morte de Herzog e determinar a autoria dos crimes perpetrados contra a vítima. Além disso, adotar medidas de não repetição, ou seja, que impeçam a ocorrência de novas violações aos direitos humanos.

As sentenças da Corte Interamericana apresentam-se como um resultado complexo, em amplo espectro, não se restringindo às reparações de caráter exclusivamente financeiro. Por isso, são determinadas uma série de reparações que visam assegurar a recomposição do status anterior. Assim, é possível que a decisão do tribunal determine não só a indenização pecuniária, mas também outras medidas, inclusive a alteração do ordenamento jurídico interno estatal.

Diante dessa complexidade, as sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são cumpridas ao largo de anos e as duas condenações sofridas pelo Brasil ainda estão em fase de supervisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3. Diálogo entre jurisdições

A fim de aproximar o Brasil do sistema de proteção dos direitos humanos, acredita-se que o diálogo no âmbito transnacional seria necessário. Como consequência, o entrecruzamento de ideias dialogais reforçaria o reconhecimento das decisões proferidas pela Corte Interamericana e desempenharia um ponto de apoio para a racionalidade das decisões judiciais tomadas pela Corte brasileira (OLIVEN; RASGA, 2017, 263).

Assim sendo, seria possível destacar três variáveis do diálogo entre jurisdições: a) a cross cutural dialogue, sedimentada através da comunicação entre as jurisdições regionais; b) diálogo entre as cortes constitucionais e, finalmente, c) o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte IDH. De toda sorte, o mais premente seria a necessidade de fomentar o avanço do diálogo entre jurisdições entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte IDH a fim de desenvolver o controle de convencionalidade (PIOVESAN, 2013). Muitos fatores possibilitariam o incremento do diálogo, como o crescimento da troca de informações entre cortes nacional e internacional, com a divulgação rápida dos expedientes pelos seus sites na internet, o que facilitaria o acesso de qualquer interessado.

Não se trata de reduzir o tema ao diálogo entre jurisdições no sentido adotado por Marcelo Neves pois segundo o mesmo

> (..) a conquista de direitos no âmbito do transconstitucionalismo decorre de relações altamente conflituosas entre cortes de ordens jurídicas diversas. Em segundo, os problemas transconstitucionais emergem e são enfrentados fora das instâncias jurídicas de natureza judiciária, desenvolvendo-se no plano jurídico da administração, do governo e do legislativo, assim como no campo dos organismos internacionais e supranacionais não judiciais, dos atores privados transnacionais e, inclusive, especialmente na América Latina, no domínio normativo das comunidades ditas "tribais". O transconstitucionalismo aponta para o fato de que surgem cada vez mais questões que poderão envolver instâncias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais (NEVES, 2014, p. 194).

Há vários fatores que possibilitam o maior incremento do diálogo jurisdicional, como o crescimento exponencial da troca de informações entre cortes constitucionais e interamericana, com a divulgação rápida dos expedientes forenses pela internet, o que facilita o acesso direto de qualquer interessado; o fator de legitimação democrática da atuação contramajoritária do judiciário para a consolidação e reforço da democracia e, a repetição de questões e casos jurídicos atinentes a mais de um Estado, a partir da tarefa comum em torno da proteção dos direitos humanos.

Uma vez que se entendesse pela aplicação do tratado como parâmetro de controle, seja de constitucionalidade ou convencionalidade, poderia se indagar como lidar em situações em que a norma afrontasse o sistema protetivo de direitos humanos. Nessa hipótese, o resultado possível seria o do diálogo vertical, ou seja, no caso de omissão legislativa interna, o Judiciário brasileiro poderia promover a aplicação direta do tratado, isso porque na ausência de legislação protetiva de direitos humanos, não seria possível falar em eventual antinomia. Dessa forma, o Brasil estaria cumprindo efetivamente o acordo estabelecido pele tratado internacional.

Por outro lado, se o ordenamento jurídico brasileiro possuísse norma que afrontasse algum tratado internacional, ratificado pelo Estado, não haveria necessidade de revogar a lei interna, já que a aplicação do tratado de direitos humanos prevaleceria sobre norma genérica. Em outros casos, seria possível um diálogo horizontal, situação em que lei interna e tratado internacional de direitos humanos poderia coexistir, de forma complementar, para suprir lacunas individuais, seja aplicando-as ao caso concreto ou conjugando-as de forma a obter-se o melhor para a pessoa humana.

CONCLUSÃO

Este artigo procurou traçar linhas gerais sobre a existência do diálogo entre jurisdições, especialmente no uso do controle de convencionalidade nos casos da Guerrilha do Araguaia e Vladimir Herzog, ambos relacionados à validade da lei de anistia por atos praticados durante a ditadura civil-militar no Brasil.

Considerando o que foi analisado inicialmente é notório que muitas dúvidas ainda pairam sobre a utilização do controle de convencionalidade, seja como técnica de decisão ou como mecanismo de aferir a compatibilidade de um ato com uma norma hierarquicamente superior. Por se tratar de um movimento recente e que ainda tem muito a amadurecer são raros os casos de aplicação em concreto pelo judiciário brasileiro. Dessa forma, verifica-se que há necessidade

de aprofundar o estudo seja através da análise de casos concretos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja trilhando novos caminhos a partir do diálogo entre os tribunais locais e a Corte IDH.

Em essência, o controle de convencionalidade está relacionado aos casos de compatibilidade das normas com os tratados de direitos humanos. Nesse prisma, o controle pode significar inclusive uma técnica legislativa de compatibilização, no qual o poder legislativo tem o dever de alterar ou criar normas e realizar o controle prévio e político, utilizando como parâmetro a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; mas também pode representar um controle judicial de convencionalidade, no qual há se declara a invalidade de leis internas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos, seja pela via difusa, seja pelo controle concentrado.

Como visto é possível distinguir dois níveis de controle de convencionalidade, isto é, aquele realizado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos a ela submetido e aquele realizado pelos juízes domésticos, como um segundo nível de controle, tal como ocorre com o controle difuso de constitucionalidade.

Sem dúvidas o controle de convencionalidade não se restringe ao sistema interamericano de direitos humanos, podendo ser verificado em outras instâncias internacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia, que podem determinar o grau de cumprimento dos deveres assumidos pelo Estado, ao auferir a compatibilidade entre a conduta estatal e os tratados internacionais de direitos humanos. Da mesma maneira, o controle de convencionalidade pode e deve ser utilizado pelos juízes nacionais, que se transformam, nessa hipótese, em verdadeiros juízes interamericanos.

Os casos da Guerrilha do Araguaia e Herzog demonstraram que o Brasil foi condenado por não ter realizado o diálogo de jurisdição necessário. É por isso que o diálogo entre jurisdições constitui um relevante desafio para a cultura jurídica, em especial para o Brasil que ainda adota o controle de constitucionalidade para tangencialmente proteger direitos humanos.

Dessa maneira, não restam dúvidas de que o estudioso do direito contemporâneo, independentemente de ser internacionalista ou não, deve ser capaz de compreender o fenômeno do controle de convencionalidade em toda a sua dimensão e alcance. É nesse sentido que o fomento e a utilização de um diálogo

entre jurisdições promovem uma espécie de *corpus iuris* uniforme interamericano, capaz de assegurar e efetivar os direitos humanos.

REFEFÊNCIAS

BALDERRAMA, Víctor Hugo Rodas. Aplicación del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano de los derechos humanos. *Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, v. 64, n. 1, p. 311-345, Julio-Diciembre 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Exceções preliminares, mérito, reparações e custos. Sentença de 26 setembro, série C, n.154, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman vs. Uruguai. Mérito e reparações. Sentença de 24 de fevereiro, série C, n. 221, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio, serie C, n. 4, 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre, serie C, n.162, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre, serie C, n. 219, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Herzog y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo, serie C, n. 353, 2018.

GUERRA, Sidney. Avanços e retrocessos sobre o controle de convencionalidade na ordem jurídica brasileira: uma análise do posicionamento do superior tribunal de justiça. *Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado*. Juiz de Fora, v.2, n. 2, p. 72-91, 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. *Revista de Investigações Constitucionais*, v.4, n.1, p.109-128, 2017.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GIL, Rubén Sánchez. *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*. Álvaro Obregón: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.

MANRIQUE, Ricardo César Pérez. *Control de convencionalidad*: Análisis de jurisprudência. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Nº XXII, pp. 409-420, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. The international environmental law and the greening of the American Convention on Human Rights. *Revista Direito GV*, v.9, n.1, p. 199-241, 2013.

OLIVEN, L. R. A.; RASGA, M. F. O controle de convencionalidade no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos a partir do diálogo entre jurisdições. In: VI Encontro Internacional do CONPEDI - Costa Rica. Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I: San José. Costa Rica: CONPEDI, 2017, v.1, p. 260-279.

PIOVESAN, Flávia. Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos: desafios da reforma. *Revista Campo Jurídico*, n. 1, p. 163-186, mar. 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012.

RASGA, Mariana de Freitas; VALIM, Morgana Paiva. Caso Vladimir Herzog vs. Brasil: uma experiência na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PEREIRA NUNES, C.R. et al.(Orgs.). *Diálogos em Direitos Humanos, questões regulatórias em biotecnologia, Biodireito e temas interdisciplinares*, Rio de Janeiro: Processo, 2018, p.187-201.

RASGA, Mariana de Freitas; VALIM, Morgana Paiva. Derecho y Memoria: El caso Gomes Lund en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: CHAVES, M. P.; VIVAS, A. B. T. (Orgs.). *Direito e Sociedade: Reflexões sobre questões contemporâneas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 295-313.

RASGA, Mariana de F.; VALIM, Morgana P.; GOÉS, Guilherme S. Margem Nacional de Apreciação: Nova Possibilidade Exegética no Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos? In: *Interfaces entre Instituições e Estado*, p. 175-191, Rio de Janeiro: Grupo Multifoco, 2019.

OSUNA, Karla I. Quintana. *El control de convencionalidad: Un estudio del derecho interamericano de los derechos humanos y del derecho mexicano*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

READING, Anna. *Identity, memory and cosmopolitanism*: The otherness of the past an a right to memory? En: European Journal of Cultural Studies, pp. 1-16, 2011.

“SOBRE O POLÍTICO” DE CHANTAL MOUFFE PARA A REINVENÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA: O PLURALISMO POLÍTICO E O MODELO AGONÍSTICO

Luiz Gustavo Tiroli
Acadêmico de Direito da Universidade Estadual de Londrina
gustavo_tiroli@hotmail.com

Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo
Professor do Curso de Direito da UCP/UNIVALE - Campus de Ivaiporã. Advogado Constitucionalista. Procurador do Município de Ibiporã. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP
luizpedrozo@hotmail.com

Resumo: Hodiernamente, as sociedades democráticas transitam para uma democracia pluralista em face da derrocada do socialismo no mundo, o que desencadeou uma explosão de conflitos étnicos, religiosos e nacionalistas. Tais perspectivas passaram a ganhar compleição com a dissolução da União Soviética e a prerrogativa de não existir mais limitações entre a direita e a esquerda. Neste contexto, a visão racionalista dos liberais mostrou-se insuficiente para compreender o cenário democrático mundial contemporâneo, marcado pela proliferação de particularismos e a emergência de antagonismos. Nessa direção, Chantal Mouffe analisa, sob a perspectiva da esfera da política, que o “outro” não pode ser compreendido como um inimigo a ser destruído, mas um adversário, um “inimigo legítimo”, cujas ideias devem ser combatidas e cujo direito de expô-las deve ser igualmente defendido. Com base nesse posicionamento teórico, assumido no presente estudo, discute-se a importância do pluralismo político para uma possível reinvenção da democracia brasileira. De igual maneira, a pesquisa tem por objetivo reconhecer a especificidade da democracia pluralista moderna e sua aplicabilidade no cenário brasileiro. O método adotado é o histórico-dedutivo. A pesquisa será desenvolvida por meio da abordagem qualitativa e por meio da técnica de revisão bibliográfica. O primeiro tópico versa sobre o modelo democrático hegemônico dominante na era da pós-política. O segundo discorre sobre o modelo agonístico de democracia pluralista. O terceiro perquire sobre a reinvenção da democracia brasileira a partir desse modelo agonístico. Nas considerações finais, sugere-se que a passagem do antagonismo para o agonísmo, defendido por Chantal Mouffe, exige a manutenção das instituições democráticas e a liberdade para o confronto entre as partes, de modo que os dois lados se reconheçam no campo político como adversários, não como inimigos mortais, rechaçando-se assim, a polarização.

Palavras-chave: Democracia; Chantal Mouffe; Agonismo; Antagonismo; Pluralismo.

INTRODUÇÃO

O modelo democrático liberal que se estabeleceu vitorioso após a derrocada do socialismo – que por sua vez desencadeou uma explosão de conflitos étnicos, religiosos e nacionalistas – apregoa uma visão pós-política que nega os antagonismos constitutivos das sociedades humanas e argui uma racionalização democrática consensual. Nesse sentido, Mouffe defende o agonismo político, modelo no qual o "outro" não deve ser compreendido como um inimigo a ser destruído, mas "um adversário legítimo", cujas ideias serão ouvidas e combatidas, e o direito de expô-las será defendido.

Para tal, a pesquisadora distingue o conceito de político e política, sendo o primeiro a dimensão do antagonismo inerente às sociedades humanas e que emerge das relações sociais, ao passo que o segundo, pode ser considerado o conjunto de práticas e instituições que visam organizar e estabelecer ordem em situações potencialmente conflituosas, oriundas da dimensão do político. Nesta perspectiva, a superação da dicotomia nós/eles com intuito de estabelecer o consenso democrático se constitui em uma falácia, pois o conflito e o dissenso são fundamentais à manutenção da democracia.

No antagonismo, o político argui seus posicionamentos ideológicos e despreza o outro, por este constituir um inimigo que deve ser de todas as formas ignorado. Diversamente, no modelo agonístico de democracia, proposto por Mouffe, é defendida a ideia de que "o outro" enquanto adversário, deve ser incluído e ouvido no debate, porém, combatido no campo das ideias e nos limites das regras do jogo político-democrático. Nesse contexto, surge então a seguinte dúvida: de que maneira o modelo agonístico de Mouffe pode contribuir verdadeiramente para a reinvenção da democracia brasileira a partir do pluralismo político? O "modelo mouffeano" pode ou deve ser almejado no contexto político brasileiro?

Para sistematizar as discussões, o método adotado na pesquisa é o histórico-dedutivo, vez que consiste na extração discursiva do conhecimento a partir de premissas teóricas de Chantal Mouffe aplicadas à realidade democrática brasileira. A problemática da pesquisa será exposta e estudada por meio de uma

abordagem qualitativa, com intuito de analisar os objetivos em uma perspectiva descritiva e exploratória, a partir da técnica de revisão bibliográfica da literatura pertinente ao assunto.

Objetiva-se assim, reconhecer a especificidade da democracia pluralista moderna, perquirindo sobre a possibilidade de reinventar a democracia brasileira, a partir de uma modelo que reconheça a legitimidade do conflito para a consolidação do modelo democrático agonístico, recusando a supressão de tal modelo pela imposição de uma ordem autoritária que aplaque as divergências e estabeleça uma ordem harmônica e hegemônica no cenário brasileiro contemporâneo.

Na consecução do objetivo acima delineado, o primeiro tópico versa sobre a hegemonia dominante e os modelos democráticos universalistas liberais na era da pós-política, além de elencar as críticas de Chantal Mouffe a modelos que pretendam universalizar a democracia através da racionalidade. No segundo tópico discorre-se sobre o modelo agonístico de "democracia pluralista mouffeana", suscitando as principais características do modelo proposto pela cientista política e sua perspectiva quanto ao cosmopolitismo. Por fim, o terceiro tópico perquire a possibilidade de se reinventar a democracia brasileira a partir do pluralismo político e do modelo agonístico de Chantal Mouffe, de modo que se abandone o antagonismo e a concepção do outro como inimigo a ser destruído, passando à construção de uma perspectiva democrática agonística de práticas políticas que combatam o adversário no campo das ideias e dentro das regras impostas pelo jogo democrático.

1 A HEGEMONIA DOMINANTE E OS MODELOS DEMOCRÁTICOS LIBERAIS NA ERA DA PÓS-POLÍTICA

A queda do muro de Berlin (1989) e o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (1991) sinalizaram para a vitória do modelo liberal que nasceu baseado no racionalismo e na laicidade, e se alicerçou em uma corrente de pensamento denominada de Iluminismo (MELQUIOR, 1991). Todavia, em face da complexidade das sociedades industriais, o pensamento liberal que outrora apregoava o total afastamento da intervenção estatal para a consolidação dos direitos individuais, passou a considerar a perspectiva de liberdades positivas, acrescentando aos direitos e liberdades individuais mais básicos, uma atenção na igualdade de oportunidades e na ética de uma comunidade determinada. Assim, a

perspectiva democrática do liberalismo apregoou a existência de um espaço privado de liberdades individuais mínimas face ao Estado (SILVA, 2008).

Tem-se assim, que o pensamento liberal sustenta a existência de direitos individuais que são anteriores a consolidação do Estado e que por ele não poderiam ser relativizados, a fim de garantir a tutela da individualidade, sem incorrer no processo de sobreposição da coletividade. Tais direitos são considerados fundamentais à liberdade de ação do indivíduo, devendo os direitos coletivos e sociais ser regulamentados, a fim de impedir que sua imposição possa mitigar aqueles que garantem a liberdade (HABERMAS, 2002).

Entretanto, a visão racionalista dos liberais se mostrou insuficiente para compreender o cenário democrático mundial contemporâneo, marcado pela proliferação de particularismos e a emergência de antagonismos, consistindo na mitigação do papel do cidadão que, apesar de ter resguardado seus interesses pessoais, não tem nenhuma (ou quase nenhuma) participação efetiva no processo de condução da autonomia pública, a não ser pela possibilidade de eleger representantes que, durante um determinado período, conduziriam as decisões do Estado, afastando o indivíduo da esfera pública (HABERMAS, 2002).

A crítica de Mouffe ao modelo liberal recai justamente na sua característica pós-política, que desconsidera a natureza antagonista do político nas pluralidades das sociedades modernas. Neste aspecto, o "político" como realidade constituída a partir do antagonismo precisa ser percebido a partir da condição de inexistência de uma situação definitiva, ou seja, através da compreensão da dimensão de irredutibilidade que permeia toda ordem. Neste sentido, o conceito de hegemonia é utilizado por Mouffe para demonstrar essa realidade, resultado de um conjunto de práticas que se estabelecem em determinada sociedade em dado período histórico.

O modelo democrático deliberativo apregoa a construção de um consenso racional, que por sua vez, desconsidera as paixões e as relações de poder na esfera pública (é incapaz de perceber a dimensão antagonista e seu caráter inerradicável, decorrente do pluralismo e que é constitutivo do político).

Neste aspecto, a democracia deliberativa tem relação com o pensamento liberal, pois de "um modo muito sistemático, o pensamento liberal evade ou ignora o Estado e a política, e manifesta-se ao invés disso, em termos de uma típica e sempre recorrente polaridade de duas esferas heterogêneas, sabidamente a ética e economia" (SCHMITT, 1976, p. 70).

> Em outras palavras, é preciso reconhecer o caráter hegemônico de todos os tipos de ordem social e o fato de que toda sociedade é resultado de um conjunto de práticas que tentam estabelecer ordem em um contexto de contingência. Como sugere Ernesto Laclau: "As duas características principais de uma intervenção hegemônica são, neste sentido, o caráter "contingente" das articulações hegemônicas e seu caráter "constitutivo", no sentido de que elas instituem relações sociais no sentido primário, não dependente de qualquer racionalidade social a priori" (MOUFFE, 2015, p. 16).

A compreensão da existência de uma ordem hegemônica temporária permite o questionamento em relação a suas práticas, podendo ser superadas e substituídas, a partir da relação de antagonismo que permeia a realidade política. Sendo assim, não se deve objetivar construir um consenso democrático que aplaque as diferenças e estabeleça uma ordem política inquestionável, por ser fruto da deliberação e da construção coletiva, mas o confronto de modelos democráticos e de posicionamentos políticos ideológicos numa relação de "nós/eles" legítima.

A hegemonia do neoliberalismo apregoa o consenso como resolução legítima para os conflitos políticos, sustentando que a dicotomia histórica entre esquerda e direito deva ser superada para consolidar uma racionalidade capaz de construir consensos universais. Esta visão pós-política impede a visualização da hegemonia neoliberal que se apresenta como única alternativa para a compreensão da democracia contemporânea. A negação do antagonismo, que é constitutivo do político, afasta as paixões inerentes às relações sociais. Entretanto, para Chantal, é possível que toda ordem hegemônica possa "ser desafiada por práticas anti-hegemônicas, isto é, práticas que tentarão desarticular a ordem existente para instalar outra forma de hegemonia" (MOUFFE, 2015, p. 16).

Mouffe critica ainda, o modelo de democracia universal que serve à universalização dos direitos humanos, feito um instrumento de dominação e imposição da hegemonia ocidental liberal às múltiplas sociedades, marcadas por processos históricos e sociais bastante distintos. (MOUFFE, 2005). Boaventura de Souza Santos (1995, p. 337) corrobora com a crítica ao sustentar que a universalização dos direitos humanos pressupõe um processo de "globalização por cima", que significa a imposição civilizatória do ocidente às sociedades subdesenvolvidas.

A autora reforça também, várias críticas ao enfrentamento dos problemas da democracia a partir de uma metodologia procedimental. Para ela, deve-se

vislumbrar a democracia de uma perspectiva que valorize as práticas e não as formas de argumentação. Neste sentido, a distinção estrita entre "procedimental" e "substancial" ou entre "moral" e "ética" - distinções fundamentais para a perspectiva habermasiana de democracia – não se sustentam, uma vez que procedimentos sempre envolvem compromissos éticos substanciais e "não poderiam nunca ser procedimentos puramente neutros". (MOUFFE, 2005, p. 18)

> A deliberação moral (modelo deliberativo), a teoria política democrática em vigor é incapaz de reconhecer o papel das "paixões" como uma das forças motrizes do campo da política, ficando impotente quando se vê diante de suas diferentes manifestações. Ora, isso é coerente como a recusa em aceitar a sempre presente possibilidade de antagonismo e com a crença de que, na medida em que é racional, a política democrática pode ser interpretada invariavelmente em termos de ações individuais (MOUFFE, 2005, p. 17).

Neste sentido, a lealdade ao processo democrático e as suas instituições não dependem de uma fundação racional, mas "um compromisso apaixonado a um sistema de referência. Logo, apesar de ser crença, é realmente um modo de viver ou de avaliar-se na vida (WITTGENSTEIN, 1980, p. 85). Para Chantal Mouffe, "os teóricos que desejam eliminar as paixões da política e que defendem que a política democrática deve ser compreendida apenas em termos racionais, de moderação e de consenso revelam sua falta de compreensão da dinâmica do político" (MOUFFE, 2005, p. 19).

Além disso, para Chantal os obstáculos dos mecanismos racionalistas são ontológicos, ou seja, a deliberação pública livre, desempenhada por todos igualmente, e por temas de interesse coletivo, constitui-se uma impossibilidade conceitual, dado "que formas particulares de vida que são apresentações como seus "empecilhos" são sua própria condição de possibilidade. Sem elas a comunicação ou deliberação jamais adviriam.

2 O MODELO AGONÍSTICO DE DEMOCRACIA E O COSMOPOLITISMO EM CHANTAL MOUFFE

No intuito de compreender a teoria democrática de Mouffe faz-se necessário distinguir "o político" da "política", sendo o primeiro a dimensão do antagonismo constitutivo e inerente às sociedades humanas e que emerge das relações sociais, e o segundo, o conjunto de práticas e instituições que visam

organizar e estabelecer ordem em situações potencialmente conflituosas, oriundas da dimensão do político. Neste contexto, a superação da dicotomia nós/eles com intuito de estabelecer o consenso democrático se constitui em uma falácia, pois o conflito e o dissenso são fundamentais à manutenção da democracia (MOUFFE, 2015).

A proposta de democracia agonística de Mouffe (2005, p. 19) pressupõe um modelo que considere a natureza do político, as relações de poder e o antagonismo como cerne. Desse modo, a "objetividade social é constituída por atos de poder" e a manifestação da vontade social torna-se, em última instância, política.

Tal modelo está relacionado a manutenção das instituições democráticas, no sentido de transformar o modelo antagonístico em um modelo agonístico, superando a lógica de inimigo pela lógica de adversário legítimo. A demarcação entre nós/eles se torna antagonística à medida que se constrói a crença de que "eles" ameaçam a identidade do "nós", sugerindo assim a relação de amigo e inimigo. Sendo assim, para a cientista política, não existe consenso sem exclusão, não existe "nós" sem "eles" e nenhuma política é possível sem se estabelecer uma fronteira.

> O que está em jogo no conflito agonístico, ao contrário, é a própria configuração das relações de poder em torno das quais a sociedade está estruturada: é um conflito entre projetos hegemônicos opostos que jamais pode ser acomodado racionalmente. Embora a dimensão antagonística nunca deixe de estar presente e o confronto seja real, ele se desenvolve sob condições que são reguladas por um conjunto de procedimentos democráticos aceitados pelos adversários (MOUFFE, 2015, p. 20).

Neste aspecto, há uma outra reflexão sobre a democracia a ser desenvolvida: trata-se da natureza da ordem mundial democrática que apresenta dois modelos, um cosmopolita que sustenta uma universalização da interpretação ocidental dos valores democráticos e da implementação de uma visão geral dos direitos humanos a todas as sociedades em nível mundial, e o modelo multipolar, que apregoa um determinado equilíbrio entre as unidades regionais em detrimento da imposição de uma ordem mundial única, estando preocupada com a democracia pluralista e com a diversidade.

> A democracia cosmopolítica baseia-se no pressuposto de que objetivos importantes – controle do uso da força, respeito pelos direitos humanos, autodeterminação – só serão alcançados por meio da ampliação e do desenvolvimento da democracia. Ela se diferencia da abordagem comum do

> cosmopolitismo por não exigir simplesmente a responsabilidade global, mas por realmente tentar aplicar internacionalmente os princípios da democracia. Para que problemas como proteção do meio ambiente, regulação da migração e uso dos recursos naturais estejam sujeitos ao indispensável controle democrático, a democracia precisa superar as fronteiras dos Estados individuais e afirma-se em nível global (ARCHIBUGI, 2006, p. 7).

As críticas feitas por Mouffe (2003, p. 23) ao modelo cosmopolita consiste na pretensão de tal modelo em universalizar, de maneira impositiva, os valores da cultura ocidental, compreendendo que "a forma de vida ocidental é a melhor e que o progresso moral exige sua implementação em todo o mundo". Aqueles que sustentam os conceitos de "cidadãos do mundo" e "República Mundial" desconsideram o aspecto antagonista das sociedades que é constitutivo do político e que não pode ser suprimido pela imposição, ainda que bem-intencionada, de valores e direitos construídos dentro da lógica típica ocidental.

> Eles negligenciam o fato de que relações de poder são constitutivas do social e que os conflitos e antagonismos não podem ser erradicados. É por isso que, se uma República Mundial fosse estabelecida, isso poderia apenas significar a hegemonia mundial de um poder dominante que teria sido capaz de apagar todas as diferenças e impor suas próprias concepções de mundo ao planeta inteiro. Isso traria graves consequências. Nós já estamos testemunhando como as tentativas atuais de hegemonizar o mundo suscitam reações adversas violentas daquelas sociedades cujos valores e culturas específicas são tidas como ilegítimos pela universalização impingida pelo modelo ocidental (MOUFFE, 2003, p. 24).

A respeito dos órgãos e entidades supranacionais que visam construir políticas para direcionamento da geopolítica mundial, Mouffe (2003) não descarta - considerando o estágio atual de globalização -, a sua importância na finalidade de regular as relações internacionais, mas sustenta a necessidade dessas entidades serem espaços públicos propícios para a manifestação da diversidade e dos antagonismos, construindo uma perspectiva multipolar e pluralista em detrimento de um centro que seria o único lugar de soberania.

Do contrário, a imposição de uma ordem democrática hegemônica ocidental faz com que, aqueles que não concordam e resistam a imposição, sejam vistos como "inimigo" da civilização, e a desconstrução do adversário legítimo permite que sejam utilizados todos os instrumentos legítimos e ilegítimos para combater tal ameaça. Neste aspecto, somente o pluralismo de núcleos políticos na construção de uma ordem democrática mundial multipolar trará as estruturas

para a construção da paz, pois o equilíbrio entre unidades regionais tem maior possibilidade de alcançar a pacificação do que a imposição de uma hiperpoderosa unilateral.

3 A REINVENÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA: O PLURALISMO POLÍTICO E O MODELO AGONÍSTICO

A perspectiva do modelo democrático liberal consensual aponta para um processo de unificação e pacificação mundial no médio e longo prazo. Entretanto, essa visão pós-política que nega o antagonismo como elemento fundante da política tem sido questionada em várias regiões do globo. A derrocada do modelo socialista/comunista e o triunfo do modelo liberal baseado na sociedade de mercado mitigou as fronteiras entre a esquerda e a direita, e em vez de amadurecer o processo democrático, implicou na perda de legitimidade das instituições democráticas nas sociedades ocidentais.

Contudo, o fim da guerra fria e da ordem geopolítica bipolar não fez surgir o consenso democrático mundial, nem tão pouco a pacificação harmoniosa das sociedades, pelo contrário, a constituição do modelo liberal como sendo a única hegemonia legítima, aquela a ser desenvolvida como forma de regulamentar o processo democrático nas sociedades, fez surgir a explosão de uma multiplicidade de novos antagonismos.

A perspectiva pós-política que apregoou a queda das identidades coletivas não foi capaz de vislumbrar a ascensão de partidos que "apelavam a formas supostamente "arcaicas" de identificação com o povo." A explosão do populismo de direita em países como Dinamarca, Suíça, Holanda, Noruega, Itália e França, encontra no Brasil território fértil, sobretudo em face do passado ditatorial pelo qual o país atravessou (MOUFFE, 2015, p. 65).

Os teóricos liberais atribuem a este fenômeno a justificativa de que a classe trabalhadora alienada seria alvo fácil para os demagogos. Entretanto, Mouffe (2015, p. 64) afirma que as análises sociológicas "indicam claramente que os eleitores dos partidos populistas podem ser encontrados em todos os setores do eleitorado."

Nesse sentido, Mouffe promove um verdadeiro diagnóstico dos elementos comuns às sociedades onde se desenvolveu um populismo de direita que se

apresenta como uma antítese às estruturas tradicionais da política. Ela explica que, nessas sociedades a barreira entre esquerda e direita, entre partidos e projetos de governo foram atenuadas no desenvolvimento do processo histórico e político, ou seja, com o objetivo de construir uma perspectiva conciliatória e consensual nos partidos de centro, o eleitorado ficou desprovido de projetos políticos significativamente diferentes e conflitantes. E completa: "os demagogos de direita foram capazes de expressar o desejo de uma alternativa ao consenso sufocante" (MOUFFE, 2015, p. 65)

A exemplo, na Áustria, com o fim da Segunda Guerra Mundial construiu-se uma grande coalizão entre o conservador Partido do Povo (ÖVP) e o Partido Socialista (SPÖ) que permitiu o controle do campo econômico, cultural, social e político, concebendo um governo aliado as elites, criando espaço para o surgimento do demagogo Jörg Haider que soube relacionar os temas de interesse da soberania popular e se apresentar como resistência a coalizão construída pelos dois principais partidos.

> A estratégia discursiva de Haider consistiu em erguer uma fronteira entre um "nós" formado por todos os austríacos de bem, trabalhadores dedicados e defensores dos valores nacionais, e um "eles" composto pelos partidos no poder, sindicatos, burocratas, estrangeiros, intelectuais de esquerda e artistas, que eram apresentados como um obstáculo a um verdadeiro debate democrático (MOUFFE, 2015, p. 66).

Haider foi capaz de construir um antagonismo nós/eles entre a população e as elites, desenvolvendo um polo "anti-establishment". Neste sentido, ao se apresentar como a única opção contra a coalizão instaurada no país após a Segunda Guerra Mundial, o político capta o sentimento dos eleitores, e o crescimento do populismo de direita, contemplada como única alternativa hegemônica, impede a criticidade do modelo e impossibilita a manutenção das instituições democráticas no intuito de transformar os conflitos antagonistas em conflitos agonistas, de modo que o adversário não seja concebido como inimigo a ser destruído, mas como adversário legítimo a ser combatido nos limites do campo democrático. Desta forma, o "consenso" construindo entre os partidos dentro do espaço democrático impossibilitou que a população pudesse optar por projetos opostos, dando margem para o surgimento do demagogo de direita que, na verdade, se apresentou ao eleitorado como sendo contra o sistema vigente que se instaurou.

No Brasil, o cenário recente da política nacional, demonstra uma fragilidade das barreiras que separam os projetos da direita e da esquerda de maneira clara para a população que, diante da ausência do estabelecimento de partidos com projetos políticos antagônicos, encontrou no populismo de direita uma forma de combater o establishment. Bolsonaro, e o fenômeno do bolsonarismo representam bem essa faceta, apresenta-se como sendo um representante do "contra-tudo-isso-aí" (anti-establishment), dos cidadãos de bem, defensores da família tradicional, da religião cristã, da defesa da propriedade privada e como sendo portador dos valores e dos sentidos do "povo".

A ineficiência dos partidos políticos em definir projetos políticos distintos incorre na ascensão de demagogos, que por sua vez, constroem discursos em que a relação eles/nós ultrapassa a compreensão tradicional de inimigo político e recaí na perspectiva de bem/mal, moralizando o debate político, que deveria se consolidar em sentido estritamente contrário, para a solidificação da relação agonística, de modo que a relação eles/nós seja de adversário legítimo, combatido dentro do campo democrático.

O processo de moralização da política ocorre na visão pós-política da segunda modernidade e pressupõe o fim do antagonismo político, os embates não ocorrem mais dentro do campo político tradicional, o debate concentra-se em aspectos morais, negando o caráter político e consolidando, em defesa do modelo democrático liberal, a perspectiva de que aqueles que se apresentam fora das regras estabelecidas são considerados como inimigos da democracia, um mal a ser combatido fora dos campos das ideias e em limites que transcendem a lógica democrática.

Mouffe (2015) rebate também, a fronteira estabelecida entre os "democratas do bem" e a "extrema direita do mal", no sentido de que aqueles que negam o antagonismo encontraram no moralismo uma maneira de justificar o conflito entre modelos diversos de projetos democráticos, sem, contudo, admitir o caráter do político.

> Numa típica manipulação liberal, era possível estabelecer, dessa forma, uma distinção política "nós"/"eles" ao mesmo tempo que, por apresentá-la como sendo de natureza moral, se negava seu caráter político. Desse modo, a identidade dos bons democratas podia ser alcançada por meio da exclusão da extrema direta nociva, sem questionar a tese de que o modelo adversarial de política foi superado. Outro bônus foi que se podiam mobilizar as paixões contra o que foi denominado de "extrema direita" utilizando-se repertório tradicional do discurso antifascista. As pessoas

> sentiam-se muito bem e muito virtuosas simplesmente por participar da denúncia das "forças nocivas". Naturalmente, essa mobilização de paixões não era reconhecida como tal, mas entendida como a reação racional de seres humanos morais que queriam defender valores universais. Dessa forma, ela se tornava compatível com a perspectiva racionalista dominante (MOUFFE, 2015, p. 72).

Quando o processo de moralização da política se acentua, a dicotomia nós/eles é superada pela divisão bem/mal. Neste sentido, o estabelecimento do "eles" como "inimigo" traz a legitimidade que autoriza o emprego de todos os meios para sua destruição. Não se trata de conceber que a política foi moralizada, mas que o debate pertinente ao espaço político ocorre no campo da moral.

O deslocamento de antagonismos da esfera política para a esfera moral incorre no enfraquecimento das instituições democráticas, pois o combate não admite contraposição, não há pluralidade, não há agonísmo à medida que a divisão implica necessariamente na dualidade "bem/mal", ou "certo/errado", suprimindo o caráter político e impedindo a construção do modelo agonístico democrático brasileiro.

Outro aspecto a ser considerado no processo de construção do agonísmo democrático plural no Brasil consiste na necessidade da superação de uma visão de intolerância à diversidade, que tem origem na herança colonizadora que o país e a América Latina atravessou, um processo de encobrimento do diverso, do outro, daquilo que destoasse do modelo europeu.

A modernidade possui, intrinsecamente, a ideia de uniformização, padronização e encobrimento, propiciando no período de colonização a disseminação de uma cultura de "dominação, controle, exploração, dispensabilidade de vidas humanas, subalternização dos saberes dos povos colonizados, etc" (SPAREMBERGER, 2014, p. 104). Os povos originários da América Latina vivenciaram o processo colonizador espanhol e português, tendo sua história e cultura suprimida pela imposição hegemônica de um modelo europeu.

Sendo assim, a democracia brasileira deve ser reinventada a partir da perspectiva agonística pluralista de Mouffe, construindo instrumentos democráticos legítimos de confrontação dos antagonismos a fim de se tornarem agonísmos. O processo de consolidação da sociedade brasileira passou pela influência de diversas culturas, a originária indígena, as matrizes africanas, os povos europeus e asiáticos que denotam o pluralismo existente e que necessita ser trazido para a esfera política democrática.

> Mas, há muito ainda a ser feito para consolidar a cultura democrática em nosso País, caracterizada por valores fundamentais como o respeito aos direitos humanos e garantias individuais, a tolerância pacífica às diferenças, a institucionalidade, o respeito às regras do jogo democrático, a independência e imparcialidade do Poder Judiciário, a liberdade de imprensa, o controle pelo governo civil das forças armadas, o Estado laico (separação entre Estado e religião), entre outras (SCORSIM, 2019, s/p).

Diante disso, é possível afirmar que a reinvenção da democracia brasileira a partir de um modelo agonístico pressupõe a necessidade de pluralizar os espaços políticos, permitindo a manifestação da diversidade e construindo um "consenso conflitoso" que respeite o antagonismo que é constitutivo do político, de modo que, não almeje construir um projeto de nação soberana sem a participação da soberania popular.

CONCLUSÃO

A pretensão de universalização do modelo democrático liberal, ainda que de boa intenção, constitui-se numa impossibilidade em face da desconsideração do caráter político das sociedades humanas, marcadas pelos conflitos antagonístico. O modelo procedimental consiste na tentativa de imposição de uma concepção democrática e uma compreensão de direitos humanos a partir da perspectiva ocidental europeia, desconsiderando as particularidades políticas, sociais, econômicas e culturais das demais sociedades.

Nessa esteira, Mouffe propõe então um modelo agonístico de democracia, que basicamente consiste em considerar a perspectiva política e os antagonismos da sociedade para transformar a relação "nós/eles" de inimigos, para adversários legítimos, de modo que, os modelos democráticos e as perspectivas políticas divergentes possam se conflitar dentro da esfera política, reconhecendo os antagonismos legítimos.

Tem-se assim, que a passagem do antagonismo para o agonísmo exige a manutenção das instituições democráticas e a liberdade para o confronto entre as partes que se reconheçam como adversárias. A construção de uma democracia pluralista decorre da necessidade de um determinado consenso a respeito dos princípios ético-políticos, cuja consolidação depende de inúmeras interpretações conflitantes, sendo fadado, deste modo, a um "consenso conflituoso".

A compreensão do outro na condição de inimigo político - aquele que deve ser destruído por meio da perseguição política, midiática, sócio midiática e de disseminações de falsas informações que visam exclusivamente aniquilar o inimigo - deve ser o quanto antes, superada, a fim de se construir uma democracia pluralista que respeite as diferenças e que se consolide compreendendo a existência da divergência identitária de seus componentes.

É certo que o cenário político brasileiro acena para uma ascensão do populismo de direita que tende a desconsiderar a natureza política dos conflitos, e recair na perspectiva moralizante da política, substituindo o embate entre adversários políticos para a noção de bem/mal, mitigando o político e possibilitando que todas as ferramentas possíveis, legítimas e ilegítimas, sejam utilizadas para desconstruir o outro que representa o "inimigo" a ser combatido.

A construção de uma democracia pluralista brasileira passa pela necessidade de viabilizar a manifestação das diversidades nos espaços públicos e a superação da intolerância ao diferente, fruto do modelo colonizador europeu ocidental que impôs uma visão de mundo hierarquizada no campo cultural, político, social e econômico.

Está mais do que provado que os conflitos são constitutivos do político e da natureza democrática. Por conta disso, não se pode conceber um modelo que se apresenta como "salvador da pátria" para unificar ou pacificar a política brasileira. Muito pelo contrário, necessária é a manutenção legítima das instituições democráticas e sua transformação em espaços da pluralidade, de modo que o antagonismo seja transformado em agonísmo, compreendendo que a democracia se consolida no dissenso. Daí dizer então, que a "ferramenta mouffeana" pode contribuir significativamente para a reinvenção da democracia brasileira a partir do pluralismo político, devendo ser almejada no contexto político brasileiro para superação dos antagonismos.

REFERÊNCIAS

ARCHIBUGI, Daniele. *Debating cosmopolitics*. Capital & Class, n. 88, 2006. Gale Academic Onefile, Acesso em: 22 jan. 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts norms: contribution to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge, Mass.: Massachusetts Institute of Technology, 2002.

MELQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*: antigo e moderno. Ed. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MOUFFE, Chantal. *Democracia, cidadania e a questão do pluralismo*. Gêneros e movimentos sociais: identidade, diferença e mediações. Tradução de Kelly Prudencio. Santa Catarina, 2003.

MOUFFE, Chantal. *Por um modelo agonístico de democracia*. Publicado em inglês como capítulo do livro The Democratic Paradox (MOUFFE, 2000a). Tradução e resumo de Pablo Sanges Ghetti; revisão da tradução de Gustavo Biscaia de Lacerda. Revista Sociologia e Política, Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005.

MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Toward a new common sense*: law, science and politics in paradigmatic transition. Londrina, Routledge, 1995.

SCHMITT, Carl. *The concept of the political*. New Brunswick: Rutgers University Press, 1976.

SCORSIM, Ericson M. *Cultura de defesa das instituições democráticas*. Direito da comunicação, 2019. Disponível em: https://direitodacomunicacao.com/artigos/cultura-de-defesa-das-instituicoes-democraticas/. Acesso em: 24 jul. 2020.

SILVA, Felipe Gonçalves. A solidariedade entre público e privado. In: NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e Democracia*: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direitos humanos e descolonialidade: uma leitura a partir da (arthropos)logia jurídica e formas "outras" de conhecimento. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar; BRAGATO, Fernanda Frizzo (Orgs.). *Pós-colonialismo, pensamento descolonial e direitos humanos na América* Latina. Santo Ângelo: Furi, 2014.

WITTGENSTEIN, L. *Cultura e valor*. Edições 70: Lisboa, 1980.

4

PAINEL 4
Direitos fundamentais, violência e gestão institucional

A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR AXIOLÓGICO INAFASTÁVEL NO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Henrique Adriano Pazzotti
Acadêmico de Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL; Estagiário da Procuradoria Geral do Município de Londrina/PR. E-mail: henrique.pazzotti10@gmail.com.

Alessandra Trevisan Ferreira
Mestra em Ciências Jurídicas na UniCesumar (Maringá/PR); Especialista em Ciências Criminais pelo IPAN - LFG. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UEL (Londrina/PR). Professora do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras (Londrina/PR). Advogada. E-mail: aletrevi18@hotmail.com.

Resumo: O presente artigo tem por foco realizar a análise do sistema penitenciário, sob uma perspectiva julgadora, entrando em defronte entre o verdadeiro intuito ressocializador e a sua realidade tão apenas penalizadora. Para tanto, verificar-se-á brevemente a pena em seu aspecto histórico, e analisando as teorias fundamentadoras da pena, para que neste contexto seja possível vislumbrar o real intuito do sistema penitenciário comparando-o com realidade da aplicação das penas privativas de liberdade no sistema penitenciário brasileiro. Em verdade, o referido sistema, amplamente caracterizado, não é capaz de promover aos detentos a ressocialização esperada pela sociedade, pois a superlotação, as péssimas condições de sobrevivência, de higienização e tantos outros fatores, contribuem para que os cárceres brasileiros sejam ineficazes no sentido de atender ao que propõe e determina a Lei de Execução Penal, ou seja, recuperar o detento por ter cometido um determinado crime. O escopo do presente trabalho será expor o déficit do cárcere, o qual encontra-se falido, abandonado e sem nenhuma condição de abrigar detentos, analisando as principais dificuldades de sua total ineficácia, em desrespeito a um dos princípios basilares do direito, qual seja o da Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Omissão do Estado; Sistema Carcerário.

INTRODUÇÃO

A norma penal, após evolução de longos períodos históricos em que se utilizavam da pena como expulsão do infrator do convívio social, vingança aplicada pelo próprio ofendido como meio de fazer justiça pelos próprios punhos e por fim, um meio de expiação do mal cometido pelo condenado a partir da aplicação de penas aflitivas, passa-se a conceber a pena como uma sanção que será aplicada ao agente que ultrapassou os limites interpostos pelo ordenamento, imputando-o uma reprimenda que se direciona à persecução de determinadas finalidades que justifique a atuação do poder punitivo estatal.

As teorias doutrinárias, após a internalização dos ideais iluministas, passam a justificação da pena como instrumento do atingimento de determinadas finalidades, que não se restringem a mera represália retributiva aplicada ao agente que perpetrou um mal em face à sociedade, mas passam a percorrer finalidades intimidativas aos habitantes da comunidade, a reafirmação da norma penal violada pelo infrator, inibição da prática delituosa neutralizando o agente delinquente, e não obstante, a reeducação do condenado através da aplicação da punição como meio de fazê-lo compreender os valores sociais e os internaliza-los. Ainda neste aspecto, há teorias (unificadora) que sustentam a aplicação de ambas as teorias (prevenção geral e especial) conjuntamente para o atingimento de tais finalidades.

O ordenamento jurídico pátrio, a partir do artigo 59 do Código Penal e internalizando com as disposições contidas na lei de execução penal (art. 1), passou a conceber a teoria mista, direcionando-se à persecução do atingimento da retribuição, reeducação e prevenção com a aplicação da repressão penal do Estado.

Nesta observância, tendo o Estado adotado como finalidade de aplicação da pena, não apenas em seu teor punitivo, mas objetivando o alcance da prevenção de novas condutas e a reeducação do apenado quando do cumprimento da pena, não pode sob a justificativa da necessidade de sancionamento das condutas ilícitas, se sobrepor a norma jurídica.

As flagrantes ilegalidades existentes no âmbito prisional, o encarceramento em massa que se torna propulsor de grande parte das ofensas aos apenados, a ausência de efetivação de condições mínimas de salubridade, higiene e segurança, são os faróis que iluminam para além das grades do sistema prisional, a desumanidade suportada neste ambiente.

Sendo estas as premissas declinadas, a questão que se observa é a Dignidade da Pessoa Humana, esta, se apresentando como pilar base da consolidação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, instrumento de efetivação do valor axiológico do indivíduo, não pode ser jogado a esmo à mera discricionariedade do Estado quando da sua efetivação. A sua efetivação independe de regulamentação, tão somente sua estrita observância.

O método empregado para organização do raciocínio cientifico desenvolvido na presente pesquisa, adotou-se o modelo metodológico dedutivo, analisando a Dignidade da Pessoa Humana e sua importância no ordenamento jurídico pátrio, e analisando-se por conseguinte, o modelo adotado pelo ordenamento penal brasileiro para o atingimento das finalidades na aplicação da pena, valendo-se como instrumentos de pesquisa o fichamento de conteúdos doutrinários, análise do ordenamento jurídico e por fim, a constatação de dados penitenciários.

Pretendendo-se concluir ao final da pesquisa, que a dignidade é valor intrínseco ao ser humano que não admite violações, é a limitação da punição como meio de resguardo ao arcabouço de direitos fundamentais do indivíduo, toda e qualquer violação a este princípio constitucional, é um ataque à vida humana, independentemente da condição em que esta se encontra.

1. ABORDAGEM HISTÓRICA DA PENA

No contexto atual, a pena é considerada como um meio natural no qual o Estado impõe ao indivíduo que violou o ordenamento, incidindo no cometimento de um fato típico, ilícito e culpável, a perpetração do *ius puniendi*. (GRECO, 2009, p. 485).

Desde o início civilizatório, a forma de aplicação de reprimenda ao cometimento das violações das normas de convivência, embora não possuindo o mesmo sentido de pena a qual representa na atualidade, concebia-se esta como aplicação de uma punição que de tempos em tempos e de acordo com os preceitos sociais de cada grupo, evoluía e modificava-se a sua forma de aplicação.

Sempre existiu punições como uma forma de coerção ao indivíduo que se valeu de atos que iam na contramão aos interesses da comunidade. Na antiguidade, a propósito, o teor da punição como reação social consistia na expulsão do condenado do convívio do grupo, como um meio de expô-lo e, por

conseguinte, a expulsão do condenado visava que não fosse aplicado ao grupo uma reprimenda pelos seres místicos superiores adotados como deuses pela comunidade, afastar que a punição do indivíduo infrator pudesse refletir no grupo todo.

Ultrapassado o entendimento da pena como "reação social", passou-se a concebê-la como um meio de aplicação da chamada "vingança privada", período em que imperava a divisão de grupos e consequentemente o ensejo de conflitos que giravam entorno de declarações de guerras particulares, em que determinado indivíduo, por se considerar ofendido pela conduta de um suposto agressor, valia-se de um conflito ao qual "a punição era imposta exclusivamente como vingança pelo próprio ofendido" (CALDEIRA, 2009, p. 261).

Com o desenvolvimento das comunidades, tomou forma a transformação do entendimento de punição a partir do castigo em um aspecto aflitivo ao infrator, objetivando desta forma que fosse proporcionada remissão pelo seu erro, período denominado como "vingança divina", sendo que a norma trazia consigo valores religiosos e o castigo aplicado ao infrator, decorria da comprovação do ilícito após a submissão deste ao tratamento de "ordálias ou 'prova de Deus" (CALDEIRA, 2009, p. 262).

Tais provas submetiam o acusado a lesões corporais ou eventos da natureza, como meio interpretativo de verificação de culpa, onde se buscava extrair se a divindade de Deus indicou a culpa ou inocência do indivíduo.

Com a internalização de valores religiosos no ordenamento das sociedades antigas, passa-se a ter normas puramente sacras e a pena passa ser concebida como vingança pública, cabendo ao detentor do poder soberano sua aplicação. Através da pena a crença religiosa buscava uma forma de correção, passando ao ideal de reformar o indivíduo através da punição, que na maioria das vezes consistia em punições bárbaras. Desta forma, os aplicadores da lei passaram-se a buscar razões para justificação das sanções, "suavizando suas consciências perante eles próprios ou perante Deus" (VALOIS, 2012, p. 25).

O entendimento da pena, passa a assegurar o reconhecimento de valores que outrora eram desvinculados do ser humano na imputação das punições com a vinda dos ideais iluministas em meados do século XV e XVIII, voltando-se o olhar para a necessidade do resguardo dos direitos subjetivos do indivíduo.

1.1. FINALIDADES DA PENA

É nítido que a pena, desde os períodos históricos, assume um papel sancionador ao delinquente que infringiu os limites interpostos pela comunidade, em muito, aplicando-a apenas como meio de retribuir o mal perpetrado contra o todo social.

Ao passo que a sociedade se desenvolve, a necessidade de sustentação da aplicação da pena ganha força com as teorias na vertente absolutista, relativista e mista, verificando se há a necessidade da aplicação da punição, se esta consiste apenas em retribuição de um mal em face do mal ocasionado pelo ilícito cometido ou se busca finalidades diversas com sua aplicação.

A aplicação da pena no contexto adotado pela teoria absolutista, consistia na imputação de uma punição ao infrator buscando expiar-se o "mal (pecado) cometido". Neste momento histórico, a forma de Estado era concebida como uma identidade única entre este e um ser superior, ou seja, toda e qualquer violação era entendida como um mal não somente ao Estado, mas também a um "Deus". Foi um estado em transição, passando a surgir a necessidade de sustentação da aplicação da pena não apenas baseado na "já dissolvida identidade entre Deus e soberano, religião e Estado", mas sim, conceber-se esta, no aspecto retributivo, direcionando a retribuição do mal que foi dirigido em face da "ordem (jurídica)" (BITENCOURT, 2017, p. 91).

A pena na vertente adotada pela teoria absolutista tem inteira decorrência do ato delinquente praticado em face da sociedade, e ultrapassando-se os limites delimitados pelo ordenamento, possuindo sua imposição como retribuição ao "mal causado" (CUNHA, 2015, p. 384). Esta teoria traz consigo o caráter de perpetrar sobre o delinquente toda a sorte de retribuição com um mal praticado em resposta ao mal que este causou ao meio social, passando a ser "simplesmente a consequência jurídico penal do delito praticado" (BITENCOURT, 2017, p. 92).

Em outra concepção, com as vertentes sustentadas pelas teorias utilitaristas (relativista), a pena passa a ser um instrumento para o atingimento de determinados fins. Essa corrente, subdivide-se em prevenção geral e prevenção especial.

Explica Bitencourt (2017, p. 103) acerca da teoria da prevenção geral, que possui o intuito ressocializador da aplicação da punição, levando a efeito a coibição do ato ilícito futuro por meio de uma sanção que "de um lado com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da

sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagira", e em outro aspecto, com a imputação da punição efetivando o cumprimento do aviso previamente explicitado. Sustenta-se na "ideia da intimidação", meio de "utilização do medo e a ponderação da racionalidade do homem".

Já para Rogério Greco (2009, p. 490), a prevenção geral negativa é a vertente da prevenção geral que concebe a intimidação como meio de coibir ilícitos futuros, a coação psicológica, evitando, por meio de uma intimidação face a comunidade, que outros cometam alguma ilicitude.

Esta também é estudada sob a vertente positiva. À exemplo, Rogério Sanches Cunha (2015, p. 384) dissertando sob esta corrente, aduz que na teoria da prevenção geral positiva "o objetivo da pena é buscar a vigência da lei (existência, validade e eficácia)", a busca por assegurar a confiança da coletividade com a higidez da aplicação do ordenamento jurídico.

Ainda assim, passa à missão de resguardar o conjunto de valores sociais, assegurando a confiança social no direito e com a aplicação penal e a pacificação social quando resta solucionado o conflito penal com o autor do crime, produzindo a "consciência jurídica geral" (ANJOS, 2009, p. 24). A vertente da prevenção geral positiva concebe a pena como meio de reafirmação da norma jurídica violada, impondo a sanção como instrumento de reestabelecimento do ordenamento que restou rechaçado pela conduta ilícita, buscando com a aplicação do poder punitivo estatal, tão somente à manutenção do ordenamento infringido (PORTELLA, 2017, p.39).

Vislumbrando ainda as teorias relativistas ou utilitaristas, cumpre ainda asseverar acerca da teoria da prevenção especial.

A teoria da prevenção especial, concebe o "delinquente" como objeto de análise, vislumbrando neste a coibição da reincidência de novas condutas ilícitas. Essa vertente, nos ensinamentos de Bitencourt (2017, p. 108), não limita-se à "intimidação do grupo social" e à retribuição pelo estado a ilicitude cometida como fins a serem alcançados, mas, em contrapartida, busca-se a aplicação de uma medida ("medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, que deve ser tratado de acordo com sua periculosidade") com um intuito de correção, ressocialização ou inibição, para que aquele que transgrediu não volte à prática delituosa.

A prevenção especial também se apresenta sob duas vertentes, sendo elas negativa e positiva, consistindo a primeira em direcionar um meio de

neutralização ao agente que cometeu o ilícito, um meio de "inibir a reincidência" (CUNHA, 2015, p. 384).

Já na prevenção especial positiva, onde Greco parafraseando Roxin aduz que ela se inclina objetivamente em assegurar que o autor dos delitos se abstenha do ato delituoso, "fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros" (GRECO, 2009, p. 490). A pena passa a perseguir um fim ressocializador, utilizando-se como caminho para internalização de valores sociais ao delinquente (PORTELLA, 2017, p. 37)

A teoria mista reúne a aplicação de ambas as teorias, absolutistas e utilitaristas, nos ensinamentos de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p. 109), estas partindo da abordagem adotada pelas teorias absolutas, valendo-se das teorias relativa como meio de correção, ou melhor "encobrir suas falhas", "por um lado, pensam que a retribuição é impraticável em todas as suas consequências e, de outro, não se animam a aderir a prevenção especial".

O sistema penal pátrio concebeu à teoria mista a redação contida no texto do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, possuindo um aspecto de asseguramento de três finalidades com a aplicação da pena, sendo a retribuição, prevenção e reeducação. O momento preventivo consiste no primeiro ato da criação da norma, visando a prevenção da prática delituosa, estabelecendo os "parâmetros mínimos da pena". Em segundo momento, o aspecto ressocializador e retributivo, possui concretização na fase de execução penal, como explicitamente assegurado pela Lei de Execução Penal (art. 1º), a reeducação "assume importância máxima" na formalidade do ordenamento (CUNHA, 2015, p. 385).

Observando que o ordenamento jurídico brasileiro tem como premissa para a imputação de uma punição o modelo adotado pela teoria mista (concebendo a junção da prevenção geral e especial), sendo a internalização na pena a persecução dos objetivos voltados à retribuição, prevenção e reeducação, para seu atingimento, o asseguramento dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano passam a ser limites indisponíveis e irrenunciáveis que quando não respeitados direcionam-se na contramão da finalidade central legitimadora da norma jurídica.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O termo dignidade da pessoa humana para Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p 11), a nível jurídico pelo mundo, teve sua tutela relativamente tardia se comparada às esferas de diálogos na filosofia e na teologia.

A referida expressão, pós Segunda Guerra Mundial, recebeu tratamento especial diante da mudança de significado social, segundo um contexto em que durante o período nazista e fascista, presenciou a história atos desumanos.

Por conseguinte, passou-se a elevar a figura do ser humano a um ideário superior ao de simplesmente sujeito da lei civil. A par disso, aferiu-se a necessidade de colaboração entre os povos, com vistas a preservar a dignidade da pessoa humana (COMPARATO, 2004, p. 210).

Com isso, foi possível vislumbrar uma mudança notável nos textos legais do plano supranacional e das cartas constitucionais dos países com vistas à proteção da dignidade da pessoa humana, ligada intimamente aos direitos humanos, que passaria a servir de norte para atuação do Estado (MIRANDA, 2008, p. 197).

Disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 como fundamento do Estado Republicano Democrático de Direito, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é destacado por José Afonso da Silva (2007, p. 38) de tal forma:

> Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

Como princípio basilar ou fundamental de nossa República, toda interpretação jurídica, seja ela embasada em dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais, deve se preocupar com a efetivação da Dignidade da Pessoa Humana. Os direitos fundamentais à vida, à igualdade, à liberdade, à propriedade e à segurança, previstos no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, estão condensados no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, constituindo-se este em um fundamento hermenêutico que consagra o pluralismo axiológico.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é considerado um dos princípios mais importantes e fundamentais no nosso ordenamento jurídico

brasileiro, por ser fonte ética na dignidade da pessoa diante dos direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns a todas as pessoas (CASTRO, 2006, p.174). Tal princípio apresenta caráter universal, irrenunciável e inviolável, constituindo um princípio base do Direito.

A Dignidade da Pessoa Humana é um fundamento para os direitos fundamentais, conforme algumas passagens na Constituição Federal, como no art. 5º, incisos III (não submissão à tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio), XII (inviolabilidade do sigilo de correspondência), XLVII (vedação de penas indignas) e XLIX (proteção da integridade do preso).

O art. 5º da Constituição Federal e seus incisos consagraram os direitos humanos fundamentais, entre eles as garantias e direitos individuais e coletivos. Por meio desse mesmo dispositivo, a Constituição Federal estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, conforme descrito no texto de autoria de Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão (2006, p. 241).

> A dignidade da pessoa humana, [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Complementa Affonso Celso Favoretto (2012, p. 36) que a dignidade da pessoa humana ostenta *status* de princípio fundamental, de modo a constituir diretriz obrigatória a todos operadores do Direito.

Tal princípio impõe verdadeiros limites na atuação do Estado quando se refere aos direitos fundamentais (respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, para o pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano), de maneira que não possam ser tocados, ao menos quando exista regra ao contrário.

O Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de norma embasadora e informativa de toda a ordem constitucional, inclusive (e

especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e nesse ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material (SARLET, 2002, p. 64).

A Dignidade da Pessoa Humana, portanto, "é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida" (SILVA, 1990, p. 93) e, se podemos definir existência como "o modo de ser do homem no mundo" (ABBAGNANO, 1998, p. 399), a Dignidade da Pessoa Humana é o núcleo da existência humana, valor inato, imaterial, essencial, de máxima grandeza da pessoa.

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

Esse princípio é considerado como a base da Constituição Federal, pois o Brasil, como Estado Democrático de Direito, o adota como caráter fundamental. Nesse sentido, Marcelo Souza Aguiar enfatiza que "A Dignidade é dotada de uma natureza subjetiva-objetiva, porquanto é resultado da construção social do sujeito pensante e vivente e, a partir disso, incorpora-se como valor indelével no seio da sociedade" (POZZOLI, 2011, p. 30).

Ademais, pode-se concluir que o conceito de Dignidade da era moderna estava diretamente ligado ao pensamento filosófico de Immanuel Kant, quanto a sua teoria do imperativo categórico, a qual reportava o ser humano sempre como um fim em si mesmo, e não como um meio, trazendo a ele uma valoração (KANT, 1974, p. 229).

O tema em estudo, especificamente a pessoa presa, mesmo por qualquer que seja o crime cometido, e em qualquer que seja o regime jurídico em que se encontra, não perderá o elemento inato à sua existência, ou seja, sua Dignidade.

A pessoa encarcerada pode ter retirado de si, nos termos da própria Lei de Execuções Penais, apenas seus direitos de ir e vir, ou seja, o seu direito fundamental de locomoção.

Essa preservação dos demais direitos parte de uma premissa lógico-jurídica-axiológica de que o preso, portador de Dignidade, mantém um arcabouço de direitos subjetivos. O desrespeito a este princípio, além de acarretar um ato inconstitucional, também ocasionará uma conduta desumana.

Portanto, ao trazer o princípio da Dignidade da Pessoa Humana para as esferas do Direito Penal, Processo Penal e Execução Penal, tem-se um instrumento de direitos, deveres e garantias destinado ao cidadão sobre o qual recai a persecução penal. Os direitos e garantias fundamentais têm de ser resguardados enquanto o agente é considerado acusado, sentenciado, culpado ou apenado, mas sempre receber tratamento digno por parte do Estado e de todos os outros cidadãos.

Imperioso destacar que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem sua correspondência em matéria penal, no Princípio da Humanidade. Em sua essência, o referido princípio apregoa que "toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano" (art. 5º, item 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos). Neste contexto, Roig (2015, p. 61) diz que:

> [...] o princípio da humanidade constitui o fundamento penal maior do dever jurídico-constitucional de minimização da intensidade de afetação do indivíduo, possuindo grande relevo na tarefa de determinação da pena, já que capitaneia a condução de uma política criminal redutora de danos.

Este princípio é ilustrado pela doutrina penal sob dois âmbitos: político-criminal e alteridade (compreensão e reconhecimento do outro e, afinal de si mesmo, a partir da dialética estabelecida com o outro).

Por conseguinte, quando esse direito possui vigência, resta bloqueada a possibilidade de se tratar uma pessoa como meio, disso defluindo que a outorga e o respeito a esses direitos não são atos de benevolência por parte de quem detém o poder, mas exigências ínfimas.

Conforme preleciona Rodrigo Duque Roig (2015, p. 66), Dignidade Humana e pluralismo (além da perspectiva política) são fundamentos do Estado Republicano Democrático de Direito e se entrelaçam a fim de alicerçar este Estado, assegurando o reconhecimento jurídico, social e humano do indivíduo como sujeito imune a juízos de natureza discriminatória, moral, preventiva ou retributiva.

Por conseguinte, explica Roig (2015, p.70) que a relação entre aplicação de pena privativa de liberdade e humanidade é conceitualmente paradoxal, devido às seguintes razões:

> [...] é conceitualmente paradoxal, pois no estágio civilizatório em que ainda vivemos, com os cárceres e agências do sistema penal que possuímos, a injunção dessa espécie de pena prescreve necessariamente a violação de direitos humanos. Diante dessa constatação, e consciente da perenidade da cultura do encarceramento, mas já edificando as bases da vindoura abdicação da privação da liberdade, o discurso redutor procura restringir esta última às doses mínimas de consternação da humanidade. Recomenda-se, afinal, que na tarefa de sentenciar o magistrado siga a advertência de Goethe, citada por Radbruch: "quer se tenha de punir, quer de absolver, é preciso ver sempre os homens humanamente".

Portanto, o indivíduo deve ser tratado como tal, garantindo, sobretudo, que não haja violação a direitos humanos e à dignidade do indivíduo, não se deve tratá-lo como um mero objeto, mas sim como sujeito de direitos.

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O CUMPRIMENTO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

A doutrina conceitua as finalidades da pena em consonância com diversas teorias, dentre as quais destaca-se as mais importantes, que são: a teoria absoluta (ou retributiva); a teoria relativa (ou da prevenção); e a teoria unificadora (ou mista).

A Justiça não é apenas a prisão do infrator, ou fazê-lo aguardar preventivamente até o desfecho do processo, já que este é um falso conceito de justiça e, de fato, para ocorrer a justiça, o infrator tem de ser punido sim, mas desde que a pena esteja de acordo com o modelo estabelecido pelo Código Penal brasileiro. Deve ser uma sanção proporcional ao delito cometido e, ainda que o cumprimento da pena seja digno, sem torturas, sem tratamentos desumanos ou degradantes, conforme previsão legal no art. 5º, III da CF/1988: "Todos são iguais perante a lei [...] nos termos seguintes: [...] III- Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (BRASIL, 1988).

O cumprimento da pena deve ocorrer de forma digna, já que assim estabelece a Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso XLVII, da CF/1988[1]. A propósito, o princípio da proibição da pena indigna é um desdobramento lógico do princípio da Humanidade das Penas. A ninguém pode ser imposta pena ofensiva à dignidade da pessoa humana.

Se por um lado o crime jamais deixará de existir no atual estágio da humanidade, por outro, há formas humanizadas de garantir a eficiência do Estado para punir o infrator, corrigindo-o sem humilhação, com a perspectiva de pacificação social. Trata-se do lema de justiça restaurativa.

A dignidade da pessoa humana é intrínseca do ser humano desde o seu nascimento, o qual não necessita de nenhuma outra condição para adquiri-la. Portanto, o direito da Dignidade da Pessoa Humana não pode ser desconsiderado pelo Estado na hora de punir, pois o fato de a pessoa cometer um crime não dá o direito de o Estado suprimir os direitos e garantias fundamentais quando da aplicação da pena.

Nathália Macêdo Santana (2018) expõe que a dignidade humana "[...] reconhece que mesmo aqueles que tenham cometido atitudes indignas possuem direitos que devem ser protegidos, não podendo ser [...] tratados como objetos ou animais".

A dignidade da pessoa humana consiste nos direitos e deveres fundamentais que asseguram as pessoas contra atos arbitrários ou ato degradante e desumano e, assim, visa a garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

De acordo com o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 400):

> [...] para que as penas cumpram sua função social, como prevenir de modo geral, que novos delitos venham a ser praticados por outros indivíduos; e prevenir de modo especial que o mesmo indivíduo não cometa mais crimes, será necessário que o condenado a cumpra de forma que seja assegurada sua dignidade [...].

Indispensável à manutenção da sua saúde, segurança, assegurado seu direito de estudar e trabalhar, buscar sempre que possível não constranger e nem

[1] Todos são iguais perante a lei [...] nos termos seguintes: XLVII - Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84 XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

humilhar, para que então o infrator consiga se recuperar do mundo criminoso e readquirir a confiança do Estado e da sociedade para adequar seu retorno à sociedade.

Em contrário senso, o que se verifica é um sistema prisional que se lança à um colapso, que propulsiona a ilegalidade na contramão ao preconizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ignorando em sentido amplo, a saúde[2], as condições mínimas de salubridade[3] e a divisão entre presos provisórios e condenados,[4] assumindo desde a verificação de gritante inconstitucionalidade do sistema prisional (2015) constatado pela Suprema Corte na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, onde encontrava-se à época no 4º lugar dos países com maior encarceramento, com população carcerária de 607.731 pessoas privadas de liberdade (conforme dados apresentados por estudos promovidos pela *World Prision Brief*), ao patamar de estar entre os 3 países com maior índice de encarceramento em massa do mundo, alocando-se no 3º lugar do ranking mundial.

Conforme a verificação dos dados do sistema prisional, apresentados através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), com divulgação em fevereiro de 2020, remetendo-se ao período do primeiro semestre de 2019, notório que o Brasil se depara com um crescimento descomunal de pessoas privadas de liberdade, totalizando o montante de 766.752 pessoas apenadas, ultrapassando de forma alarmante (déficit carcerário 306.002) o número de vagas disponíveis no sistema prisional (460.750 - número de vagas).

Vislumbra-se que o sistema prisional, se limitando no asseguramento da dignidade humana, passa a ser instrumento propulsor da aniquilação daquele indivíduo que foi condenado, sobrepondo a este a degradação do próprio corpo, "(...) A privação de ar, de sol, de luz, de espaço, o confinamento entre quatro paredes, o passeio entre grades, promiscuidades com companheiros não desejados em condições sanitárias humilhantes, odor", sendo a causa de graves problemas de saúde dos que neste ambiente habitam, provocando a estes, um lento extermínio (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 63).

[2] Art. 14. LEP. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

[3] Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

[4] Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

Neste mesmo sentido, aquele que exige o rigoroso império da lei para punir os "bandidos" é o mesmo que nega a vigência das mesmas leis que regem a vida dos processados, condenados e presos, que, igualmente ao que se passa com grande parcela da população trabalhadora, são tratados como "porcos", com amplo apoio popular e midiático. E os que admitem o império da lei para castigar, mas não o império da mesma lei no momento do processo, da condenação e da execução da pena, é detentor de uma dupla moral. Respeito à lei para condenar, completo abandono da lei na hora da execução. Essa é uma espécie de canalhice moral.

2.2. LEI DE EXECUÇÃO PENAL E AS GARANTIAS NO CUMPRIMENTO DE PENA

Atualmente, a execução penal é considerada um ramo autônomo do Direito, isto porque possui lei específica sobre a matéria (Lei 7.210/84) e é prevista constitucionalmente no art. 24, I da CF/88.

O legislador, ao usar a denominação direito penitenciário no art. 24, inciso I, da Constituição Federal, refere-se ao direito de execução penal, uma vez que não se trata apenas de um direito voltado às penas privativas de liberdade, mas sim das medidas alternativas e medidas de segurança, tudo com o intuito da restauração do condenado e tratamento do internado. Já a Lei de Execução Penal (LEP), em seu art. 1º, apresenta o objetivo pela qual foi criada[5].

Nesse sentido, Alexis Couto de Brito (2013, p. 34) define sucintamente o sentido do art. 1º:

> Efetivar no sentido de tornar concreta a submissão do condenado à sanção imposta. E integração social harmônica porquanto, ao restringir sua liberdade, não poderá execrá-lo do convívio social ao qual deverá retornar.

Em outras palavras, o objetivo ou finalidade da execução penal consiste na efetivação ao cumprimento da ordem de uma sentença penal condenatória

[5] Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado**. (grifo nosso).

transitada em julgado, a qual deverá proporcionar ao condenado, por intermédio da ajuda estatal, a sua ressocialização.

Jason Albergaria, um dos participantes da comissão idealizadora do projeto que deu origem à Lei de Execução Penal, ao ser citado por Alexis Couto de Brito (2013, p. 34) em seu livro, aduz que:

> O objetivo da execução da pena consiste na reeducação do preso e sua reinserção social. A prevenção especial da pena compreende a ressocialização do preso para evitar a reincidência. A moderna concepção da pena dá especial relevo aos fins da pena, sem desconsiderar a sua essência, a retribuição. A aparente antinomia entre prevenção e retribuição se resolve com as teorias-margem ou teorias conciliatória. A pena adequada à culpabilidade deve deixar margem aos fins da pena.

De igual modo, para o autor Julio Fabbrini Mirabete (2002, p. 26):

O sentido imanente da reinserção social, conforme o estabelecido na lei de execução, compreende a assistência e a ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para sua integração, não se confundindo com qualquer sistema de tratamento que procure impor um determinado número e hierarquia de valores em contraste com os direitos da personalidade do condenado.

Diante disto, importa salientar que, além de executar as penas, a Lei de Execução Penal contempla a possibilidade da execução da medida de segurança, pois se sabe que executar a pena é diferente de executar a medida de segurança, uma vez que a pena só é possível ser fixada para o imputável (maior de idade que tenha pleno conhecimento do delito cometido), mas tratando-se de uma pessoa que não ostente pleno discernimento mental venha cometer crime, ela não poderá ser punida, mas deverá sim ser tratada.

As diferenças entre ambas são destacáveis, pois, a primeira consiste em concretizar o disposto na sentença condenatória e integrar o sentenciado socialmente. Já a execução da medida de segurança, em razão de não lidar com o criminoso e sim com uma pessoa inimputável (doente mental), que não sabia o que estava fazendo ao cometer um delito, tem como especial finalidade cumprir o conteúdo da sentença absolutória imprópria (quando embora constatada a presença do crime, a certeza absoluta do doente mental no crime, mas é absolvido por ser inimputável ao tempo da ação), que, muitas das vezes, consiste em tratamento psiquiátrico, seja ele ambulatorial ou de internação.

Corroborando com o que foi acima mencionado, Távora e Alencar (2013, p. 1281) lecionam que a "Execução Penal é procedimento destinado à aplicação de pena ou de medida de segurança fixada por sentença".

Ademais, somado ao exposto, o Estado tem de apelar à cooperação da sociedade e da comunidade, senão as finalidades do cumprimento de pena não serão atingidas.

Vale destacar que a natureza da Execução é jurisdicional, pois se desenvolve perante o poder judiciário e administrativo. Por ela há várias providências para dar o efetivo cumprimento da pena e/ou medida de segurança em estabelecimento adequado ao apenado. Portanto, toda execução de pena deve respeitar o devido processo legal.

De acordo com Nucci (2010, p. 988), "é primordialmente um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa".

Em consonância ao transcrito acima, Gomes (2008, p. 247-248) assevera que "o processo de execução penal é 'integralmente jurisdicionalizado'", considerando que "a execução penal evoluiu da feição administrativa para a jurisdicional em conexão com a própria história da evolução da pena, dando lugar a uma mudança de postura, bem como a importantes consequências dela decorrentes".

Além do mais, conforme a referida lei, deve-se respeitar todos os princípios constitucionais do processo, tendo a pessoa sentenciada, a qual está sujeita a uma sanção penal, preservar todos os seus direitos.

A LEP adotou os postulados da Nova Defesa Social, que consistem em promover a proteção da sociedade, de modo que a punição não seja aplicada somente visando o castigo, mas, também, objetivando reeducar o delinquente e conservar a noção de pessoa humana em relação ao próprio. Nota-se, a partir disto, a integração com o modelo de Justiça Criminal híbrida (Justiça Retributiva e Justiça Restaurativa).

Portanto, é importante destacar o que reza o art. 10 da LEP[6], verificando-se que a assistência estatal tem por fito a prevenção ao cometimento

[6] Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único: A assistência estende-se ao egresso.

do delito e a orientação ao retorno ao meio social. Assim, em que pese existem inúmeras críticas ao paradigma ressocializador, a reinserção do condenado constitui objetivo fundamental da execução penal no Brasil, de forma que o Estado deve providenciar todos os aparatos para sua efetivação, fazendo com que a sociedade participe e atue de forma positiva neste propósito, considerando ainda que o crime é um problema social (PRADO, 2013, p. 36).

CONCLUSÃO

A imputação de um meio punitivo como forma de represália de determinada conduta tida por um indivíduo que ultrapassou os limites preestabelecidos no contrato social, como já asseverado, não é novidade nas relações humanas, mas uma prática que há muito vem se desenvolvendo e assumindo um caráter, ao menos na formalidade jurídica, que não se limita à mera devolução de uma vingança suportada pelo todo social, mas a tentativa de alcançar finalidades com sua aplicação.

Embora muitas sejam as teorias que sustentem a aplicação da pena a partir de finalidades que vão desde a inibição do indivíduo, reafirmação do ordenamento jurídico violado, retribuição de um mal suportado pela comunidade ao condenado, intimidação social ou internalização de valores por meio da privação da liberdade como forma de ressocialização, para o atingimento de tais perspectivas, é indispensável o asseguramento dos valores humanos quando do cumprimento da pena.

A dignidade, como valor axiológico que envolve o ser humano, ostenta não apenas características principiológicas, mas se encontra como qualidade do homem voltada ao direcionamento e resguardo de condições humanas como forma de limitação jurídica à imputação da sanção, assegurando que o Estado por meio do *ius puniendi* não agrida o arcabouço de direitos fundamentais indisponíveis à manutenção da vida.

O poder punitivo, apesar de sua função de tutela social e, não obstante, coibição de atos ilícitos a partir da aplicação de sanção (retribuição, prevenção e ressocialização), possui limites em sua atuação, que, quando violados, geram prejuízos irreparáveis, sendo verificado a partir da proporção do déficit de vagas existente no sistema prisional brasileiro, os problemas com a insalubridade, falta de higiene, saúde precária e insegurança a qual está sujeito o condenado que se

encontra em cumprimento de pena, ensejando em um sistema que se vale do cárcere como máquina propulsora de ilegalidades.

Embora de grande importância a atuação Estatal por meio da aplicação da pena (quando proporcional e razoável, não se defendendo a aplicação da pena privativa de liberdade que há muito vem sendo instrumento de violação de direitos fundamentais), não pode o Estado, inclinado sob uma perspectiva de aplicação do sancionamento por meio de uma norma jurídico penal, rechaçar princípios constitucionais basilares que resguardam a vida em seu aspecto mais íntimo.

Não pode o Estado desprender-se dos objetivos intrínsecos adotados como norte da aplicação penal (reeducação e prevenção) para a concentração de um mero instrumento para a internalização de um objetivo absolutista (mera retribuição da conduta sofrida pela sociedade), desvencilhando do conteúdo normativo concebido pelo Código Penal, Lei de Execução Penal e pela base Constitucional.

Apregoa-se com fervor que enquanto a reprimenda do Estado não se ater aos limites jurídicos e humanos para sua aplicação, o objetivo ressocializador que há muito se clama, não passará de um objetivo utópico, dentre muitos outros que se lançam à alcançar com a aplicação da pena privativa de liberdade, passando a reviver na contemporaneidade um direito penal e execução penal inclinados à pura aplicação de uma sanção aflitiva e injusta, consubstanciada pelo vício da ilegalidade jurídica.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ANJOS, Fernando Verenice dos. Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro. 2010. Disponível em < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13042010-145345/pt-br.php>. Acesso em 09 set. 2020.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 797, p. 11-26, mar. 2002.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão - Causas e alternativas. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BRITO, Alexis Couto de. Execução penal. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013, p. 34.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.135-179.

CALDEIRA, Felipe Machado, A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal parte geral. 3 ed. rev., ampl. e atual. Editora Jus Podivm. 2015.

Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de junho de 2019. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen. Acesso em: 26 jul. 2020.

FAVORETTO, Affonso Celso. Princípios constitucionais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. Revista Jurídica Cesumar, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006.

GOMES, Geder Luiz Rocha; MOREIRA, Rômulo. O processo de execução penal e a questão recorrente acerca da sua natureza jurídica. In: MOREIRA, Romulo. Leituras complementares de processo penal. Salvador: JusPODIVM, 2008.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Rio de Janeiro, v. 1, 11. ed. Impetus: 2009.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte geral. 19. ed. São Paulo: Atlas. 2002.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. Tomo IV.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PORTELLA, Alessandra Matos. Direito de punir: reflexões sobre os pressupostos e os fins da pena. Revista do Direito Público, Londrina, v.12, n.3, dez.2017.

POZZOLI, Lafayette; ALVIM, Marcia Cristina de Souza (Orgs.). Ensaios sobre filosofia do direito: dignidade da pessoa humana, democracia, justiça. São Paulo: EDUC: FAPESP, 2011.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTANA, Nathália Macêdo de. O princípio da dignidade humana e sua relação com o direito penal. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br index.php/ redu/article/viewFile/1387/1074>. Acesso em: 22 set. 2020

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. O curso de direito processual penal. 8. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2013.

VALOIS, Luiz Carlos. Conflito entre ressocialização e princípio da legalidade penal. 2012. Disponível em < https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02042013-105037/es.php >. Acesso em 09 set. 2020.

World Prision Brief. World Prison Brief, Instituto de Pesquisa de Políticas de Crime e Justiça. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. v. 1, 8 ed. rev. dos Tribunais, jul. 2006.

UIZ DE GARANTIAS: um instituto pela aproximação da investigação preliminar brasileira do modelo acusatório

Ozéas Corrêa Lopes Filho
Universidade Federal Fluminense, Professor adjunto do Departamento de Direito Processual, Niterói, Brasil
olopes@id.uff.br

Bárbara Gama Dias Reis Silva
Universidade Federal Fluminense, Graduanda em Direito, Niterói, Brasil
barbara.gdias@hotmail.com

Marina de Oliveira e Castro
Universidade Federal Fluminense, Graduanda em Direito, Niterói, Brasil
marinaoliveiracastro@id.uff.br

Resumo: Reconhecer e compreender quais sistemas regem um ordenamento jurídico é fundamental para trazer segurança jurídica e direcionar a sua aplicação. No ordenamento jurídico brasileiro temos uma Constituição de 1988 que é a fonte primeira de todas as normativas. Dessa forma, se a Constituição não determina explicitamente alguma questão, é preciso através de seus princípios orientarem-se. No caso do processo penal brasileiro, a determinação de qual sistema o rege é uma dessas questões. Quando recortamos para o modelo de investigação preliminar no Brasil, marcado pelo perfil inquisitorial, encontramos diversas discussões que buscam estuda-lo de forma a mantê-lo em congruência com as premissas constitucionais. Isso se dá, principalmente, devido a sua ampla utilização antidemocrática durante o período de Ditadura Militar vividos entre 1964 a 1985 no país. Em meio a esse contexto, ressurge a figura do Juiz de Garantias em 2019 com a elaboração do chamado "Pacote Anticrime". A atuação do Juiz de Garantias apresenta-se como uma possibilidade de aproximação do modelo vigente de investigação preliminar de um modelo acusatório. Isso se dá, ao trazer um juiz responsável por acompanhar a legalidade da investigação preliminar e ao evitar a contaminação do juiz que acompanha a investigação do que julga a ação penal oriunda dela. Países da América Latina, já possuem em seus códigos, a figura de juízes que apresentam atuação similar ao instituto acrescentado no modelo brasileiro e que já são mais estabelecidos dentro de seus ordenamentos. Assim, a partir de uma análise comparativa de modelos e resultados nos países da América Latina, conjuntamente com o aprofundamento no estudo das doutrinas sobre o tema busca-se o entendimento da possibilidade da introdução do Juiz de Garantia como uma aproximação da investigação preliminar de um modelo acusatório.

Palavras chave: Investigação Penal; Juiz de Garantias; Processo Penal; Estudo comparado; América Latina

INTRODUÇÃO

Nesse artigo, trataremos sobre o Juiz de Garantia na forma tratada pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 como um possível instrumento de aproximação da Investigação Preliminar no Brasil de um modelo acusatório. Nessa proposta, nos valeremos de alguns conhecimentos basilares de direito processual penal e de garantias fundamentais expressas na Constituição Federal, bem como de posicionamentos doutrinários quanto a discussão do sistema aplicado ao processo penal e a dupla atuação do Juiz Penal na investigação preliminar e na ação penal. Pretendemos, também, demonstrar de que forma o modelo inquisitorial na Investigação Preliminar pode ser prejudicial ao Estado Democrático de Direito por ser incongruente com premissas constitucionais fundamentais.

Compreendendo a vigência de um Código de Processo elaborado em 1941, conjuntamente com as instrumentalizações de instituições estatais de forma a perseguir, silenciar e prender grupos políticos durante o período da Ditadura Militar brasileira, vigente entre 1964 à 1985, se faz necessário um olhar crítico e decolonial sobre o que está posto. Visto que os reflexos da perpetuação de métodos e modelos inquisitoriais marcam em especial os corpos marginalizados, pretos e periféricos principalmente, quando estamos tratando de investigação preliminar e processo penal.

Buscamos nessa síntese, a partir da figura do juiz de garantia e o ressurgimento do debate no Brasil aprofundamos nos modelos que atuam sobre o Processo Penal, buscando como referências países na América Latrina que já possuem o instituto do juiz de garantias em seus ordenamentos. E dessa maneira, apresentar de que formas essa figura poderia aproximar um modelo tão marcado pelo modelo inquisitorial, que é a investigação preliminar no Brasil, de um modelo acusatório. Modelo esse que melhor dialoga com as premissas constitucionais e garantias fundamentais estruturas de todo o ordenamento jurídico.

1. Discussão sobre Modelo do Sistema Penal

Para consagrar o momento de redemocratização do Brasil, é promulgada a chamada Constituição Cidadã em 1988. Alicerce de todo ordenamento jurídico determinante de direitos e garantias fundamentais que subordinam todas as demais normativas. No âmbito do direito processual penal, ela determina como diretrizes fundamentais garantias como: a) o acesso à Justiça Penal; b) o juiz natural em matéria penal; c) a presunção de inocência (CF, art.5, LVII), d) contraditório (CF, art.5, LV); e) a publicidade; f) a motivação dos atos decisórios (CF, art.93, IX); entre outras. Esse viés garantista da Constituição de 1988 surge após um período de 25 anos de Ditadura Militar em que Atos Institucionais autoritários regiam o ordenamento. Esse período se caracterizou por um estado de exceção dentro estudo do professor Carlos Vainer (2010, p.08), em que se configura como um tipo de regime em que as classes dominantes não conseguem assumir diretamente o poder e, como alternativa, mandatam uma figura militar ou um grupo de militares – para dirigir o estado.

Dentro desse estado de exceção criado, é marcante o perfil inquisitorial das instituições utilizadas como meio de perseguições políticas e silenciamento de oposições. Sendo esse perfil caracterizado pelo sigilo, falta de contraditório, unilateralidade de investigação além da concentração de funções de acusação, defesa e julgamento num só sujeito. Sendo assim, perfil destoante das premissas fundamentais trazidas pela Constituição de 1988. Todavia, não havia até o 2020, uma determinação constitucional que institua o sistema que rege o âmbito do processo penal brasileiro. Ou seja, a Constituição não determina expressamente o sistema acusatório como regente. Consequentemente, cabendo a doutrina jurídica analisar suas premissas para a discussão sobre o tema.

Há uma divisão nas teorias quanto ao sistema que seria o responsável por reger o processo penal. Isso se dá, devido a existência de dois modelos dentro do processo: o modelo inquisitorial da investigação preliminar e o modelo acusatório da ação penal. Apesar do fim da ditadura, houve a perpetuação do modelo inquisitorial na investigação preliminar. A justificativa para essa manutenção é da essencialidade do sigilo e das demais estruturas do modelo, para a realização adequada das investigações. Já a Ação Penal que se inicia no momento em que o Ministério Público, finda sua avaliação sobre inquérito policial e opta por realizar a denúncia, ou seja, ingressar efetivamente a questão no judiciário através de uma ação penal. A partir desse momento, a ação passa a estar sobre a proteção das garantias processuais constitucionais. A discussão

existe devido a existência da teoria do sistema misto e a teoria do sistema acusatório.

A teoria do sistema acusatório é baseada no entendimento de que as premissas constitucionais de garantias do processo na ação penal seriam capazes de mitigar a inquisitoriedade da investigação preliminar. Uma vez que se entende a investigação preliminar, ainda que regida pelo Código de Processo Penal, como uma fase pré-processual. Nessa interpretação, caso se concretizasse como ação penal, teria seu perfil inquisitorial cessado, quando suas provas e etapas fossem avaliadas sob a ótica do modelo acusatório. Sendo esta ótica não apenas marcada pela publicidade, presunção de inocência, contraditório, as garantias processuais, mas também como um processo de partes em que teria o juiz tão somente a função julgadora. É dominante, todavia, o entendimento do sistema como misto, analisando a composição dessas duas fases consecutivas. Para a pesquisadora Daniela Andrade (2003), "entende-se agora também como comunicáveis e características mescladas. Sigilo no processo e contraditório na investigação." Trazendo não só uma perspectiva de existência de dois modelos dentro de um sistema, mas de suas contaminações.

A contaminação desses modelos, porém, não é vista como positiva por diversos juristas. Uma vez que atinge a segurança jurídica dos instrumentos e das instituições. Principalmente, quando da contaminação inquisitorial da ação penal. Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p.31), evidencia essa problemática focando na alta liberdade dada ao juiz penal na perspectiva do livre convencimento aplicado para a apreciação das provas na ação penal.

> O grande paradoxo resultante da conciliação entre os dois modelos (...) foi a manutenção do critério da íntima convicção na apreciação das provas. Com efeito, introduzindo como corolário de um processo acusatório público e oral, em que o procedimento probatório era regulado pela law of evidencie com ênfase para participação dos interessados, em contraditório, esse princípio passou a legitimar o arbítrio judicial, na medida em que as informações da fase precedente, obtidas sem quaisquer regras de garantia, passassem a ser valoradas livremente, como material idôneo à formação do convencimento. (GOMES FILHO, 1997, p.31)

2. Investigação Preliminar no Brasil

Para a apuração da materialidade e autoria de fato criminoso, estrutura-se no Brasil, a investigação preliminar. Desenvolvida através de uma série de ações burocráticas e não burocráticas de ações policiais de modo a identificar se houve ou não um fato criminoso e quem são os possíveis autores. A investigação

preliminar tem como formalidade central o inquérito policial, em que as ações tomadas são transcritas em documento. Este documento é onde a legalidade e a burocratização da ação policial se estruturam. Dividindo-se entre o pedido de diligências entre a autoridade policial responsável e o Ministério Público, o responsável pelo inquérito tenta-se unir o maior número de elementos já para o convencimento do juiz. O inquérito policial tem tamanha importância que já é tratado por pesquisadores como Kant Lima, como uma peça processual.

Outra questão que surge quando se fala de inquérito policial é a sua relação como o Ministério Público. O Ministério Público é o responsável exclusivo por fazer a denúncia, isso significa que após finda as investigações, e o inquérito, é ele que determina se este será transformado em ação penal ou se será aconselhado o arquivamento. Isso se dá, pois no Brasil apenas juiz pode determinar o arquivamento de inquérito policial. Quando feita a denúncia, pesquisadores como Michel Misse, evidenciaram uma problemática da atuação de encampar total ou parcialmente, o inquérito policial. Sendo assim, inicia-se a ação penal que tem como fonte principal o inquérito policial, documento este produzido sobre a ótica do sigilo, da falta de contraditório e na unilateralidade na investigação, ou sej um documento desenvolvido sob o sistema inquisitorial. Visto que no direito há a premissa de que "o que não está nos autos não está no mundo", adentra num mundo supostamente moldado por um modelo acusatório uma peça inquisitorial. Além de sua inserção na ação penal, o inquérito policial ainda é muitas vezes a principal peça que guia o convencimento dos juízes para decidir sobre a materialidade e a autoria das denúncias.

Quando se fala em reproduções inquisitoriais feitas pelo Ministério Público também aponta-se o novo instituto de delação premiada. Kant Lima e Glaucia Maria Mouzinho (2016, p.517), em estudo sobre as delações premiadas que ocorreram sobre ações penais referentes ao chamado Mensalão e da Operação Lava-Jato entendem:

> Adotando-se na instrução judicial contemporânea brasileira o secularmente eficaz instrumento inquisitorial da obtenção da confissão completa, penalizando-se os réus diminutos, o mesmo acaba por ser incorporado pela defesa como estratégia, principalmente em função da forma como as investigações foram conduzidas, isto é, através de uma força tarefa que, articulando os vários operadores das diferentes corporações em que o sistema se divide (Polícia, Ministério Público e Magistratura), logrou legitimar a credibilidade judicial da produção dos indícios no processo (LIMA e MOUZINHO, 2016, p.517)

Não há como desassociar a investigação preliminar de seus reflexos sociais. Num país em que é vigente um Código Penal com quase 300 tipos penais e que em 2019 possuía uma população prisional de 773.151 é indispensável compreender de que forma o punitivismo e a cultura do medo orientam as políticas de segurança pública e consequentemente as ações policiais. Outro marco dessa lógica é o encarceramento massivo da juventude negra moradora de favelas e periferias, considerando que a população negra constitui 53% da população total, mas representa 64% das pessoas no sistema prisional (MJSP, 2017). O Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017 (FBSP, 2017), organizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, relata que 4.222 pessoas foram mortas no Brasil em decorrência de intervenções de policiais civis e militares em 2016, o que representa um crescimento de 25,8% da letalidade em relação a 2015. Ainda de acordo com o Anuário, 99,3% dessas vítimas são homens, 81,8% têm entre 12 e 29 anos e 76,2% são negros, o que confirma o perfil de clientela preferencial da seletividade das agências criminais (BOITEUX, 2019, p. 161). Essa cultura do medo, em que sobre a justificativa de ser cumprir norma penal, diligência policial e combater o crime perpetuasse uma série de violações de direitos sobre corpos marginalizados socialmente. A filosofa Sueli Carneiro identifica esse processo de negação de direitos, ao analisar o caso do jovem Flávio Ferreira Santana, morto por policiais em 2004.

> (...) por que a negros não se aplicam alguns dos princípios elementares de direitos humanos: o de não ser preso ou detido arbitrariamente e o da presunção de inocência. Desarmado, sem resistir à abordagem policial, Flávio Ferreira Santana é primeiro assassinado fisicamente e depois tenta-se assassiná-lo moralmente. Um quadro recorrente que exige das autoridades menos palavras de consternação e promessas de punição. Mas, sim, mais decisão. Vontade política para desenhar e implementar políticas públicas que enfrentem a necessária revisão, reciclagem da formação policial, das práticas, métodos e ideologias que informam a ação policial e contaminam o olhar dos órgãos de repressão sobre uma população que é tratada a partir do paradigma do vigiar e punir, jamais de proteger direitos. (CARNEIRO, 2004)

Dessa forma, quando nos debruçamos sobre a possibilidade de tornar mais acusatório o modelo inquisitorial de investigação é na tentativa repensar o que está dado. Teorizar sobre quais as possibilidades de garantir direitos constitucionais à população negra e periférica que são o principal alvo das investigações criminais e ações penais no Brasil.

3. A Contaminação do Juiz no Processo Penal Brasileiro

Além dos efeitos do molde inquisitorial da Investigação Preliminar ainda há que se falar na atuação do Juiz Penal brasileiro. Existem duas críticas centrais, hoje, que norteiam a doutrina: possibilidade de iniciativa probatória do juiz e sua dupla atuação tanto na investigação criminal quanto na ação penal oriunda da mesma. Um exemplo que apresenta as duas críticas centrais em relação a atuação juiz é o art.3 da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que versa sobre interceptações telefônicas. O artigo diz:

> Art. 3° A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
> I - da autoridade policial, na investigação criminal;
> II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual pena
> Esta iniciativa probatória do juiz também se encontra enraizada no Código de Processo Penal que dispõe em seu art. 156, I:
> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
> I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

Percebemos, desse modo, a liberdade para o agir de ofício por parte do juiz, ou seja, sem que nenhuma das partes envolvidas o tenha feito solicitado, ou por requerimento feitos durante da investigação criminal. Ambas as atuações se chocam ao modelo acusatório que rege o processo penal. Uma vez que, um princípio central do modelo acusatório é de que ele o Juiz seja uma figura apartada das partes, o que não ocorre com um juiz que age de ofício e que participa tanto da investigação quanto julgando a ação penal resultante dela.

Se ao fim da investigação criminal, o Ministério Público optar por fazer a denúncia, o mesmo Juízo responsável por acompanhar as medidas cautelares e demais intervenções judiciais na investigação será o Juízo a julgar a ação penal. Não havia até então na estruturação penal no Brasil, uma previsão que separasse o Juiz da Investigação do Juiz da Ação Penal. Dessa forma, há de se falar na possibilidade da contaminação do Juiz Penal. Principalmente, quando a validação da prova no processo penal é baseada no livre convencimento do Juiz. Nesse sentido, tal convencimento é feito a partir dos elementos de informações coletados no sistema inquisitorial que, ainda, rege o inquérito, conjuntamente, com as impressões que o juiz leva de sua atuação na investigação para a fase

processual. Há evidente uma contradição no modelo acusatório, visto que nele deve imperar o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa.

Dessa forma, para tal medida de ofício o juiz precisa formar um juízo sobre a matéria na fase pré-processual para confirmar uma hipótese que já possui, sendo uma violação ao princípio da imparcialidade. Para Ricardo Brasileiro de Lima (2020, p. 107), nesse caso "estar ele se deslocando daquela posição de imparcialidade decorrente da sua posição de terceiro para uma posição parcial, não mais alheia aos interesses da acusação ou defesa". Nesse sentido, mesmo com a separação entre os juízes da fase investigatória e o da processual, o juiz de garantias não a possui iniciativa probatório do já citado artigo 156 I, CP, pois nas palavras do artigo 3-A, é vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Nas palavras de Daniel Kessler de Oliveira.

> Assim, já é tempo de se buscar o afastamento do juiz da causa dos elementos colhidos na fase da investigação preliminar, o que, para além de definir o juiz como um terceiro equidistante, fomenta a figura de um juiz imparcial. (OLIVEIRA, 2016, p. 24)

4. Ressurgimento do Juiz de Garantia no Processo Penal Brasileiro

Em meio a este contexto jurídico, a partir do denominado Pacote Anticrime proposto pelo ex Ministro Sérgio Moro, a lei 13.964/19 foi promulgada. A redação final da lei aprovada pelo atual presidente Jair Bolsonaro é resultado de diversas alterações no texto original proposto, uma delas foi por emenda de autoria do deputado Marcelo Freixo (Psol-RJ). A referida emenda incluiu a figura do Juiz de Garantia inserida nos arts. 3-B a 3-F, do Código de Processo Penal, bem como instituiu, pela primeira vez, o modelo acusatório, vedando expressamente a "iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação", como disposto no artigo 3-A.

A sanção da redação da lei com os artigos consolidando formalmente o modelo acusatório e instituindo e regulamentando a figura do juiz de garantias foi, portanto, um avanço para um processo penal mais protetivo e uma anomalia em relação a proposta política da redação original pacote anti crimes.

Conforme os arts. 3-B a 3-F do CPP, o juiz de garantia atuaria exclusivamente na fase pré- processual, sendo ele o responsável pelo recebimento

ou da denúncia ou queixa, para iniciar a fase processual. Segundo os artigos citados, o instituto do juiz de garantias tem a função de salvaguardar direitos fundamentais, realizar um controle de legalidade durante o inquérito policial para a efetivação do modelo acusatório, baseado na ampla defesa e contraditório e buscar a eficiência da investigação (MAYA, 2018, p.6). Nas palavras de André Machado Maya (MAYA, 2018, p.7), eficiência deve ser entendida como o "o efetivo esclarecimento dos fatos, em tempo razoável e com plena observância dos direitos e das garantias do investigado"

Conforme estruturado por Grandinetti Castanho de Carvalho e Vigo Milanez (2020), o juiz de garantias, segundo a redação dos incisos do artigos 3º-B, dentre outras atividades, tem por função "receber a comunicação imediata da prisão" (3-B, I), "receber o auto de prisão em flagrante para o controle de legalidade da prisão" (3-B, II), "zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo" (3-B, III), "ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal' (3-B, IV), "decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar" (3-B, V), "determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento" (3-B, IX), "requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação" (3-B, X), decidir sobre "interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação, afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico, busca e apreensão domiciliar, acesso a informações sigilosas e outros meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado" (3-B, XI)

Ainda, conforme o citado artigo, cabe ao juiz de garantias "julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia" (3-B, XII), "determinar a instauração do incidente de insanidade mental" (3-B, XIII), "assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento" (3-B, XV), "deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia" (3-B, XVI), "decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação" (3-B, XVII) e "assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos,

impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão" (art. 3-F).

Ocorre que em 2 de janeiro de 2020 o Ministro Luiz Fux, vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, que naquela ocasião, foi a quem coube por distribuição a relatoria das ADIs, suspendeu por liminar a implementação do juiz das garantias. Diante do ajuizamento de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade que impugnaram, dentre outros, dispositivos que incluíram e regulamentam a atuação dos juízes de garantias na Lei n. 13.964/2019. As ADI's de números 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 foram ajuizadas, respectivamente: pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE); pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA; pelo partido PSL; e, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Ainda, na mesma decisão, suspende a eficácia do artigo 3º-A que implementa o modelo acusatório, evidenciando a importante consonância do modelo acusatório com o juiz de garantias.

Em setembro de 2020, todavia, o Ministro Marco Aurélio sustentou o seu entendimento pelo arquivamento do inquérito nº 4.781, conhecido como "inquérito das *fake news*" a partir do modelo acusatório que o processo penal brasileiro é. Diante disso, verifica-se que o Ministro se baseou no artigo 3º- A, mesmo que suspenso pelo Ministro Luiz Fux. Demonstrando, assim, a necessidade da temática ser levada ao plenário do Supremo Tribunal Federal.

Conforme anteriormente explicitado, o processo penal brasileiro apresenta incongruências com os princípios constitucionais com elementos marcantemente inquisitórias como a "contaminação" do juiz que julgará o processo já na fase pré- processual e a possibilidade de determinar a produção de provas de ofício nessa fase. Nesse contexto, a atuação do juiz de garantias até o recebimento da denúncia ou queixa impede que haja a contaminação do juiz que julgará o processo. Assim, rompe com uma marcante característica do modelo inquisitorial, a não separação entre a figura que participa do processo de acusação e julga, bem como promove o princípio da imparcialidade do juiz, demonstrando maior efetivação do modelo acusatório de investigação.

Tal separação é potencializada pelo fato de que, em regra, não há o apensamento dos autos que compõe a matéria de competência do juiz de garantias aos autos do processo enviados ao juiz de instrução e julgamento, conforme parágrafo 3º do artigo 3-C. Esse dispositivo carrega outro instrumento para efetivar o modelo acusatório pois há definitiva separação entre a fase do

inquérito e a fase processual. Isso porque o juiz de julgamento não entra em contato com os elementos de instrução presentes no inquérito, salvo os documentos de provas irrepetíveis e as medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Soma-se o fato de o juiz de garantias ser o responsável por decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa (art.3º-B, XIV) diferenciando-se do modelo anterior no qual o juiz tinha acesso ao inquérito para decidir sobre o recebimento da inicial. Dessa forma, o juiz não é contaminado subjetivamente (MAYA, 2018, p.6) pelos elementos produzidos unilateralmente, sem o contraditório e ampla defesa no inquérito que é traçado a partir das orientações da acusação e, assim, com o intuito de confirmar a autoria e materialidade da conduta (LIMA, 2020, p.165). Viabilizando, portanto, que o juiz de instrução e julgamento inicie o processo livre de interferências e elementos inquisitoriais, possibilitando a formação de um juízo pautado dos princípios constitucionais e acusatório que regem o processo penal. Nesse sentido Ricardo Brasileiro de Lima afirma:

> Uma sentença condenatória em um Estado Democrático de Direito só poderá ter por fundamento provas produzidas voluntariamente em curso da instrução processual, em plena observância da publicidade, oralidade, imediação, contraditório e ampla defesa, o que afasta a possibilidade de utilização residual dos elementos informativas, cuja produção não assegura a observância desses postulados (LIMA, 2020, p. 164)

Outra característica do juiz de garantias que promove definitivamente a separação das funções de acusar, defender e julgar, (LIMA, 2020 p. 107,) é a não atuação *ex officio* para uma produção antecipada de provas. Evidenciando, assim, outra marcante diferença de atuação na fase de investigação em relação a atuação do juiz até a lei 13.964/19 e a figura do juiz de instrução presente na legislação processual penal da França e da Espanha. Nesse sentido, o juiz de garantias, como sua própria nomenclatura demonstra, possui um papel de "guardião das regras do jogo, e não o senhor da investigação preliminar" (LIMA, 2020, p.109), conforme a redação do artigo 3-A que veda a participação do juiz na fase de instrução. Ainda, rompe com a vinculação existente entre as decisões do juiz na fase do inquérito e as da fase processual pois, antes, buscava uma manutenção da coerência cognitiva das fases. A atuação ativa como parte e gestor da prova (LIMA, 2020, p. 131) é, portanto, uma infração ao modelo acusatório.

Dessa forma, verifica-se importante diferença entre o instituto do juiz de garantias latino-americano do juiz de instrução francês e espanhol. Isso porque mesmo que ambos atuem exclusivamente na fase pré processual, o juiz de instrução atua como um protagonista (LIMA, 2020, p.119) da investigação e pode realizar, de acordo com a lei, atos que considere úteis para a manifestação da verdade, como disposto no artigo 81 do *Code de Procédure Pénale.* Enquanto, o juiz de garantias não atua de ofício na produção de elementos de informação ou de qualquer outra forma que guie o inquérito policial, salvo quando for necessária sua presença (LIMA, 2020 p.132). Cabe ressaltar que, o juiz de instrução em ambos os países vem tendo seus poderes mitigados (SILVA. 2012, p. 50) pois são incompatíveis com o modelo acusatório de investigação. Nesse sentido, Ricardo Brasileiro de Lima dispõe que

> Se o primeiro reafirma a estrutura acusatória do processo penal brasileiro, vedando, expressamente, a iniciativa do juiz na fase de investigação, lógica nenhuma haveria se se admitisse que o juiz das garantias pudesse agir de ofício, transformando-se assim, num *juiz das garantias inquisidor.* portanto, o perfil ideal desse juiz das garantias não é como, investigador ou instrutor, tutelando a qualidade da investigação. (LIMA, 2020, p. 131)

O juiz de garantias, conforme artigos já citados, viabiliza a realização de audiências públicas e orais já na fase de investigação, elemento de extrema importância para a efetivação do modelo acusatório. Isso se dá, conformes inciso VI e VII do artigo 3º- B, quando esse juiz é chamado a decidir sobre prorrogação de prisão provisória e produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, ou seja, nos casos de latente restrição de direitos do investigado. Dessa maneira, é um instrumento de exercício do contraditório e da ampla defesa e efetivando os princípios da publicidade e oralidade nas audiências.

Com o ressurgimento do debate da figura Juiz de Garantias em 2019 no Brasil busca-se, portanto, figuras semelhantes em outros ordenamentos para sua melhor compreensão. Isso porque, o Brasil é um dos poucos países da América Latina que não passou por uma reforma processual penal após o período ditatorial. Nesse sentido, o Código de Processo Penal de 1941 ainda está vigente no país, apesar de existir um Anteprojeto de Reforma Global do CPP (CARVALHO e MILANEZ, 2020, p. 16) como Projeto de Lei nº 8.045/2010 que aguarda aprovação na Câmara dos Deputados que visa esse fim, inclusive dispondo sobre os juízes de garantias e sendo base para a redação da emenda que incluiu tal figura no "pacote anticrime" (LIMA, 2020). Nesse contexto, o código processual penal foi promulgado no Estado- Novo tendo evidentes inspirações no modelo fascista italiano (LIMA, 2020, p.103), evidenciando, portanto, seu

contexto de criação e o caráter inquisitorial do código vigente em todo período democrático e republicano brasileiro.

5. A Experiência da América Latina

Conforme apresentado por André Machado Maya (2016, p.73), um ponto inicial de transição e mudança de perspectiva do processo penal latinoamericano foi a Convenção Interamericana de Direitos Humanos em 1969. Evento que deu origem a um longo processo reformista de questionamento da estrutura inquisitorial introduzidas no continente, segundo Julio Mayer (2000, P.17 apud MAYA, 2016, p.7), como consequência da colonização espanhola. Nesse sentido, ainda conforme o autor, uma das consequências desse processo a alteração da nomenclatura do juiz de instrução presente no ordenamento espanhol para o juiz de garantias.

Em 1988 foi apresentado às XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, do Rio de Janeiro, o projeto final do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América (GRINOVER, 2000, p. 949), que reunia um projeto de adequação dos códigos processuais penais com o contexto e com as constituições democrática recém promulgadas que são incompatíveis com o modelo inquisitorial e com o entendimento que o processo penal é mero instrumento para realizar a pretensão punitiva do Estado. Nesse contexto, o Código Modelo que adotou o sistema acusatório (GRINOVER, 2000, p.950) foi um norteador para grandes reformas processuais penais em países da América Latina e sendo base para a redação de alguns desses novos códigos como o da Guatemala (1994), o do Paraguai (1998) e o de Honduras (1999).

Tais modificações ocorrerem de forma gradual para alguns países como na Argentina, onde alguns códigos processuais penais das provinciais foram alterados como o código da Província de Chaco em 1999 (GRINOVER, 2000, p.950) e, em 2019, o *Código Procesal Penal de la Nación* Argentina passou por uma grande reforma instituindo a figura do juiz de garantias no artigo 55. Outro caso é o do Paraguai que em 1997 editou seu código processual penal para adequar-se aos princípios constitucionais vigentes (SILVA. 2012, p. 60), instituindo o juiz de garantias na investigação no artigo 42, que, nas palavras de Larissa Sereno da Silva (2012, p.60) "não tem intervenção direta na investigação, não possui iniciativa probatória e, consoante tendência europeia, controla a legalidade dessa investigação", evidenciando uma atuação muito similar ao caso brasileiro.

Ainda é válido ressaltar o caso do Chile, que passou por mais de 15 anos da ditadura de Pinochet e que possuía uma estrutura marcadamente inquisitorial como pela ausência de um Ministério Público, concentrando as funções no juiz (CARVALHO e MILANEZ, 2020, p. 2). E nas palavras dos professores Grandinetti Castanho de Carvalho e Vigo Milanez "a doutrina processual penal percebera a íntima associação entre o sistema inquisitivo e o autoritarismo, de um lado, e o sistema acusatório e a democracia, de outro." (CARVALHO e MILANEZ, 2020, p. 2/3)

As etapas do processo penal chilena são diferentes das do Brasil, mas ainda assim, a atuação do juiz de garantias é similar nesses países (CARVALHO e MILANEZ, 2020, p.29). Em ambos os casos, o juiz de garantia atua na fase investigativa, mesmo que cada país tenha a sua estrutura e amplitude de atuação desse instituto e nos dois países o juiz de garantias não atua de ofício. Cabe acrescentar, também que a divisão de competências dentro das etapas do processo penal de cada país contribui para a garantia do princípio da imparcialidade e a não contaminação do juiz de julgamento e que em ambos os casos o juiz de garantia realiza um controle de legalidade nos atos que possam restringir direitos do investigado (CARVALHO e MILANEZ, 2020).

Ocorre, todavia, que a atuação do juiz de garantia no Chile e no Brasil se diferencia à medida que há diferença nas etapas da investigação e entre as instituições do Ministério Público e da magistratura em cada país. Nesse sentido, concluem os professores Grandinetti e Vigo (2020, p. 35) "Em linhas muito gerais, pode-se dizer que o juiz de garantias brasileiro preserva maior independência do MP em relação ao modelo chileno, enquanto que no modelo chileno há mais atenção com a vítima do que no modelo brasileiro."

Nesse contexto, a experiência com os juízes de garantia nos ordenamentos de alguns países latino-americanos pode agregar na consolidação desse importante instituto no Brasil. Considerando uma aproximação social e política dos países da américa latina que por influências comuns buscam reformar o seu processo penal a fim de ter maior consonância com as novas Constituições democráticas e protetivas promulgadas após períodos ditatoriais nestes países e com os tratados internacionais assinados. Sendo, portanto, um movimento de reforma estrutural e cultural no continente do sistema processual penal e suas consequências sociais.

CONCLUSÃO

Procuramos mostrar, neste artigo, de que forma a incerteza jurídica causada pela indeterminação constitucional do modelo do sistema penal brasileiro, conjuntamente, com uma investigação criminal fortemente marcada pelo modelo inquisitorial e um juiz com possibilidade de contaminação geram uma ampliação deste modelo sobre o sistema penal brasileiro. Contaminação causada, tanto em decorrência dos poderes instrutórios dados ao juiz que o afastam da separação dos papéis característicos do modelo acusatório, quanto a sua dupla atuação, tanto na investigação preliminar quanto na ação penal oriunda dela. Ressaltamos, também os reflexos sociais da implementação deste modelo inquisitorial na investigação criminal, e consequentemente, a importância de discutir essa temática que marca de forma tão severa corpos pretos e periféricos marginalizados no Brasil.

Em sequência, buscamos através do ressurgimento da figura do juiz de garantias entender de que forma este instituto garantista poderia contribuir para a ampliação do modelo acusatório na investigação preliminar. A implementação do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro se mostra, portanto, um importante passo do direito processual penal para a efetivação do modelo acusatório. Isso porque é um ator que garante as proteções constitucionais nas pessoas investigadas, visando garantir ao máximo a tutela dos direitos desse indivíduo em um processo anteriormente marcado pelo não garantia de importantes princípios. Nesse sentido, altera-se a perspectiva em relação a essas pessoas, de objetos da investigação para sujeitos de direito. Assim, aproximando-se da forma de tratativa do réu no processo e, em termos teóricos, promovendo a dignidade dessas pessoas, independentemente se serão posteriormente julgados culpados ou inocentes, sendo uma forma de combate ao direito penal do inimigo.

Por outro lado, a figura do juiz de garantia também se mostra insuficiente para tratar de todas as complexidades que envolvem os efeitos do modelo inquisitorial na investigação preliminar no Brasil. Apesar de ser um direcionamento para um modelo mais protetivo das garantias, ainda persistem questões a serem aprofundadas como as práticas policiais, as perpetuações racistas e classistas da investigação criminal e as influências do inquérito policial sob a ação penal oriunda do mesmo. Questões estas que estão fora da alçada de atuação do juiz de garantias e que podem, em muitos momentos, influenciá-los também. Dessa forma, este instituto surge com uma possibilidade de ampliação da segurança jurídica e da defesa de direitos fundamentais sem, no entanto, solucionar problemáticas enraizadas na estruturação das investigações e do processo penal.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir, *O novo processo penal argentino com juiz de garantias*. Estadão. [S.I],09 de jan. de 2020 Disponível em< https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-novo-processo-penal-argentino-com-juiz-de-garantias/ > Acesso em 25 de nov. 2020. 10:00:00.

ARGENTINA. Lei n° 27.063, Código Processual Penal da Nação Argentina. Disponível em:< https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/199597/20190107# > Acesso em 22 de nov. 2020, 14:20:00.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 10 de nov. de 2020, 13:40:00.

BRASIL. Decreto- Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm> Acesso 18 de nov.de 2020, 17:55:00.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299 DF.: Min. LUIZ FUX. Data de Julgamento: 22 de jan. de 2020. Disponível em < https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-atereferendo.pdf> Acesso em 15 de nov. de 2020, 14:00:00

BOITEUX, L; BENEVIDES, L, *Segurança Pública: Direito à cidade e segurança pública: controle da ordem excludente como estratégia,* Curso de Direito à Cidade, 2a edição, Rio de Janeiro, 2019, p. 159-170.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de; MILANEZ, B. Vigo. *O Juiz De Garantias Brasileiro E O Juiz De Garantias Chileno*: breve olhar comparativo. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas. Biblioteca Virtual.[S.I] 2020. Disponível em:< http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5645?show=full>. Acesso de 23 de nov. de 2020, 05:20:00.

CARNEIRO, SUELI, O negro errado, Revista Geledes, 14 de fevereiro,[S.I] 2004. Disponível em:< https://www.geledes.org.br/o-negro-errado-por-sueli-carneiro>. Acesso em 18 nov. 2020, 16:37:00.

GUATEMALA, Decreto nº 51-92, de Código Procesal Penal. Disponível em: < http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/pdf/gt/decreto_congresional_51-92_codigo_procesal_penal.pdf >Acesso em 22 de nov. de 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini, O código modelo de processo penal para ibero-américa 10 anos depois. In: Revista brasileira de ciências criminais, v. 8, n. 30, p. 41-50, abr./jun. 2000. [S.I] Também disponível em< https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085011.pdf>. Acesso em 20 de nov. de 2020.

Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica. Disponível em< https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4215/textocodigoprocesalpenal.pdf?sequence > Acesso em 21 de nov. de 2020, 00:35:00

HONDURAS, Decreto No.9-99-E, de 30 de dezembro de 1999. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CPP-RefDPI.pdf> Acesso em 20 de nov. de 2020, 01:30:00.

LIMA, Ricardo Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2020. 1.952 p. ISBN 978-85-442-3501-0

LIMA, R. K; MOUZINHO, G. M. P.; *Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil*: Entre delações e confissões premiadas, DILEMAS – Vol.9 – no 3 –, Rio de Janeiro, RJ, set-dez 2016 – pp. 505-529.Disponível em: < https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7743>. Acesso em 17 de nov. 2020, 21:05:00.

OLIVEIRA, Daniel K.. *Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional* O Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, RJ, 2016. Disponível em: < https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/59907875/Daniel_Kessler._A_Atuacao_do_Julgador20190701-2535-r1nnal.pdf?1562006945=&response-content-disposition=attachment%3B+filename%3DA_AtuAcao_do_JulgAdor_no_Processo_PenAl.pdf&Expires=1606104421&Signature=GYpyvTZlM-VusrOdP9dt9x7gDt3L5ag0YZCKkK9g~qSMN0Ahg050l2byu8nspjOO6-tNHHt9bCgEG27uOvSX9F1Cu7kjipWJrmPPQqx6WYajtLjxpyeoC00LiobikPmseVOAy97COMKCphqXbEzcYTsY7nK0wKmZkcc5NkdRnAiH-P39dlMHgSd8DYZUC1sipAJMk1GxaDhV21JTaEiQfkkAoNP-tmJtNTbpI1~C~OU5V4P-MtNvmFospZQJbg7u0rS~2uAJO3JEE8ZSyDBIfdivQlm2lTOGIGdIiC0fgcildTmO5owHWkPEs2Q7ix9c720znwyzfOdLVJt0nUIbDQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em 20 de nov. de 2020
GOMES FILHO, A. M. - *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, 1997.

MAYA, André M.. *O Juizado De Garantias Como Fator Determinante À Estruturação Democrática Da Jurisdição Criminal:* O Contributo Das Reformas Processuais Penais Latino-Americanas À Reforma Processual Penal Brasileira. Revista Novos Estudos Jurí-dicos, Eletrônica, v. 23, n. 1, p. 71-88, jan-abr 2018. DOI

https://doi.org/10.14210/nej.v23n1.p71-88. Disponível em: < https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036/7452 > . Acesso em: 18 nov. 2020.10:00:00

MISSE, Michel, *O inquérito policial no Brasil: Resultados gerais de uma pesquisa*, Dilemas, Revista de Estudos de Conflito e Controle Social 3, Rio de Janeiro, RJ, 2010. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7199> Acesso em: 17 de nov. 2020, 22:32:00.

PARAGUAI, Lei n° 1.286, de 08 de julho de 1998, Código de Processo Penal. Disponível em <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/203/ley-n-1286-codigo-procesal-penal > Acesso em 20 de nov. de 2020, 02:35:00.

RIBEIRO, Cauê B. M. F..*O acerto do voto divergente do Ministro Marco Aurélio no inquérito das fake news.* [S.I], 3 de jul. e 2020 Disponível em <https://www.justificando.com/2020/07/03/o-acerto-do-voto-divergente-do-ministro-marco-aurelio-no-inquerito-das-fake-news/> Acesso em 15 de nov. 2020, 14:45:00.

SILVA, Danielle S. de A. e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório*: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988.Orientador: Professor Doutor Sérgio Luiz Souza Araújo. 2003. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4439/1/arquivo5601_1.pdf >. Acesso em: 22 de nov. de 2020, 22:43:00.

SILVA, Larissa M. S. da. A CONSTRUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL: A Superação da Tradição Inquisitória. Orientador: Professor Doutor Sérgio Luiz Souza Araújo. 2012. 118 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2012. Disponível em: < http://hdl.handle.net/1843/BUBD-99QJAH>. Acesso em: 18 nov. 2020, 19:45:00.

VAINER, C. B. Cidade de Exceção: Reflexões a partir do Rio de Janeiro. Conflitos Ambientais e Urbano: Debate, Lutas e Desafios, Porto Alegre, 2013, v. 1, p. 59-80. Disponível em: <http://www.observatorioculturaecidade.ufscar.br/acervo/resenhas/cidade-de-excecao-reflexoes-a-partir-do-rio-de-janeiro/>, Acesso em: 18 nov. 19:06:00.

OS IMPACTOS SOCIAIS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA NA VIDA DOS IDOSOS E PORTADORES DE DOENÇAS GRAVES

Camila Rabelo De Matos Silva Arruda
Universidade Veiga de Almeida
profcamilaarruda@gmail.com

Diogo Oliveira Muniz Caldas
Universidade Veiga de Almeida e UNICARIOCA
diocaldas@hotmail.com

Lourival Arruda Junior
Sociedade de Engenharia e Segurança do Estado do Rio de Janeiro
Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado do Rio de Janeiro
englourivalarrudajr@gmail.com

Resumo: O papel da busca de uma sociedade justa, através da prestação dos serviços públicos, trouxe uma responsabilidade para o Estado de gerir os recursos públicos visando o bem estar comum. Com essa visão, assegura-se que o mínimo existencial deve ser cumprido, ou seja, a importante visão de que cabe ao Estado estabelecer as condições mínimas de sobrevivência através da atividade prestacional e da aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais.A proteção aos vulneráveis ressalta a necessidade de concretização do princípio da igualdade dentro do sistema democrático pátrio, para que se crie uma verdadeira rede de proteção dos seres humanos, membros de grupos minoritários ou majoritários, os tornando cidadãos na mais ampla acepção da palavra. Na busca constante da melhoria de condições de vida é necessária a reafirmação e densificação dos Direitos Fundamentais que esbaram a cada dia em novos obstáculos. O reconhecimento do direito social assegura o cumprimento do princípio democrático, através dele, surge o conceito de tratamento igualitário entre os cidadãos. A construção do Estado democrático baseia-se na construção de um estado com justiça distributiva, ou seja, não pode ser concebido através da miséria, fome, ignorância e exclusão das pessoas.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Crise Econômica; Dignidade da Pessoa Humana

INTRODUÇÃO

No início do período republicano a preocupação das constituições era a proteção aos direitos do homem, através dos direitos individuais ou civis, visando limitar a atuação da atividade estatal e o exercício do direito de resistência do indivíduo ao abuso de autoridade e as arbitrariedades da atuação do Poder estatal.

O artigo 1º da Constituição de 1988 (BRASIL) trouxe a formação do Estado Democrático de Direito é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. Estabelecendo o poder nas mãos do povo, através da escolha de seus governantes.

A Constituição é uma norma de ordenamento jurídico vinculante e que integra todos os poderes públicos. Houve uma grande preocupação em relação ao Estado como protetor e garantidor dos direitos fundamentais. Essas garantias são previstas no direito pátrio nos direitos sociais.

O papel da busca de uma sociedade justa, através da prestação dos serviços públicos, trouxe uma responsabilidade para o Estado de gerir os recursos públicos visando o bem estar comum. Com essa visão, assegura-se que o mínimo existencial deve ser cumprido, ou seja, a importante visão de que cabe ao Estado estabelecer as condições mínimas de sobrevivência através da atividade prestacional e da aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A proteção aos vulneráveis ressalta a necessidade de concretização do princípio da igualdade dentro do sistema democrático pátrio, para que se crie uma verdadeira rede de proteção dos seres humanos, membros de grupos minoritários ou majoritários, os tornando cidadãos na mais ampla acepção da palavra.

Na busca constante da melhoria de condições de vida é necessária a reafirmação e densificação dos Direitos Fundamentais que esbaram a cada dia em novos obstáculos.

O reconhecimento do direito social assegura o cumprimento do princípio democrático, através dele, surge o conceito de tratamento igualitário entre os cidadãos. A construção do Estado democrático baseia-se na construção de um Estado com justiça distributiva, ou seja, não pode ser concebido através da miséria, fome, ignorância e exclusão das pessoas.

A vulnerabilidade desses grupos minoritários tem como elemento comum a dificuldade de autoproteção, a necessidade de proteção especial do Estado, a distância entre os grupos sociais e a expressão social desses grupos em relação aos grupos dominantes.

Por ser fundamental assegurar essas garantias aos grupos vulneráveis e a sociedade como um todo, o dilema que se apresenta então com a pós-modernidade é que os argumentos dos estudiosos do direito que podem vir a trazer possibilidades de embasamento argumentativo para líderes políticos ou religiosos que são contrários a seus conteúdos, por questões ideológicas, sociais, econômicas, religiosas ou políticas.

O Direito foi inventado como uma forma de legitimação do poder estatal e os Direitos Humanos como uma forma de proteção do indivíduo contra esse mesmo poder, que deve ser efetivado sempre com o gerir da forma mais ética possível à sociedade.

As proteções trazidas pelo Estado democrático de direito são essenciais para garantir os Direitos Humanos, sendo necessidade de assegurar a dignidade da pessoa humana para ter um Estado minimamente justo.

A visão atual de concepção do Estado mínimo opõe-se diretamente ao estabelecido no artigo 1º da Constituição de 1988. Que traz em seu inciso III que a dignidade da pessoa humana é elemento essencial para formação de um Estado Democrático de Direito. (BRAISL, 1988)

Após a aprovação da EC nº 103/19 (BRASIL) que tratou da reforma da previdência social, trouxe à tona uma discussão em relação as prestações positivas do Estado, que são asseguradas constitucionalmente e protegidas no campo internacional através dos Direitos Humanos.

Para garantir a segurança social e a proteção em situações que envolvam o risco social, foi criada a Seguridade Social. Esse sistema protetivo é firmado no pilar da proteção social, universal e solidária, buscando assegurar a todos uma proteção e assistência sociais digna.

A seguridade social busca proporcionar a todos os residentes no país o amparo financeiro para a manutenção de uma vida digna ao segurado e suas famílias, atendendo as necessidades surgidas na vida, podendo abranger o auxílio a maternidade, a velhice, a doença, em caso de acidente, em casos de morte, de reclusão e de pobreza (que impossibilite a manutenção da vida digna do idoso ou dos portadores de deficiência).

Através da previdência social pode ser feita a redistribuição de renda de acordo com os princípios constitucionais, buscando a justiça social. No que tange ao direito dos idosos a aposentadoria, sendo legitimamente previsto constitucionalmente, tem como importância proteger a vida digna, após a prestação de serviço ou circunstancialmente em casos de inatividade por doença ou incapacidade de caráter definitivo para exercer as funções laborais.

Nas discussões acerca das alterações da proteção da seguridade social, englobam não somente as questões previdenciárias (aposentadorias e pensões por morte), mas também a assistência social (auxílio maternidade, auxílio reclusão, acidentes de trabalhos e a proteção a pobreza).

O atual governo encaminhou nova proposta de Emenda Constitucional para a reforma da previdência, tendo recebido o EC nº 103/19 (BRASIL), tem sido objeto de discussões no plenário, na sociedade e nos meios de comunicação. A principal alegação para essa reforma é a impossibilidade orçamentária do governo manter o sistema nos termos atuais. Tendo em vista que cabe ao poder público e a sociedade a manutenção do sistema de assistência social, é saudável a participação popular nas discussões e mudanças propostas. A participação dos Conselhos de Assistência Social na elaboração dos planejamentos estratégicos e na verificação dos investimentos é fundamental para uma política transparente.

A EC nº 103/19 (BRASIL) traz uma alteração no artigo 195 que trata do plano de custeio de assistência social, impedindo a criação de novos benefícios por lei, ordem judicial, possibilitando através dessa mudança o prejuízo no fornecimento de medicamentos para doentes crônicos, hipossuficientes e sem condições de arcar com o tratamento para a manutenção de uma vida digna.

Ocorre que o Sistema Único de Saúde, através da Portaria nº 3047/19-RENAME 2020, estabeleceu o rol taxativo de medicamentos a serem fornecidos pelo SUS. Todo o medicamento fornecido pelo SUS deve constar dessa lista de medicamentos básicos, qualquer medicamento que não esteja nessa lista, é considerado excepcional, inclusive os mais caros, que são utilizados para atender

a necessidade de manutenção da vida ou para evitar a incapacidade permanente do cidadão, o que acabaria elevando os custos de tratamento médico e de proteção previdenciária.

Essa alteração, surge a dúvida: Como a pessoa que não tem condições de arcar com o seu tratamento poderá sobreviver sem o auxílio do Estado? De que forma o direito fundamental a vida pode se sobrepor pela "garantia do interesse público"?

Para responder a pergunta foi traçado o objetivo geral: Analisar as necessidades dos idosos de uma proteção de políticas públicas de assistência social. Para alcançar o objetivo geral foram traçados os seguintes objetivos específicos: Analisar os aspectos de vulnerabilidade dos idosos; - Verificar os aspectos legais de proteção do Estado; Analisar as políticas públicas de assistência social aos idosos. A metodologia utilizada na presente pesquisa é a revisão bibliográfica de livros e artigos científicos.

A seguridade social, conforme estabelecido no artigo 195 da Constituição é de responsabilidade compartilhada entre o Estado e a sociedade, de forma direta ou indireta, o §2º do mesmo artigo prevê que a proposta de orçamento da seguridade social deve ser elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recurso.

Desta forma, pode-se verificar a importância que a sociedade tem nas discussões em relação as políticas públicas de assistência social e de saúde. Uma vez que a responsabilidade é compartilhada em relação ao financiamento das políticas públicas, faz-se necessário que a sociedade participe ativamente das discussões e das tomadas de decisão em relação a esses aspectos. A garantia constitucional de acesso a saúde é universal, e tem uma especial responsabilidade na manutenção de uma vida digna aos idosos e portadores de deficiências.

Interessante é que tanto os idosos, que tiveram seus direitos regulamentos no Estatuto do Idoso estabelecido na Lei nº 10741/03 e os portadores de deficiências tiverem regulamentados pela Lei Brasileira de inclusão, o Estatuto da Pessoa com Deficiência na Lei nº 13146/15.

Em ambas as leis foram estabelecidas a necessidade de atendimento médico prioritário, além da obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos

para a manutenção a vida digna, em momento nenhum a lei que protege esses grupos se refere a proteção exclusiva ao rol taxativo do SUS.

A grande preocupação em relação ao fornecimento de tratamento médicos caros ou diversos ao oferecido pelo SUS, é em relação aos custos com a saúde venham interferir nas decisões judiciais que obrigam ao Estado a fornecer e tratar o cidadão de acordo com às necessidades que ele tenha para manter a vida digna.

Quando se fala em assistência social, é inviável utilizar a reserva do possível para a proteção do orçamento público, a vida de uma pessoa é única e deve ser protegida, salientando que o Brasil impede a aplicação de métodos de interrupção da vida, no Brasil, os procedimentos médicos buscam a manutenção da vida através da distanásia. Interromper ou deixar de prover medicamentos, pode ser considerados uma violação ao princípio fundamental do Estado Democrático Brasileiro, que assegura a vida digna.

É de extrema importância que nós estejamos atentos as discussões sobre a reforma da previdência, uma vez que elas atingem não somente aos direitos previdenciários, como também aos direitos a saúde. É necessário que a sociedade discuta, compreenda e empoderar-se do seu papel de protagonista dentro do custeio das políticas públicas de assistência social.

A presente pesquisa possui uma relevância por tratar da efetivação do mínimo existencial pelo Estado para assegurar o direito à vida.

1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu em seu artigo 5º os Direitos Fundamentais que são inerentes a vida com dignidade. Assegurar a dignidade da pessoa humana é um direito superior, que atrai outros direitos fundamentais que também buscam uma vida com dignidade na sociedade.

Na medida que a sociedade estabelece um pacto social para a vida livre e dotada de direitos, passa a existir uma limitação para que todos aceitem esses direitos. A vida em sociedade necessita de limitações aos Direitos Naturais sobre pena de geração de conflitos. (FERREIRA FILHO, 2011)

2. O DIREITO À SAÚDE E PRESTAÇÃO POSITIVA DO ESTADO

Partindo do pressuposto que a saúde é condição essencial para a garantia da vida humana digna, não devemos dissociar a dignidade da pessoa humana do direito à vida e a saúde. O direito a saúde aparece expressamente no artigo 6º da CRFB (BRASIL, 1988), que garante a todo cidadão os direitos sociais, que devem ser prestados pelo Estado através de serviços públicos.

Na visão de André da Silva Ordacgy (2018) "a saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, pois se consubstancia em característica indissociável do direito à vida".

Conforme o descrito no artigo 196 da CRFB:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Um dos papéis fundamentais do Estado é buscar o cumprimento dos direitos consagrados pelo legislador. Para cumprir esses direitos fundamentais existe a discricionariedade do gestor público no desenvolvimento de políticas públicas, por exemplo, no combate ao incêndio que põe em risco o patrimônio dos administrados ou para ofertar um determinado medicamento para o tratamento médico de um indivíduo, medicamentos não previstos no rol taxativo do SUS.

O autor (CALDAS, 2018) traz a importância do Poder Judiciário na proteção do direito à saúde:

> Quando, de forma contrária, o Estado não atende, espontaneamente, uma determinada demanda, o Poder Judiciário é provocado e, utilizando remédios jurídicos próprios, obriga que a Administração pública cumpra determinada ordem.

O Estado no uso de suas atribuições, deve estar a serviço da coletividade, ou seja, buscando garantir na execução de atos no exercício da função administrativa (os chamados atos administrativos), através desses atos, são verificadas prestações positivas e de caráter prestacional do Estado, como, por exemplo: o atendimento de baixa, média e de alta complexidade dos serviços de saúde. Em qualquer um dos casos acima é observado o uso do mesmo meio, para

se alcançar fins, por vias distintas: o uso de recursos públicos para o cumprimento e satisfação adequada dos direitos emanados pela legislação.

Observando que o dispêndio de dinheiro público é necessário para se alcançar um determinado direito, os autores entendem que todos os direitos possuem natureza positiva.

Quanto à inexistência de direitos classificados como negativos, ou seja, que não precisam de prestação estatal para seu cumprimento, a obra usa como referência um dos principais exemplos, a questão do direito à liberdade que, não obstante seja classificado como direito negativo, para ser exercido de forma adequada, também depende de investimentos do Estado na área de bem estar social.

Holmes & Sustein (2000) explicitaram que, nenhum dos direitos, ditos como fundamentais, são absolutos, pois dependem de uma análise a ser feita com base em argumentos financeiros, sociais e temporais. O que hoje é considerado algo absoluto há muitos anos atrás, já foi considerado de forma diversa e citam, como exemplo, que o direito a assistência médica não era considerado fundamental na época em que era realizado, costumeiramente, por meio de padres. Nesta época e sob esta rubrica, os recursos de uma sociedade eram então aplicados em outras questões.

O judiciário desenvolve seu papel na busca pela proteção absoluta dos direitos e garantias individuais, bem como os direitos sociais decorrentes da manutenção desses direitos, pois, ao ser provocado é competente para perceber as violações do Direito e dos direitos e até mesmo invalidar má alocação de recursos pelo gestor público, eles não podem, em alguns casos, de forma transdisciplinar, decidir quais soluções são melhores canalizadas em face de necessidades urgentes.

Holmes & Sunstein (2000) desenvolvem criticamente a diferença entre retórica dos direitos e a realidade da escassez. Nenhum direito cujo cumprimento pressuponha um gasto seletivo do contribuinte pode, no final das contas, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem levar em conta as consequências do orçamento pelas quais os órgãos do governo têm a última responsabilidade.

3. OS PRINCIPAIS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELO ESTADO NA PRESTAÇÃO EFETIVA DO SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICA

Os principais problemas enfrentados pela Administração Pública na efetivação dos serviços públicos de saúde impactam diretamente na qualidade de vida do cidadão que depende desses serviços para gozar de uma vida digna.

Os grandes problemas enfrentados pelo Estado, serão descritos a seguir:

a) ineficiência dos serviços de saúde:

A ineficiência dos serviços de saúde está diretamente ligada a má qualidade prestacional.

Para Munro (1994), a prestação de serviços realizada pelo poder público ainda mantém em foco a própria existência do serviço, deixando sua qualidade relegada a um segundo plano. As organizações do setor público são as maiores prestadoras de bens e serviços à comunidade, que está dependente da qualidade, agilidade e localização desses serviços, tendo como principal característica uma relação de responsabilidade direta com a sociedade, necessitando continuadamente redefinir sua missão. (ESTEFANO, 1996)

Quando se fala na qualidade nas organizações de saúde, esta pode ser interpretada e representada como a expressão de certas formações subjetivas: a preocupação constante em criar e manter entre todos os que estão ocupados nas organizações de saúde, administradores e funcionários, o entendimento quanto à estrutura e ao processo das intervenções; e preocupação quanto aos resultados para satisfazer as necessidades emergentes e as demandas explícitas dos clientes usuários. O objetivo final é manter a administração da qualidade das organizações de saúde tem como resultados esperados a melhoria da eficiência com eficácia e a melhoria no uso dos recursos. (LIMA, 1998)

A qualidade é definida pelo cliente e transcende os parâmetros dos produtos, contemplando aspectos relacionados com o meio ambiente e com as relações humanas. A função qualidade e o termo cliente devem ser entendidos de forma abrangente e devem ser estendidos, também, para as relações profissionais, sociais e familiares. (NEVES E NEVES, 2000, p. 14)

Na visão de Vasconcellos (2002), a diferença fundamental ao se definir qualidade na prestação de serviços encontra-se na subjetividade e na dificuldade de se estabelecer o que é qualidade, uma vez que os clientes reagem diferentemente ao que parece ser o mesmo serviço. Cada cliente possui uma determinada percepção sobre qualidade e, muitas vezes, esta diferença implica até mesmo "estado de espírito do cliente" no momento da prestação de serviço.

As pessoas possuem diferentes padrões de qualidade em diferentes momentos de sua vida.

Segundo Las Casas (1999, p.206), as dimensões da qualidade em serviços são:

> a) confiabilidade — é importante para prestar serviços de qualidade, gerada pela habilidade de fornecer o que foi prometido de forma segura e precisa;
> b) segurança — clientes querem dos prestadores de serviços a habilidade de transmitir segurança e confiança, caracterizada pelo conhecimento e cortesia dos funcionários;
> c) aspectos tangíveis — os aspectos físicos que circundam a atividade de prestação de serviço também têm sua importância como fator de influência, como instalações, equipamentos, aparência dos funcionários etc.;
> d) empatia — grau de cuidado e atenção pessoal dispensado aos clientes, como a capacidade de se colocar no lugar dos outros e, também, a receptividade, que é a disposição de ajudar os clientes e fornecer serviços com presteza.

A visão Donabedian (1980, p. 163) a qualidade está relacionada a três dimensões:

> a) a técnica - A técnica se refere à aplicação, atualizada, dos conhecimentos científicos na solução do problema do paciente.
> b) a interpessoal - A interpessoal se refere à relação que se estabelece entre o prestador de serviços e o paciente.
> c) ambiental - A ambiental diz respeito às comodidades como conforto e bem-estar oferecidos ao paciente.

b) Teoria dos custos dos direitos:

As limitações orçamentárias resultam em uma dificuldade potencial de exclusão e inefetividade de serviços. Isto é extremamente crítico, porém num mundo de recursos limitados, é também inevitável.

Levar os direitos a sério significa levar também a questão da escassez a sério e encontrar alternativas que possam garantir os direitos mais básicos dos cidadãos. (DWORKIN, 2010)

Na visão de Caldas e Maciel (2018) a doutrina que apresenta contrapontos:

> A Teoria dos Custos do Direito, afirma, em síntese, que a proteção aos diretos fundamentais será consideravelmente reduzida com a implementação da mesma, pois, ao diminuir ao mínimo possível, o cumprimento dos direitos garantidos pela Constituição Federal, uma gama de pessoas ficará desprotegida, ou seja, quanto menor a efetividade dos direitos, maior serão aqueles que buscarão o cumprimento desses de forma forçada, apelando, em alguns casos, até para o exercício arbitrário das próprias razões.

Neste diapasão Sgarbossa (2010) exemplifica:

> Os problemas engendrados pela desregulamentação da economia e pela retração da proteção social são ocultados pela exploração da insegurança generalizada e pela condução ideológica de todas as expectativas de solução dos problemas correlatos em campo penal, o que representa, ao fim e ao cabo, a fragilização de direitos e garantias individuais decorrentes da retórica do medo e da consequente expansão, doravante sem limites, da repressão penal.

Na visão de Caldas e Maciel (2018):

> É imperativo ressaltar que a teoria em tela não defende o descumprimento dos direitos pela falta de condições financeiras. Entretanto, busca realizar uma nova discussão acerca da dimensão da proteção e efetivação dos mesmos, de acordo com o orçamento disponível em cada lugar, ao permitir, desta forma, que o gestor estatal direcione melhor os parcos recursos encontrados nos cofres públicos.

c) Falta de justiça distributiva:

Não se defende aqui um Estado assistencial com veias paternalistas. Entretanto, defende-se a atuação do ente público deve ser no intuito de prover as mínimas condições de vidas aos mais necessitados, por meio de um Estado Desenvolvedor, como indica Amartya Sen (2010):

> A *segurança protetora* é necessária para propiciar uma rede de segurança social, impedindo que a população afetada seja reduzida à miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo a fome e a morte. A esfera da segurança protetora inclui disposições institucionais fixas, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes, bem como medidas ad hoc, como distribuição de alimentos em crises de fome coletiva ou empregos públicos de emergência para gerar renda para os necessitados.

Considerando a visão de Amartya Sen pode-se verificar o papel do Estado para assegurar a justiça distributiva, ou seja, a segurança protetora que ele bem define, poderia ser aplicada na questão de assegurar aos cidadãos a distribuição equitativa dos recursos públicos. Através da justiça distributiva, o Estado exerceria o papel garantidor do investimento equitativo dos recursos públicos em políticas que atendam de maneira equitativa a toda a população.

A falta dessa justiça distributiva causa e exclusão e a falta de condições mínimas de viver com dignidade.

3.1. Os idosos como grupo que necessita de atendimento integral a saúde

O papel do idoso na sociedade vem mudando consideravelmente ao longo dos anos; com o envelhecimento da sociedade e com o aumento da expectativa de vida que se mostrou consideravelmente ao longo das últimas décadas, conforme estabelecido nos censos realizados pelo IBGE. Com o envelhecimento, houve a necessidade de desconstruir os mitos estabelecidos pela sociedade, para isso devem ser consideradas as mudanças sociais, culturais, psicológicas, bem como a melhoria da qualidade de vida que interferiu diretamente nos aspectos biológicos do envelhecimento. (ARRUDA E BORGES; 2016)

Nas últimas décadas, no Brasil, houve um aumento considerável na expectativa de vida, tornando a população mais idosa, segundo descrito no último censo do IBGE, os idosos correspondem a 11% (onze) da população brasileira totalizando 20,56 milhões, sendo: 5% do sexo masculino (9.15 milhões) e 6% de mulheres (11, 43 milhões).

A Constituição Federal no artigo 230 trouxe a responsabilidade solidária entre a família, a sociedade e o Estado no cuidado e bem estar dos idosos, sendo responsabilidade de todos. (BRASIL, 1988)

Em complemento ao artigo 230, a através do Estatuto do Idoso restou estabelecido que são idosos os maiores de 60 (sessenta) anos, conforme deliberado no artigo 1º da Lei nº 10741 de 1º de outubro de 2003 que instituiu o Estatuto do Idoso (BRASIL; 2003). A Lei nº 13466 de 12 de julho de 2017 alterou o Estatuto dos Idosos criando uma faixa prioritária entre os idosos, os "super"

idosos, aqueles que ultrapassaram a faixa dos 80 (oitenta) anos gozarão de prioridade de atendimento em relação aos demais idosos. (BRASIL; 2017)

Devido ao crescente aumento do número de idosos no país, fez-se necessário estabelecer normas específicas para tratar das questões relativas ao envelhecimento. Sendo o bem-estar deles uma responsabilidade coletiva, enfatiza-se o artigo 229 da Constituição Federal que trata da responsabilidade dos filhos na manutenção e no bem-estar dos seus pais idosos, não sendo facultado a eles a assistência e sim uma obrigação constitucional: "art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e **os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (grifo nosso)".** (BRASIL; 1988)

Verifica-se à importância do Estatuto do Idoso para a garantia dos direitos dos idosos, essa lei trouxe uma grande evolução para a manutenção do bem-estar e da qualidade de vida dos idosos.

3.2. Os portadores de doenças graves e a obrigação proteção do Estado

As constituições brasileiras, historicamente, tiveram inspiração na Declarações dos Direitos Humanos. A constituição atual trouxe enumerados os direitos e garantias fundamentais.

Na visão de Robert Alexy apud Ferreira Filho (2011) um direito fundamental deve manifestar cinco traços no mínimo. Sendo eles:

1) ser vinculado diretamente a dignidade da pessoa humana;

2) portanto, concernir a todos os seres humanos;

3) ter valor moral;

4) ser suscetível de promoção ou garantia pelo direito; e

5) pesar de modo capital para a vida de cada um.

O caput do artigo 5º da Constituição brasileira trouxe a garantia do direito à vida, nos seguintes termos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

Claramente houve uma preocupação do legislador constituinte em assegurar a todos o direito à vida, tornando o artigo 5º uma cláusula pétrea, ou seja, não admitindo emendas a sua redação. Essa proteção ao artigo 5º deu-se pela importância em evitar retrocessos legais aos direitos fundamentais.

Norberto Bobbio (2004) chama a atenção, ainda, quando descreve os direitos ligados à vida como elemento político, envolvendo a proteção do patrimônio genético, a preocupação com a bioética, dentre outras questões e situações de direitos. Todas estas questões são discutidas em prol de assegurar a todos os povos reais conhecimentos e a usufruírem de todos esses direitos.

Na ordem constitucional brasileira há um rol de proteção aos direitos fundamentais, prevendo os direitos de primeira, segunda e terceira gerações, exemplificando-se. Os direitos de primeira e segunda gerações ou dimensões estão descritos no Título II, da Constituição Federal de 1988, tutelando os direitos e garantias fundamentais, representando os direitos e deveres individuais e coletivos, previstos no Capítulo I, os artigos 5º, da CF/88. (MEDEIROS E LIMA, 2015)

A atuação do ente público deve ter o intuito de prover as mínimas condições de vida aos mais necessitados, e isso dar-se-á por meio de um Estado Desenvolvedor, como indica Amartya Sen:

> A *segurança protetora* é necessária para propiciar uma rede de segurança social, impedindo que a população afetada seja reduzida à miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo a fome e a morte. A esfera da segurança protetora inclui disposições institucionais fixas, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes, bem como medidas ad hoc, como distribuição de alimentos em crises de fome coletiva ou empregos públicos de emergência para gerar renda para os necessitados. (SEN, 2010, p. 57)

Quando se fala da garantia do mínimo social para o exercício dos diretos fundamentais previstos pela constituição pode-se tratar de um dever revestido de obrigação essencial que o Administrador Público deve respeitar, atuando de modo encontrar a eficácia e a garantia de uma prestação de serviço que proteja a vida humana.

Na visão de Caldas e Maciel (2018) o mínimo existencial é:

> A extensão de um rol de direitos meramente biológicos ligados à manutenção da vida ou uma listagem mais ampliativa que consagra também o mínimo social? Doutrinariamente, observam-se raciocínios positivistas e restritivos, ao indicar que o mínimo existencial consagra apenas uma lista mínima de direitos ligada exclusivamente aos fatores biológicos para a manutenção da vida humana, ou seja, só são considerados direitos inseridos do núcleo da dignidade da pessoa humana aqueles básicos para manter a pessoa com vida e suas funções vitais em estado de normalidade, a saber os direitos a saúde (alguns medicamentos e intervenção hospitalar) e a alimentação. Nesta esteira, para os defensores dessa ideia, os legisladores que elaboraram a Constituição da República Federativa do Brasil, nos Capítulos dispostos em Título II, cometeram um sério equívoco ao taxar como fundamentais: grande parte dos direitos individuais, coletivos, sociais, políticos, etc. Observam-se também raciocínios que defendem programas mais ampliativos e garantistas de diretos, por entender que o núcleo do mínimo existencial contempla uma lista que vai além do mero conceito biológico do que é estar vivo. Aqui podem ser encontrados os direitos esquecidos pela primeira corrente, ou seja, grande parte dos individuais e coletivos, além dos sociais.

No Estado garantidor, caberá ao Poder Público, através das Políticas Públicas, garantir a proteção ao Direito à vida, garantindo um mínimo existencial para uma vida digna.

Tendo em vista o portador de doença grave ter importante risco de perder a vida, vida esta assegurada constitucionalmente. O papel do Estado em efetivar políticas públicas para assegurar o direito pleno a todos os recursos para manter a saúde do cidadão.

O Estado não pode alegar reserva do possível, uma vez que uma vida não vale mais que outra, devendo atender através do SUS a necessidade de todos os destinatários dos direitos fundamentais.

4. A NECESSIDADE DO CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL PELO ESTADO

O dever do Estado de cumprimento do mínimo existencial à saúde x reserva do possível.

O Estado deve cumprir o mínimo existencial, ou seja, como Estado garantidor, através da prestação positiva dos serviços públicos, assegurar a efetividade dos Direitos Fundamentais.

Na legislação pátria não há uma previsão sobre o que seria o mínimo existencial, no entanto, na visão do doutrinador Cançado Trindade (2010, p. 307) explica que âmbito do Direito Internacional, de igual modo, não existe um consenso acerca do conteúdo concreto do mínimo existencial:

> É significativo que já se comece hoje a considerar o que constituiria um "núcleo fundamental" de direitos econômicos, sociais e culturais. Há os que, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, argumentam que tal núcleo seria constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação. Em recentes reuniões internacionais de peritos também se tem referido, como possíveis componentes daquele núcleo, aos chamados "direitos de subsistência" (e.g., direito à alimentação, direito à moradia, direito aos cuidados médicos e direito à educação). Os debates apenas têm início, e certamente se prolongarão no decorrer dos próximos anos neste início do novo século.

A fim de que haja o cumprimento dos direitos fundamentais, com a correta alocação dos recursos dos cofres públicos, favorecem a judicialização das demandas, para que, através dos remédios constitucionais assegure aos cidadãos demandantes de determinados direitos que não lhes foram contemplados, a sua efetivação.

A Reserva do possível é uma teoria que tem como uma das aplicações mais conhecidas, a linha de defesa demonstrada pelas Procuradorias Municipais e Estaduais que se recusam a fornecer medicamentos que não constam do rol taxativo de medicamentos do SUS. Essa teoria sustenta que o Poder Público ao se negar a fornecer medicamentos para os cidadãos que mais necessitam, estaria abalando as finanças públicas da Administração Pública, com o cumprindo integralmente esse direito à saúde.

Na visão de Caldas e Maciel (2018):

> Ressalta-se, portanto que, se com parte das receitas públicas vinculadas a determinados direitos são gerados pífios resultados como o apresentado pelo relatório supradescrito, hipoteticamente, argui-se como seriam esses resultados se os gastos públicos fossem condicionados na esteira da Teoria dos Custos dos Direitos.
> Tal princípio fornece a ideia que os direitos sociais são considerados "caros", ou seja, por terem custo para a sua aplicação devem ser executados de forma progressiva, na medida dos recursos disponíveis. No

> ordenamento jurídico nacional, a reserva do possível é utilizada em vários casos que tramitam em todas as esferas do Poder Judiciário.

É imperativo ressaltar, que a teoria em tela, não defende o descumprimento dos direitos pela falta de condições financeiras. Entretanto, busca realizar uma nova discussão acerca da dimensão da proteção conferida aos diretos, de acordo com o orçamento disponível em cada lugar permitindo, desta forma, que o gestor público direcione melhor os parcos recursos encontrados nos cofres públicos. Como analisam em sua obra Holmes e Sustei (2000, p.226) :

> The cost of rights raises not only questions of democratic accountability and transparency in the process of allocating resources; it also brings us unexpectedly into the heart of moral theory, to problems of distributional equity and distributive justice. To describe rights as public investments is to encourage rights theorists to pay attention to the question of whether rights enforcement is not merely valuable and prudent, but also fairly allocated. The question here is whether, as currently designed and implemented, disbursements for the protection of rights benefit society as a whole, or at least most of its members, or only those groups with special political influence. Do our national priorities, in the area of rights enforcement, merely reflect the influence of powerful groups, or do they promote the general welfare? To study costs is not to shortchange politics and morality, but rather to compel consideration of such questions. The subject is so important precisely because it draws attention to the relation between rights on the one hand and democracy, equality, and distributive justice on the other.

A garantia do mínimo existencial que busca assegurar o direito social à saúde e o direito fundamental a vida, vigora como uma proteção exercida pelo Estado garantidor, que busca a efetividade das garantias fundamentais através da adoção de políticas públicas, a alegação da reserva do possível pelo Estado e pelos Municípios não exime a responsabilidade existente compartilhada entre os entes federativos para o cumprimentos dos preceitos constitucionais de preservação da vida e da dignidade humana.

Na visão de Caldas (2017):

> Em uma análise inicial se pode definir o princípio da reserva do possível
> como a prestação efetiva dos direitos sociais aos mais pobres ou necessitados, de

> acordo com os recursos encontrados nos cofres públicos. Ademais, tal princípio
> fornece a ideia de que os direitos sociais são considerados "caros", ou seja,
> por terem custo para a sua aplicação, devem ser executados de forma progressiva,
> na medida dos recursos disponíveis.

5. O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS COMO PRESTAÇÃO POSITIVA DO ESTADO

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabeleceu nos artigos 196 a 200 as regras da prestação dos serviços públicos de saúde, nos seguintes termos:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Cabe ao poder público estabelecer as políticas públicas, bem como, fiscalizar e aplicar as medidas de controle para o atendimento ao direito a saúde.

Para o desenvolvimento das políticas públicas foi criado o sistema único de saúde – SUS buscando reunir esforços dos entes da federação para o atendimento universal a saúde.

A Lei nº 8080/90 regulamentou os artigos 196 a 2000 da Constituição Federal, trazendo o artigo 2º a seguinte posição:

> Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
> § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O artigo 4º da Lei nº 8080/90 (BRASIL) trouxe a regulamentação do SUS chamando a responsabilidade na gestão, todos os entes da federação, bem como, os órgãos da administração indireta.

> Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração

direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. (grifo nosso)

.....

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

.....

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

A referida lei, que regulamentou os artigos constitucionais que tratam da proteção a saúde, trouxe no artigo 19, que já sofreu alteração pela Lei n 12041/11 (BRASIL, 2011), tratando com muita pertinência o tema do atendimento as necessidades de fornecimento de medicamentos, nos seguintes termos:

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011) (grifo nosso)

Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:

I - produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos;

II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011) (grifo nosso)

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de

> **primeira escolha.** (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011) (grifo nosso)
> Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

Considerando o previsto no artigo 19 da Lei nº 8080/90 (BRASIL) desde que corretamente prescrito, comprovada a eficácia do tratamento, este deve ser fornecido ao cidadão necessitado. No entanto, na prática, o fornecimento de medicamentos se dá nos termos da tabela do RENAME, ou seja, a tabela que é divulgada a cada dois anos e traz os medicamentos e insumos que devem atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira e não a necessidade da coletividade, ou seja o tratamento dos desiguais na medida da desigualdade de cada um

Na edição de 2020 houve a inclusão de 39 itens, sendo 37 medicamentos e 2 insumos. A lista foi publicada pela Portaria 3.047, de 28 de novembro de 2019. (BRASIL, 2019) Vale lembrar que, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), os medicamentos disponíveis para o tratamento de doenças ou de agravos são aqueles selecionados por meio da Rename.

5.1. A EC 103/19 e a Proteção à Saúde do Segurado

A seguridade social, conforme estabelecido no artigo 194 da CF/88 (BRASIL) como sendo o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A EC 103/19 alterou a CF/88 somente no aspecto previdenciário, aumentando a idade da aposentadoria e vedando a acumulação de aposentadorias e pensões. As alterações estabelecidas impactam diretamente a qualidade de vida dos segurados, que para fazerem jus ao benefício por inatividade, necessitarão trabalhar por mais alguns anos.

Não houve previsão na EC 103/19 de alterações na proteção a saúde, no entanto as medidas tomadas nas questões previdenciárias acabam por impactar diretamente na qualidade de vida e na saúde dos segurados.

As políticas públicas de seguridade social devem prever as políticas de saúde, previdência social e assistência social devem ter planejamento conjunto para assegurar a dignidade do segurado. Ao estabelecer medidas que alteram a previdência sem planejar os impactos disso na vida dos segurados pode impactar diretamente na necessidade de saúde.

Considera-se relevantes as medidas de planejamento levando em consideração as necessidades básicas e a dignidade da pessoa. A responsabilidade pela seguridade social é compartilhada pela sociedade, Estado e empregadores requer a participação popular para a entender as necessidades coletivas. Não se pode focar apenas na seguridade social pois corre o risco de os impactos causados serem negativos para o cidadão, a saúde é a prioridade no atendimento ao mínimo existencial e ao envelhecimento com qualidade de vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caput do artigo 5º da Constituição Federal estabelece a proteção a vida como direito fundamental. Para efetivar esse direito, o artigo 6º estabeleceu os direitos sociais como prestações positivas do Estado.

No que tange diretamente ao direito a saúde, o artigo 196 ao 200 da Constituição de 1988 estabeleceu os aspectos da referida prestação.

Cabe ao Estado prover ao mínimo existencial para preservar a vida, e ao gestor público cabe o desenvolvimento de políticas públicas.

A prestação de serviços de saúde busca atender em caráter universal, através da prestação positiva promovida pelo Estado.

O fornecimento de medicamentos e serviços de saúde que hoje é absoluto e no caso do não cumprimento do dever estatal, à única possibilidade existente é a judicialização, buscando uma decisão para garantir o cumprimento do dever estatal.

O Estado se atém ao fornecimento de medicamentos previstos na lista do RENAME. Em sua defesa, o Estado alega a reserva do possível para o não atendimento absoluto do dever de assistência integral à saúde, argumento este que contraria a proteção integral a saúde e a vida.

O maior impacto na saúde da coletividade não se dá pela ausência da prestação de serviço da saúde e sim pela prestação deste.

Os idosos e portadores de doenças graves necessitam de uma maior proteção do Estado para manter a qualidade de vida desses grupos vulneráveis.

O Estado garantidor deve traçar políticas públicas que garantam o direito a vidae ao mínimo existencial.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 103/19 definir novas normas de aposentadoria, inclusive no que diz a idade mínima e a impossibilidade de acumulação de benefícios, impactando diretamente na renda e na qualidade de vida dos idosos.

É importante que o planejamento governamental integre as 3 áreas: saúde, previdência e assistência social. O planejamento integrado possibilita atender às necessidades, ao cumprimento do mínimo existencial e a diminuição da desigualdade.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Camila; BORGES, Leticia. O direito fundamental à envelhecer com dignidade. Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/313740741_O_Direito_Fundamental_A_Envelhecer_Com_gnidade/download. Acesso em: 22 de abril de 2019.DOI: 10.21902/2525-9865/2016.v2i2.1228.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 de junho de 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103 de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

BRASIL. Lei nº 8080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

BRASIL. Portaria nº 3047 de 28 de novembro de 2019. Estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename 2020 no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da atualização do elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-3.047-de-28-de-novembro-de-2019-230549540. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

BRASIL.Lei nº 10741 de 1º de outubro de 2003. Institui o Estatuto do Idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 22 de abril de 2019.

CALDAS, Diogo; MACIEL, Alvaro. A problemática dos custos no campo da execução dos direitos fundamentais: alternativas soluções para o cumprimento do mínimo existencial. CONPEDI. XXVII Encontro Nacional.2018.

CALDAS. Diogo Oliveira Muniz. A contraposição da teoria dos custos de direitos e do mínimo existencial no campo da judicialização dos direitos fundamentais. Revista Interdisciplinar de Direito. [S.l.], v. 14, n. 1, p. 67-79, jan. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/250>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, v I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 493. In: DONABEDIAN, A. Explorations in quality assessment and monitoring: the definition of quality and approaches to its assessment. Health Administration Press, v. 1, p. 163, 1980

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010

ESTEFANO, E. V. V. Satisfação dos recursos humanos no trabalho: um estudo de caso na biblioteca central da Universidade Federal de Santa Catarina. 1996. Dissertação (Mestrado em Engenharia) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 2011.13ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. Pág. 20, 75 a 82.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo. SARAIVA. 2011. 13ª edição.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. Nova York: W.W. Norron & Company, 2000. Pág. 226.

LAS CASAS, A. L. Qualidade total em serviços: conceitos, exercícios e casos práticos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. Pág.206.

LIMA, C. R. M. de. A avaliação do custo-eficácia das intervenções em organizações de saúde. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 38, n. 2, p. 62-73, abr./jun. 1998. MEDEIROS, Robson; LIMA, Gilvânklim. DIREITOS FUNDAMENTAIS: QUESTÕES DE PRINCÍPIOS ENTRE O VIVER E MORRER. CONPEDI. XXIV Encontro Nacional. 2015.

MUNRO, A. C. M. Divergências entre as expectativas do usuário e a percepção da gerência em relação a qualidade do serviço. 1994. Dissertação (Mestrado em Marketing) — UFRGS, Porto Alegre. Disponível em: . Acesso em: 20 fevereiro de 2019.

NEVES, J. F.; NEVES, M. C. P. Qualidade e sustentabilidade. Seropédica: Embrapa Agrobiologia, dez. 2000. Pág. 14.

ORDACGY, André da Silva. A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão. Disponível em. Acesso em: 28 de fevereiro de 2019.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo. Companhia das Letras. 2000. Página 57, 110

SGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos. v 1 Reserva do Possível. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010. Pág. 307
VASCONCELLOS, P. P. de. Desenvolvimento de um modelo de avaliação da qualidade do serviço odontológico. 2002. 91 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) — Centro Tecnológico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

AS TESES REVISIONISTAS DO HOLOCAUSTO: uma análise a partir das reflexões de Paul Ricoeur

Camilo Plaisant Carneiro
Universidade Federal Fluminense – UFF, Professor Adjunto vinculado ao Departamento de Direito, Macaé, Brasil
camilocarneiro@id.uff.br

Raisa Duarte da Silva Ribeiro
UNIRIO – Professora Assistente, Rio de Janeiro, Brasil
raisaribeiro@hotmail.com

Resumo: O presente resumo, tem por objetivo implementar as contribuições trazidas por Paul Ricoeur em seu livro "Memória, História e Esquecimento" ao debate existente que tem como pano de fundo as narrativas sobre o Holocausto e as teses revisionistas desse fato histórico. A partir de 1945, com o final da segunda guerra, narrativas sobre o fato histórico entraram em disputa, sendo, no entanto, inegável o massacre ocorrido. Por ser um evento de grandes dimensões históricas e que afetou profundamente a sociedade internacional, muitos ordenamentos jurídicos proíbem e criminalizam a negação desse fato histórico, rechaçando as chamadas teorias revisionistas, que se traduzem em teses que visam alterar ou excluir o fenômeno do Holocausto, modificando ou exterminando suas proporções, suas factualidades e seu grau de extensão. Por outro lado, muitos ordenamentos jurídicos, bem como tratados internacionais, proíbem discursos negatórios do Holocausto, havendo a criminalização de tal discurso em muitos países. Tal posicionamento tem como uma de suas mais fortes justificativas o dever de memória, imbuído do dever de justiça e proteção dos direitos humanos. Pautado nessas premissas o artigo buscará analisar os estudos de Paul Ricoeur sobre as principais questões atinentes à memória, ao seu uso e abuso e sua distinção com relação à imaginação que impactam na temática das teses revisionistas do Holocausto, além de, obivamente, traçar um panorama histórico sobre o fato além de debater as teses revisionistas e a problemática inerente à fixação de uma história oficial.

Palavras chave: Holocausto; Memória; Teses Revisionistas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho final de conclusão de disciplina tem por objetivo implementar contribuições que as reflexões trazidas por Paul Ricoeur em seu

livro "Memória, História e Esquecimento" ao debate existente sobre as narrativas sobre o Holocausto e as teses revisionistas desse fato histórico.

O Holocausto consistiu no genocídio de mais de seis milhões de pessoas pertencentes à grupos vulneráveis, em especial os judeus, ciganos e homossexuais, realizado pelo governo nazista durante o período da segunda guerra mundial. A partir de 1945, com o final dessa grande guerra, narrativas sobre o fato histórico entraram em disputa, sendo, no entanto, inegável o massacre ocorrido.

Por ser um evento de grandes dimensões históricas e que afetou profundamente a sociedade internacional, muitos ordenamentos jurídicos proíbem e criminalizam a negação desse fato histórico, rechaçando as chamadas teorias revisionistas, que consistem em teses que teses que visam alterar ou excluir o fenômeno do Holocausto, modificando ou exterminando suas proporções, suas factualidades e seu grau de extensão.

De forma geral, muitos ordenamentos jurídicos nacionais bem como tratados internacionais proíbem discursos negatórios do Holocausto, havendo a criminalização de tal discurso em muitos países. Tal posicionamento tem como uma de suas mais fortes justificativas o dever de memória, imbuído do dever de justiça e proteção dos direitos humanos.

Com o objetivo de implementar os estudos já realizados pela autora sobre o discurso de ódio e as teses revisionistas, o presente trabalho tem por objetivo realizar reflexões, a partir dos estudos de Paul Ricoeur, sobre as principais questões atinentes à memória, ao seu uso e abuso, sua distinção com relação à imaginação que impactam na temática das teses revisionistas do Holocausto.

Para tanto, o presente trabalho irá se estruturar em duas partes estruturantes fundamentais. Em um primeiro momento, será abordado o fenômeno histórico do Holocausto, as narrativas desenvolvidas sobre esse acontecimento a partir do final da segunda guerra mundial e o dever de memória que fundamenta a proibição e criminalização das teses revisionistas. Em um segundo momento, se adentrará na análise das teses revisionistas, traçando o seu conceito a distinção entre as correntes revisionistas compreendidas como ilegítimas das que seriam legítimas e realizando reflexões sobre a memória e a imaginação, o uso e o abuso da memória e a problemática inerente à fixação de uma história oficial.

1. O HOLOCAUSTO, NARRATIVAS E O DEVER DE MEMÓRIA

O termo "Holocausto" possui sua origem etimológica na palavra grega *holókautos*[1], que significa "todo queimado" ou "sacrifício pelo fogo", indicando o sacrifício de vítimas através da incineração, na Antiguidade Clássica.

Atualmente, o termo Holocausto é empregado para designar o genocídio de muitas pessoas, especialmente judeus, executadas pelo regime nazista durante a Segunda Guerra Mundial, sendo considerado um evento marcante na humanidade, por ter alcançado vasta proporção, em escala mundial, num curto lapso temporal[2].

Por ser um evento de grandes dimensões históricas e que afetou profundamente a sociedade internacional, muitos ordenamentos jurídicos proíbem e criminalizam a negação desse fato histórico, rechaçando as chamadas teorias revisionistas[3][4]. A condenação de discursos que visem a menosprezar ou diminuir o fenômeno do Holocausto possui uma grande carga simbólica, especialmente baseada no Direito Penal, no sentido de os Estados Democráticos demonstrarem o seu comprometimento com a democracia, com os direitos fundamentais e o rechaço ao genocídio.

Pode-se observar que cada um dos países que criminalizam fatos ligados ao Holocausto possui um grau de reprovação diferenciado. Por exemplo, as legislações alemã, francesa e espanhola condenam fortemente qualquer discurso negatório do Holocausto, assim como a exibição de símbolos nazistas[5]. Já por outro lado, os Estados Unidos da América não criminalizam, como regra, os

---

[1] A raiz "holos" significa inteiro e "kaustos", queimado.

[2] À título exemplificativo, cabe mencionar também que existem outros infelizes eventos que marcaram a humanidade evidenciados por um genocídio de grande porte, com resultados fatais e lastimáveis em um curto lapso temporal, como é o caso do genocídio armênio realizado pelos turcos na Primeira Guerra Mundial.

[3] A negação do Holocausto é criminalizada em grande parte dos países europeus, como se pode perceber nas legislações da Alemanha, da Áustria, da França, da Bélgica, da República Tcheca, da Lituânia, dos Países Baixos, da Polônia, da Roménia, da Espanha, da Suíça, entre outros (BAZYLER, 2006, p. 01).

[4] À grosso modo, as teorias revisionistas consistem em teses que visam alterar ou excluir o fenômeno do Holocausto, modificando ou exterminando suas proporções, suas factualidades e seu grau de extensão. Esse termo será objeto de análise posterior.

[5] Para mais acerca da tutela do discurso de ódio e das teses revisionistas no direito comparado, cf: RIBEIRO, COSTA, 2017; RIBEIRO, 2018.

discursos que negam a existência ou menosprezam o fenômeno do Holocausto, com fundamento em uma leitura ampla e quase irrestrita da liberdade de expressão[6].

As leis que criminalizam a negação do Holocausto têm por base a defesa do dever de memória, firmando "a obrigação que tem um país de reconhecer o sofrimento vivido por certas categorias da população, sobretudo na medida em que o Estado tem responsabilidade nesse sofrimento" (HEYMANN, 2006, p. 07).

No âmbito internacional, cabe mencionar a existência de tratados internacionais que tem por objetivo rechaçar o genocídio e proibir o revisionismo histórico, tais como a Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio e a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial[7].

O dever de memória também foi uma das justificativas utilizadas para a criação de memoriais[8] e fixação de duas datas no calendário mundial destinadas a rememoração do fato histórico do Holocausto: dia 27 de janeiro, Dia Internacional em Memória das Vítimas do Holocausto e dia 02 de maio, comemoração à Memória do Holocausto[9].

---

[6] Existem duas grandes teorias em disputa sobre a tutela da liberdade de expressão: a teoria democrática e a teoria libertária. Nos EUA, a tutela da liberdade de expressão é fortemente sustentada pela teoria libertária, de forma que esse direito fundamental possui uma posição preferencial, sendo apenas restringido em pouquíssimos casos, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte. Para mais, conferir: RIBEIRO, 2018.

[7] O artigo 9º dessa declaração prevê a proibição de adoção de teorias nazistas. "Artigo 9º 1. Toda a propaganda e as organizações com base em idéias ou teorias de superioridade de uma raça ou grupo de pessoas de uma só cor ou origem étnica, com vista a justificar ou promover a discriminação racial sob qualquer forma, devem ser severamente condenadas. 2. Todos os instigação ou atos de violência, quer por indivíduos ou organizações contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou origem étnica é considerada um delito contra a sociedade e punível por lei".

[8] Por exemplo, em Berlim-Alemanha, foi criado um memorial a céu aberto construído em um área de cerca de 20 mil metros quadrados, onde foram construídos blocos de cimento cinzas lembrando túmulos das vítimas da guerra; em Israel, em Nova York, em Auschwtiz e em outros países do mundo, foram construídos Museus do Holocausto.

[9] O dever de memória é enquadrado por Ricoeur como uma seção de usos e abusos da memória. Para o autor, dizer que "você lembrará" também significa dizer que "você

Para Paul Ricoeur, o dever de memória ou a memória obrigada pode ser caracterizada como um bom uso da memória como também pode acarretar em seu abuso (RICOEUR, 2007, p. 100). A imposição de um dever de memória deve ter por fundamento um projeto de justiça, que dê a essa memória obrigada uma forma do futuro e do imperativo (RICOEUR, 2007, p. 101).

Para o autor, a ideia de justiça se desdobra: (i) em justiça como uma virtude voltada à outrem, isto é, o dever de memória se desdobra como o dever de fazer justiça, por meio da lembrança, a outro que não a si; (ii) a justiça como forma de dívida, isto é, a ideia de que somos devedores de parte do que somos aos que nos antecederam; (iii) prioridade moral existente com as vítimas (RICOEUR, 2007, p. 101).

Assim, o dever de memória com relação ao fato histórico do Holocausto se pauta na ideia de fazer justiça para as vítimas diretas e indiretas desse evento histórico, em especial com a população judaica[10], que foi o grupo minoritário fortemente perseguido e exterminado pelo projeto nazista de governo. A proibição da negação do Holocausto passa, assim, a ser uma forma de pagar uma dívida que a sociedade como um todo possui com relação aos grupos vulneráveis massacrados, tendo em vista a nossa responsabilidade de ter tolerado e, em alguns casos até, compactuado com tal projeto, demonstrando o nosso sentimento de arrependimento e indignação por tal acontecimento e, ainda mais, a nossa repulsa por atos de genocídio e outras formas de violação dos direitos humanos.

Todavia, esse dever de memória com relação ao fato histórico do Holocausto passou a se desenvolver somente duas décadas depois do fim da segunda guerra mundial. De acordo com Finkelstein (2006), até o final da década de 60, existiam poucas obras históricas, literárias, cinematográficas mencionando esse fato histórico. Quando Hannah Arendt publicou seu livro "Eichmann in Jerusalem", em 1963, apenas existiam dois estudos acadêmicos em língua inglesa sobre o Holocausto[11].

Algumas teses para explicar a ausência de menções ao fenômeno surgiram: (i) os judeus ficaram traumatizados com o holocausto nazista e,

não esquecerá", podendo ser ao emsmo tempo o cumulo do bom uso da memória como o uso abusivo do exercício da memória (RICOEUR, 2007, p. 100).

[10] Cabe ressaltar também que diversos outros grupos minoritários também foram perseguidos pelo projeto nazista, tais como os homossexuais e os ciganos.

[11] Gerald Reitlinger, The Final Solution, e o de Raul Hilberg, The Destruction of the European Jews. Apud: Rossignoli, 2013.

portanto, reprimiram sua memória[12] [13]; (ii) os sobreviventes dos campos de concentração que optaram por regressar à Alemanha ou à Áustria utilizaram o silencia como forma de conseguir viver próximo daqueles que contribuíram de alguma forma para a sua deportação[14]; as relações ideológicas entre os meios de comunicação e o poder hegemônico da época requeriam a suavização da narrativa dos acontecimentos pretéritos[15], diante de uma política conformista de liderança judaica americana e o clima político do pós-guerra na América[16] e a rememoração do extermínio nazista era visto como política comunista no cenário da Guerra Fria, sendo refutada pelos países componentes do bloco capitalista[17].

Como observa Letícia Rossignoli, até a década de 60, "o que era publicado correntemente eram notícias que descreviam, até de forma dramática, a condição de penúria das cidades e dos cidadãos alemãs", havendo uma "insistência em lembrar como foi aviltada a nação alemã com a guerra e, ao mesmo tempo, uma tendência a não lembrar o destino dos judeus perseguidos durante o governo nazista"[18].

Após a década de 70, a situação se inverteu e o fato histórico do Holocausto passou a ser excessivamente rememorado por meio de uma

---

[12] Tese narrada e refutada por Finkelstein, 2006, p. 4: "A explicação comum é que os judeus ficaram traumatizados com o holocausto nazista e, portanto, reprimiram sua memória. Na verdade, nada comprova tal conclusão. Alguns sobreviventes, sem dúvida, preferiram, por essa razão, deixar de falar sobre o que aconteceu não só na época como nos últimos anos entanto, preferiam falar exaustivamente e, quando tinham chance, não paravam".

[13] Com base na classificação trazida por Paul Ricoeur sobre os abusos da memória (2012, p. 72 e ss), pode-se observar que essa tese se correlaciona com o abuso patológico-terapêutico da memória, isto é, com a memória impedida, ferida ou, até mesmo, memória enferma, pautada na recordação de lembranças traumáticas (RICOEUR, 2012, p. 83 e ss).

[14] Pollak, 1989, p. 5.

[15] Pollak, 1989, p. 6

[16] Nesse sentido, Finkelstein, 2006, p. 26. Segundo o autor, tratava-se de uma estratégia política firmada entre as elites judaicas e a politica estadunidense para somar forças ao bloco capitalista durante a Guerra Fria: "No início da Guerra Fria, as organizações judaicas proeminentes aderiram à luta. Elas "esqueceram" o holocausto nazista porque a Alemanha – Alemanha Ocidental, em 1949 – tornou-se um aliado crucial do pós-guerra americano no confronto dos EUA com a União Soviética. Vasculhar o passado não seria útil; na verdade, era um complicador".

[17] ROSSIGNOLI, 2013, p. 12.

[18] ROSSIGNOLI, 2013, p. 11.

enxurrada de notícias, documentários, filmes que abordavam o aspecto do genocídio cometido pelo governo nazista.

Desta forma, a mídia de cada uma das épocas determinava o que deveria ser lembrado e o que deveria ser esquecido. Assim, percebe-se a manipulação tanto da memória coletiva quanto do esquecimento de determinados fenômenos. Como aponta Ricoeur, "os abusos, no sentido mais forte do termo, se derivam da manipulação da memória e do esquecimento por quem tem o poder" (2012, p. 110).

Assim, pela breve análise aqui trazida, observa-se que as narrativas sobre o fenômeno do Holocausto variaram seletivamente por vontade daqueles que detinham o poder, em especial por aqueles que detinham o poder sobre os meios de comunicação, o que traz impactos no uso e no abuso da memória. Quando e o que era narrado dependia da vontade daqueles que tinham o poder e era manipulado de acordo com o melhor perfil a ser exibido. Nas palavras de Ricoeur,

> De fato, antes do abuso, há o uso, a saber, o caráter inelutavelmente seletivo da narrativa. Assim como é impossível lembrar-se de tudo, é impossível narrar tudo. A ideia de uma narração exaustiva é uma ideia performativamente impossível. A narrativa comporta necessariamente uma dimensão seletiva. (RICOEUR, 2014, p.455).

Nesse momento, cabe realizar algumas observações fenomenológicas acerca do fenômeno narrado. Conforme observa Robert Sokolowski (2014, p. 25 e ss), a identidade do fenômeno não está em uma camada e nem na soma delas, mas se faz presente em todas as suas camadas. A percepção que possuímos sobre esse fenômeno envolve camadas de múltiplas presentações, sendo que, somente com o conhecimento delas podemos, então, conhecer o fenômeno

Nesse contexto, toda experiência, todo fenômeno, todo acontecimento envolve uma mistura de presença e de ausência. Objetivamente, presença daquilo que é visto ou potencialmente visto (presença) e daquilo que não se está no campo de visão (ausência); subjetivamente, por meio de intenções vazias ou cheias. Independente disso, a identidade do objeto ou do fenômeno não varia na presença ou na ausência e transcende as intenções cheias e vazias. Fenomenologicamente, sempre que quisermos explorar um fenômeno, devemos nos perguntar o que são partes/todo, as identidades presentes na multiplicidade das camadas e as misturas de ausências e presenças que estão em funcionamento (SOKOLOWSKI, 2014, p. 47).

Na fenomenologia, há uma estrutura formada pelas partes e pelo todo. O todo pode ter identidade diferente das partes ou associações distintas das partes, sendo diferente delas. As totalidades são compostas por dois tipos de partes, quais sejam: pedaços (que são partes independentes) e momentos (que são partes não independentes). Os momentos apenas podem existir quando estão misturados com outros momentos por meio da linguagem. (SOKOLOWSKI, 2014, p. 31 e ss).

Ainda, dentro destas múltiplas camadas, temos os lados, os aspectos e os perfis de um dado objeto ou fenômeno. O lado consiste no significado físico do objeto, da coisa; o aspecto, no modo como o lado é colocado, demonstrado, visto; e o perfil, que se incide sobre um aspecto, consiste na apresentação temporária individualizada do objeto (SOKOLOWSKI, 2014, p. 27).

Nesse contexto, conhecer o fenômeno do Holocausto (todo) envolve o conhecimento das múltiplas partes, em seus diferentes aspectos, lados e perfis. Não vai existir uma única narrativa sobre esse fenômeno, mas múltiplas narrativas, de acordo com as presenças e as ausências que estão em questão diante do interlocutor e das identidades que possam ser vistas e exploradas por ele.

Assim, é possível abordar o fenômeno do Holocausto pelo perfil do genocídio da população judaica ou pelo perfil da destruição e da penúria das cidades alemãs ou pelo perfil da destruição de obras artísticas contrárias ao governo, dentre vários outros.

Desta forma a identidade do fenômeno Holocausto pode ser encarada diante de uma multiplicidade de camadas. Ocorre que existe um problema central acerca desse acontecimento, que é chamado por Ricoeur de mobilização da memória. Por meio de uma constante modificação da memória social do Holocausto podemos observar o impacto dessa mobilização por meio de alguns sintomas da memória manipulada, quais sejam "excesso de memória, em tal região do mundo, portanto abuso de memória – insuficiência de memória, em outra, portanto, abuso de esquecimento" (RICOEUR, 2014, p. 94). Essa manipulação da memória se aplica não apenas aos locais físicos, mas também aos perfis daquilo que era noticiado e rememorado em diferentes épocas.

2. AS TESES REVISIONISTAS: ENTRE ABUSO DE MEMÓRIA E IMAGINAÇÃO

Nesse momento, retornemos a questão do dever de memória do Holocausto. Como foi dito anteriormente, desde a década de 70, não só a mídia como as organizações internacionais, governamentais e não governamentais passaram a realizar um esforço muito grande para narrar o Holocausto pelo perfil do genocídio ocorrido.

Por exemplo, ao entrar no memorial de Auschwitz, na Polônia, se encontra logo na entrada uma placa com os dizeres em polonês e sua tradução em inglês de George Santayana: *"the one who does not remember history is bound to live throught it again"* (em tradução livre, aqueles que não se lembram da sua história estão fadados a repeti-la). A narrativa do que não se pode esquecer é justamente sobre o genocídio: há uma urna com as cinzas dos restos mortais de muitas das vítimas mortas por fuzilamento e pelas câmaras de gás; maletas, óculos, sapatos, artigos pessoais das vítimas que chegavam aos campos de concentração; fotos das vítimas; pode-se visitar onde elas dormiam, faziam as refeições e entrar, inclusive, em uma câmara de gás que não chegou a ser bombardeada, onde se vê arranhões pelas parede; pode-se ver também um memorial construído em memória às vítimas.

A busca da lembrança do genocídio ocorrido no Holocausto demostra a luta contra a o esquecimento dos seus impactos. A busca do passado visa a não esquecer, à luz da memória feliz (aquela que se lembra) a sombra de uma memória infeliz (aquela que não se lembra). Buscamos recordar aquilo que tememos ter esquecido, provisoriamente ou para sempre. E não queremos esquecer o que aconteceu no passado, para evitar que o mesmo se repita. O esforço da recordação é designado justamente como um esforço contra o esquecimento.

Ocorre que, como dito anteriormente, existem diversas formas de encarar um mesmo fenômeno: existe um jogo de presenças e ausências, de multiplicidade de camadas de identidade, lados, aspectos, perfis, etc. Assim, o fenômeno do Holocausto pode ser narrado de diferentes perspectivas.

Nesse contexto, surge a problemática das teses revisionistas. Tais correntes possuem o escopo de reanalisar os fatos deste fenômeno histórico, numa tentativa de modificar a sua realidade, a sua crueldade ou o seu impacto sobre as vítimas (BAUMAN, 1998, pp. 12-13).

As teses revisionistas podem ser classificadas de diferentes formas, de acordo com os seus objetivos. Assim, de acordo com Brugger (2002, p. 32) as correntes revisionistas *lato sensu* podem ser classificas em simples ou qualificadas.

A corrente revisionista simples pode ser dividida em duas espécies. Uma sustenta que as mortes dos judeus não ocorreram na magnitude relatada, afirmando, por exemplo, que o número de mortos não era tão grande como o divulgado ou que os meios de extermínio não foram exatamente aqueles. A outra, denominada corrente negacionista propriamente dita, sustenta que não existiu genocídio durante o Terceiro Reich, negando-se, portanto, inteiramente a ocorrência do Holocausto.

Já a corrente qualificada vem acompanhada de conclusões normativas adicionais ou clamor por ações (BRUGGER, 2002, p. 32). Como conclusão normativa adicional, esta corrente apregoa a ideia de que os judeus maliciosamente falsificaram a história com a finalidade de se enriquecerem às custas da extorsão da Alemanha. Como clamor por ações, a corrente qualificada objetiva-se a fazer com que as pessoas se manifestem no sentido de condenar os judeus pelo uso da extorsão política ou, ainda, dar suporte as ideias e pensamentos neonazistas.

O negacionismo originou-se após o término da 2ª Guerra Mundial, tendo sido favorecido pela própria política nazista, que tratava o Holocausto como um segredo do Estado na Alemanha do Terceiro Reich. A ordem de Adolf Hitler para o extermínio dos judeus era feita de forma codificada e envolvia apenas os líderes nazistas, de forma a não propagar o genocídio. Ademais, os nazistas tentavam não escrever sobre o tema, de forma que não há muitos relatos documentados por eles (COMBATE À NEGAÇÃO DO HOLOCAUSTO: ORIGENS...). Aliado a isto, nota-se que os nazistas tentaram destruir os vestígios do Holocausto, como, por exemplo, explodindo a maioria das câmaras de gás existentes em Auschwitz.

No entanto, durante os julgamentos dos crimes praticados durante a Segunda Guerra Mundial pelo Tribunal de Nuremberg, conseguiu-se apresentar um grande lastro probatório que comprovou a existência do Holocausto. Apesar da tentativa de destruição de parte das provas deste fenômeno pelos nazistas, conseguiu-se juntar alguns registros feitos pelo governo alemão, bem como filmes, fotografias e testemunhos dos criminosos e das vítimas, que tornaram inegável a existência do genocídio judaico pela Alemanha Nazista durante a 2ª Guerra Mundial.

Cabe observar que a utilização de testemunhos constitui a estrutura fundamental entre a memória e a história. Os falsos testemunhos somente podem ser desmascarados por uma instancia critica cujo único recurso é se opor a eles os testemunhos reputados como mais confiáveis.

Nada melhor do que a memória para ressignificar algo que aconteceu. As narrativas sobre acontecimentos pretéritos estão no tempo passado, recontam, lembram, recordam o acontecido, voltam à memória (TAYLOR, 2013, p. 139). Passemos agora a analisar algumas questões referentes à memória, em Paul Ricoeur.

A tradição filosófica tradicional, pautada no empirismo da língua inglesa e no cartesianismo, reduz a memória à rememoração e a compreende como uma província da imaginação, de forma que memória e imaginação seriam ideias associadas e aficionadas por contiguidade. Ricoeur encara essa tradição filosófica como uma desvalorização da memória e propõe uma dissociação entre a memória e a imaginação (2003, p. 25-26).

De acordo com Robert Sokoloswki (2014, p. 75 e ss), a memória ocorre quando o objeto é recordado, consiste em um reviver, com uma ausência radical que não se pode superar, possuindo dimensões de si mesma que formam uma identidade entre aquilo que se está recordando e aquilo que é recordado. Fenomenologicamente, por meio da compreensão da ausência e da presença, podemos reconhecer a presença que há no passado ausente, por meio da memória. A imaginação, por sua vez, opera em suspensão de crença, deslocando-se a si mesmo em um mundo imaginário.

Nesse mesmo contexto, para Ricoeur, a imaginação é voltada para o fantástico, a ficção, o irreal, o utópico, quanto que a memória é voltada para a realidade anterior, constituída pela "coisa lembrada" (RICOEUR, 2003, p. 25-26). Ainda, distingue a memória da rememoração, sendo esta uma das suas variáveis, assim como a memorização. Esta distinção será interessante para a análise posterior sobre as teses revisionistas ilegítimas.

A memória possui alguns atributos: (i) ela tem a ambição de ser fiel ao passado, sendo o único recurso para significar o caráter passado daquilo que declaramos lembrar; (ii) a memória é fragmentada, tem um caráter objetal, na medida em que nos lembramos de alguma coisa, de uma parte do todo

Na memória, existe um gradiente de distanciamento, isto é, uma operação descritiva de classificação das experiencias de acordo com a sua

profundidade temporal. Em outras palavras, a memória pode agregada a um passado em sua preteridade (lembrança) ou a um passado que adere de alguma forma ao presente (hábito). De acordo com Bergson (apud Ricoeur, 2003, p. 44), a memória-hábito é aquela em que a coisa faz parte do meu presente, sendo vivida e agida, à exemplo da memória que usamos quando recitamos uma lição decorada; já a memória-lembrança é a rememoração de um acontecimento, trazendo uma data, uma delimitação no tempo.

Nesse contexto, tem-se a distinção entre memória e lembrança: a memória é visada e a lembrança é a coisa visada (Ricoeur, 2003, p. 41). As lembranças são múltiplas e tem graus variáveis, sendo um acontecimento singular, físico, que não se repete, sendo aquilo que ocorreu em algum lugar e passou.

De outro lado, o ato de fazer memória pode ser encontrar como uma prática de rememoração como também de memorização. Rememorar consistiria no retorno a consciência despertada de um acontecimento reconhecido como tendo ocorrido antes do momento em que se declara tê-lo sentido, percebido, sabido; enquanto que memorizar refere-se as maneiras de aprender que se encerram saberes, habilidades, poder-fazer, ligados a um sentimento de facilidade, de espontaneidade, compreendida como uma forma de memória-hábito (RICOEUR, 2003, p. 73). Nessa seara, a recordação é compreendida como a marca temporal do antes, sob a forma de evocação simples e do reconhecimento.

Os defensores das correntes revisionistas se valem da rememoração do fenômeno histórico do Holocausto e o falseiam, realizando um uso abusivo da memória. Ricoeur (2012, p. 72) traça uma tipologia dos abusos da memória repartida em três planos: (i) patológico-terapêutico, referente a memória impedida; (ii) prático, referente a memória manipulada; (iii) ético-político, referente a memória abusivamente convocada. Nesse momento, possui grande relevância a análise do abuso da memória em seu plano prático pelas teses revisionistas.

No nível prático, existe uma manipulação da memória e do esquecimento, que é instrumentalizada para satisfazer os objetivos do detentor do discurso, que mobilizam a memória a serviço da busca e da reinvindicação da identidade (RICOEUR, 2007, p. 96). Nas teses revisionistas ilegítimas, existe uma manipulação da memória à serviço da intervenção da ideologia pregada por seus defensores, sendo extremamente perigosa, na medida em que o processo

ideológico permanece dissimulado e existe uma distorção da realidade, uma legitimação de um sistema de poder e a integração da tese do mundo comum por meio de sistemas simbólicos inerentes à ação. Dessa forma, a memória criada de forma manipulada é incorporada à constituição da identidade através da narrativa trazida.

Os discursos revisionistas, muitas vezes, têm por escopo discriminar, hostilizar, subestimar os judeus, de duas formas essenciais: a primeira, afirmando que o evento do Holocausto é um fato essencialmente da história judaica, não tendo a conotação de registro social e universalmente relevante, não constituindo um evento único na história, havendo outros genocídios ou crimes de igual ou maior dimensão; e a segunda, entendendo o Holocausto como um caso extremo de ampla e conhecida categoria de fenômenos sociais, abominável e repulsiva, mas que pode ser convivida, entrando para a normalidade (BAUMAN, 2002, pp. 19-20).

Assim, nota-se que a intensão primordial das correntes revisionistas consiste em discriminar os judeus e os grupos minoritários e dar margem para o crescimento do sistema neonazista no mundo, ignorando qualquer argumentação racional ou dados históricos como se não tivessem qualquer valor. Podemos citar alguns casos de teorias revisionistas para ilustrar melhor essa questão.

Na Alemanha, houve o julgamento do caso Günther Deckert julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão. Trata-se de caso em que o Sr. Günther Deckert, líder do Partido Nacional Democrata organizou uma palestra com o Sr. Freud Leuchter, especialista americano na construção de câmaras de gás para as cadeias norte-americanas, que proferiu discurso em que afirmava que, durante a 2ª Guerra Mundial, a Alemanha não dispunha de tecnologia suficiente para criar câmaras de gás, concluindo, por consequência, que nenhum judeu foi morto por este meio. O Tribunal Constitucional Alemão condenou o Sr. Günther Deckert por entender que a organização da palestra tinha como objetivo a incitação do ódio (MEYER-PFLUG, 2009, p. 181).

Na Espanha, o Tribunal Constitucional espanhol julgou dois conhecidos casos que versam sobre teses revisionistas: o Caso Violeta Friedman (STC 214/1991) e o Caso Hitler SS (STC 176/1995).

No STC 214/1991, a Sra. Violeta Friedman, sobrevivente de Auschwitz, ajuizou ação de indenização em face do Sr. León José Degrelle Ramírez Reinaque, ex-chefe da Waffen S.S., por se sentir violada em sua honra e dignidade

pelas declarações realizadas pelo réu à *Revista Tiempo*. Essas declarações questionavam a existência de câmaras de gás durante a 2ª Guerra Mundial e alegando que os judeus estavam criando uma política de perseguição à Hitler.

Em primeira instância, o réu foi absolvido pelo tribunal alemão sob o fundamento de falta de legitimidade ativa, pois as declarações não foram direcionadas concretamente à vítima. Em apelação, a *Sala Primeira de lo Civil de la Audiência Territorial de Madrid*, confirmou a sentença, entendendo que as declarações realizadas pelo réu não referiam a expressões ou fatos pessoais que difamassem a autora, mas sim abrangiam o grupo como todo.

Contra esta decisão, a Sra. Violeta Friedman ingressou com o Recurso de Amparo 101/1990 no Tribunal Constitucional espanhol, que admitiu a legitimidade da autora, acolhendo a alegação que ela seria uma "*vítima indireta*", pois era sobrevivente do Holocausto e o questionamento sobre a existência das câmaras de gás já configurava por si só violação a sua honra, possuindo, portanto, interesse legítimo.

Nesse ponto, cabe ressaltar que identificar quem é o sujeito das operações de memória é uma questão controvertida nas discussões contemporâneas, especialmente quando se trata da distinção entre a memória pessoal e a memória coletiva. Ricoeur se propõe a criar pontes entre as tradições reflexiva e objetiva, distinguindo os campos da memória individual e coletiva (RICOEUR, 2012, p. 105 e ss).

Após realizar reflexões, perpassando por filósofos referencias no tema, tais como Agostino de Hipona, John Locke, Husserl e Maurice Halbawachs, Ricoeur sustenta a possibilidade de diálogo entre os campos da memória individual e coletiva e sustenta que a escrita da História pode ser realizada tendo por base um tríplice imputação da memória: "eu" (memória individual), "próximos" e "outros" (memória coletiva) (RICOEUR, 2012, p. 134 e ss).

Essa memória coletiva pode ser construída por aqueles que foram vítimas diretas do acontecimento, vítimas indiretas e por toda coletividade, na medida em que a memória coletiva também pode ser construída sem pertencer ao grupo que vivenciou aquele acontecimento.

No caso do Holocausto, existe um sentimento de pertencimento, de identificação também fora da comunidade judaica e dos grupos vulneráveis que esse genocídio se destinou. Mesmo quem não viveu a história ou não compartilha da mesma cultura, se sente parte da História pelo fato de se nela se reconhecer,

por ser também ser humano. De acordo com Gehlen, (2010), há no Holocausto uma ultrapassagem da memória coletiva de um grupo vindo a se instaurar como que uma memória do humano.

Apesar do caso em tela acolher o pedido de indenização da Sra. Violeta Friedman, por ela ser uma vítima indireta do Holocausto, tal entendimento poderia ser estendido também a qualquer ser humano, independentemente de ser vítima indireta ou não, em virtude de compartilhar daquela memória coletiva, de ser afetado por ela.

Outro caso também julgado Tribunal Constitucional espanhol, foi o STC 176/1995[19], conhecido como caso Hitler SS, julgado de dezembro de 1995. Nesse caso, o Tribunal Constitucional espanhol confirmou a sentença proferida pela Corte de Barcelona, na qual condenou o autor da obra "Hitler – SS", publicada pelo Editorial Makoki S.A, pelo crime de injúria contra o povo judeu e sequestro do álbum publicado.

O Tribunal Constitucional espanhol asseverou que a publicação era desprovida de relevante conteúdo histórico, sociológico, científico, político ou pedagógico, ofendendo gravemente a honra e a dignidade do povo judeu, tendo como intuito, através da sátira, tão somente a sua ridicularização. Sustentou tratar-se de hipótese de colisão de direitos fundamentais, em que, o caráter desnecessário das injúrias perpetradas, sem qualquer valor informativo ou de formação de opinião, não poderia ser protegido pela liberdade de expressão, devendo prevalecer, na hipótese, o direito à honra.

No âmbito do sistema europeu de direitos humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou o caso Vogt vs. Alemanha[20], reconheceu a possibilidade de o Estado Alemão exigir de seus funcionários lealdade à ordem constitucional democrática, principalmente por ter como objetivo primordial a preservação do sistema democrático para que não houvesse espaço para o ressurgimento de ideias nazistas no país.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 82.424-2/RS, de relatoria do Ministro Moreira Alves, que tratava da confirmação do indeferimento de *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça impetrado pelo

[19] Disponível em: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/jurisprudencia/caso%20hitler%20s.s..pdf

[20] Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58012

paciente Siegfried Ellwanger em razão da prática de comercialização de livros racistas, anti-semitas, com apologia a ideias discriminatórias e de incitação de ódio ao povo judeu.

No julgamento em menção ficou consolidado que o racismo não existe em um sentido biológico, mas histórico-cultural, sendo o desenvolvimento da diferenciação feita pelos homens de determinadas características, de forma a discriminá-las. Desta forma, a lei do racismo ganhou contornos, de forma a se aplicar não apenas aos negros, mas também a todos aqueles segmentos sociais que são vistos como integrantes de divisões político-sociais segregadoras, como é o caso dos judeus. A lei do racismo passa a destinar a sua proteção a todas as minorias que são entendidas socialmente constituídas em termos raciais.

Nesse caso, pela primeira vez, o STF se posicionou acerca do tema do discurso de ódio e das teses revisionistas, firmando um posicionamento de restrição à liberdade de expressão veiculadora do ódio. Ficou consignado a prevalência de outros princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, sobre a liberdade de expressão que veicule o discurso do ódio.

Nos casos supramencionados, podemos observar que estamos diante das chamadas teses revisionistas ilegítimas, na medida em que elas não tinham por escopo revisitar o fato histórico, olhando-o por outro prisma (por outro lado, aspecto ou perfil), mas sim externalizar ódio, preconceito, discriminação e opressão contra um grupo vulnerável.

Em tais casos, podemos afirmar que estamos diante de correntes revisionistas ilegítimas, na medida em elas propagam o ódio e não possuem objetivo legítimo, querem "*defender e reabilitar o nacional socialismo, o III Reich e seus líderes; provar a ausência de culpa da Alemanha pela deflagração da II Guerra Mundial e negar a existência dos campos de extermínio e do Holocausto nazista*" (MORAES, 2013), de forma a possibilitar a emergência de grupos neonazistas na sociedade, que não conseguem alcançar um campo de crescimento favorável devido às legislações repressoras dos mesmos e à carga negativa valorativa do Holocausto.

Tais teses se valem de supostas pesquisas históricas para tentar desconsiderar ou, pelo menos, diminuir o âmbito do genocídio ocorrido com o Holocausto. Tais teses são abusivas, pois manipulam a memória.

De outro lado, de uma forma mais extrema, poderia se afirmar que nas teses revisionistas não nem o exercício do ato de fazer memória, pois não há retorno de consciência de um acontecimento pretérito, nem há traços de

recordação, porque não se está fazendo uma evocação simples ou buscando lembrar um fato pretérito, mas, pelo contrário, se está criando uma tese irreal. Nesse sentido, as teses revisionistas se valeriam não da memória, mas da imaginação.

Nas teses revisionistas ilegítimas, há um exercício de imaginação por parte de seus defensores, com a construção de uma narrativa ficta, fantasmagórica (como a inexistência de tecnologia para a criação de câmaras de gás ou plano subversivo dos judeus para extorquir à Alemanha), pelo qual eles pretendem revesti-lo de inexistente veracidade.

No entanto, há casos em que as correntes revisionistas não são ilegítimas, ou seja, não são marginalizadas, não possuem como finalidade precípua a discriminação, nem ignoram a racionalidade ou o valor dos dados históricos, mas têm como escopo a realização de um debate aberto sobre o acontecimento histórico, uma procura da verdade[21].

Sobre o tema, Arnold Ages (2000) salienta que a verdadeira e legítima corrente revisionista não nega a existência do Holocausto, mas apenas objetiva-se a visualizar a dimensão e as origens do fenômeno.

Assim, seu objetivo consiste na reanálise e discussão comprometida dos acontecimentos. Alega-se que a sua proibição acarretaria em sérios danos a liberdade de expressão e, mais ainda, à liberdade acadêmica.

Em verdade, deve-se entender que a vedação à negação do Holocausto, no mesmo diapasão que a vedação a qualquer menção a fato histórico, não deve impedir que estudos historiográficos possam ser realizados sobre este acontecimento.

Isso é facilmente perceptível a partir da análise penal do dolo. Como tais incriminações necessitam do dolo específico de negar o fato histórico, ou ainda promover tal tipo de opressão, fica claro que o estudo acadêmico sobre o tema não teria como elemento subjetivo tal pretensão.

Desta forma, deve-se entender que o estudo desse tipo de fenômeno histórico não deve ser restringido pela proibição das teses revisionistas, uma vez

[21] Ricoeur analisando a questão das lembranças traumatizantes, afirma que o dever de memória deve ser orientado pela busca do bem e não da verdade e que o simples culto da memoria pela memória oblitera a questão do fim, da moral (RICOEUR, 2007, p. 99)

que o trabalho que tenha objetivos exclusivamente acadêmicos não só carecerá de dolo ou de elemento subjetivo do tipo na configuração delituosa, como também servirá para a reafirmação da necessidade de que tais condutas não mais sejam repetidas.

Nesse contexto, é importante ressaltar o problema da história oficial apontado por Ricoeur (2013, p. 451). Antes mesmo de abordarmos os casos de abuso da memória do Holocausto, ressaltamos o caráter seletivo da narrativa, que foi utilizada mediante diferentes perfis em épocas históricas diferentes. Em determinado momento, a narrativa sobre o Holocausto passou a ser focada no perfil do genocídio causado à população judaica. Mas mesmo nesse caso, há diversos lados que podem ser vistos. A imposição de uma versão oficial da historia, de apenas uma única versão, é ardilosa e perigosa.

No contexto de determinação de uma história oficial, Ricoeur adverte que "o recurso à narrativa torna-se assim a armadilha, quando potencias superiores passam a direcionar a composição da intriga e impõem uma narrativa canônica por meio de intimação ou de sedução, de medo ou de lisonja", pois nesse momento, entra em ação" uma forma adilosa de esquecimento, resultante do desapossamento dos atores sociais e seu poder originários de narrarem a si mesmos" (RICOEUR, 2012, p. 455).

Assim, quando o objetivo primordial das teses revisionistas consistir em realizar um debate acerca dos fatos históricos, proibir a liberdade de expressão e, mais ainda, a liberdade acadêmica acarretaria no esquecimento de determinados lados do fenômeno histórico diante do engessamento de sua narrativa.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar as narrativas sobre o Holocausto e as teses revisionistas desse fato histórico à luz das reflexões de Paul Ricoeur sobre a memória, história e esquecimento.

Inicialmente, foi observada a manipulação dos perfis das narrativas do fato histórico ao longo do tempo. A partir da década de 70, houve um impulso maior na divulgação da narrativa do genocídio cometido e uma consequente proibição e criminalização das teses revisionistas, em virtude do dever de memória. Nesse momento, à luz de Ricoeur, observou-se que o dever de

memória desse fato histórico se pauta na satisfação do dever de fazer justiça às vítimas do acontecimento.

Nesse contexto, foram feitas observações fenomenológicas sobre as narrativas existentes sobre o fato histórico, tendo em vista que a sua identidade se perfaz em várias camadas, levando em conta o misto das partes e do todo, das identidades presentes na multiplicidade das camadas e das misturas de ausências e presenças existentes.

Em um segundo momento, foi realizada uma análise sobre as correntes revisionistas, compreendidas como teses que querem reanalisar os fatos deste fenômeno histórico, numa tentativa de modificar a sua realidade, a sua crueldade ou o seu impacto sobre as vítimas. Traça-se uma distinção entre as teses revisionistas ilegítimas, consideradas como aquelas que tem por escopo de propagar o ódio, e as legítimas, que tem por objetivo a realização de um estudo sério sobre o acontecimento histórico.

As discussões sobre a memória são trazidas à baila, perpassando pela menção da tradição filosófica tradicional que associava a memória à imaginação e trazendo as distinções feitas por Sokoloswki e Ricoeur sobre esses institutos.

Ao se analisar que as teses revisionistas ilegítimas têm por objetivo negar ou, pelo menos, diminuir o âmbito de extensão do genocídio ocorrido e, passando pela análise de casos concretos, pode-se observar que tais teses realizam o abuso da memória, em seu sentido prático, de memória manipulada e, de forma mais extrema, sustentou-se que tais teorias se incidiam no âmbito da imaginação.

Por outro lado, com base nas críticas de Ricoeur sobre a fixação de uma história oficial, entendemos que as teorias revisionistas legítimas devem ser tuteladas pelos ordenamentos jurídicos, sob pena de se incorrer em novo abuso de memória sobre o fato histórico do Holocausto e em uma forma ardilosa de esquecimento.

REFERÊNCIAS

AGES, ARNOLD. *"Denying History: who says the holocaust never happened and why do they say it?"*. 2000. Disponível em: http://www.thefreelibrary.com/Denying+History%3A+Who+Says+The+Holocaust+Never+H appened+and+Why+Do...-a067831179.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo.* 4º. Ed. Tradução: Roberto Raposo – São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BAUMAN, ZYGMUNT. *Modernidade e Holocausto.* Jorge Zahar Editor Ltda, 1998.

BAZYLER, MICHEL J. *Holocaust Denial Laws and Other Legislation Criminalizing Promotion of Nazism.* International Institute for Holocaust Studies. Yad Vashem, 2006.

BRUGGER, WINFRIED. The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I). V.4, n. 1, dez/2002.

. The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part II). V.4, n. 1, jan/2003

COMBATE à negação do Holocausto: origens do "negacionismo". Holocaust Memorial Museum. Disponível em: http://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10007273 Acesso em 20 dez 2019.

COMBATE à negação do Holocausto: as provas do Holocausto apresentadas em Nuremberg. Holocaust Memorial Museum. Disponível em: http://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10007271. Acesso em 20 dez 2019.

FINKELSTEIN, N. G. *A indústria do holocausto: reflexões sobre a exploração do sofrimento dos judeus.* Rio de Janeiro: Record, 2006.

GEHLEN, R. S. *A guerra de Clara: um diálogo possível entre literatura, história e memória.* Literatura em debate (URI), v. 4, p. 63-72, 2010.

HEYMANN, Luciana Quillet. *O "devoir de mémoire" na França contemporânea: entre memória, história, legislação e direitos.* Rio de Janeiro: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, 2006. Disponível em: http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/1685.pdf acesso em 16/07/2013

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio.* São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

MORAES, LUÍS EDMUNDO DE SOUSA. *O Negacionismo e as Disputas de Memória: Reflexões sobre intelectuais de extrema-direita e a negação do holocausto.* Anais do XIII Encontro de História Anpuh-Rio, 2008.

NASCIMENTO, Fernando; SALLES Walter (orgs.). *Paul Ricoeur. Ética, Identidade e Reconhecimento.* Editora Loyola, 2013.

POLLACK, Michael. *Memória, Esquecimento, Silêncio.* In: Estudos Históricos, 2 (3). Rio de Janeiro, 1989.

RICOEUR, Paul. *A Memória, a História, o Esquecimento.* Traduação: Alain François [et al.] – Campinas, SP: Editora Unicamp, 2007.

RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva; COSTA, Rodrigo de Souza. *As teses revisionistas e os limites à restrição da liberdade de expressão.* In: Silva; Vita; Cardin. (Org.). DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.. 1ed.Florianópolis: CONPEDI 2015, 2015A, v. 1, p. 192-217.

_____.; _____. *Discurso de ódio no brasil: uma análise do hc 84.424/rs e seus reflexos.* In: Villas Boas; Salgado; Santos. (Org.). DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I. 1ed.Florianópolis: CONPEDI, 2015B, v. 1, p. 196-218.

_____.; _____. *Discurso de Ódio no Direito Comparado.* In: Raisa Duarte da Silva Ribeiro; Rodrigo de Souza Costa; Adriana Vidal de Oliveira. (Org.). Temas Contemporâneos de Direitos Humanos. 1ed.São Paulo: Editora LiberArs, 2017, v. 1, p. 1-222.

RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. *Liberdade de expressão e discurso de ódio.* Rio de Janeiro: editora Multifoco, 2018.

ROSSIGNOLI, Letícia. *Vítimas judias e o Holocausto: um trabalho da memória.* Anais do 9º Encontro Nacional de História da Mídia, UFOP, 2013.

SOKOLOWSKI, Robert. *Introdução à Fenomenologia.* Tradução De Alfredo Moraes. Editora Loyola, 2014.

TAYLOR, George. *"Identidade Prospectiva".* In: NASCIMENTO, Fernando; SALLES Walter (orgs.). Paul Ricoeur. Ética, Identidade e Reconhecimento. Editora Loyola, 2013, p 127-147.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E DE REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CRIMINALIDADE QUE ASSOLAM O ESTADO BRASILEIRO

Raphael Malaquias de Sá de Souza
Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro - Brasil
Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela UERJ. E-mail:
raphaelmalaquias360@gmail.com

Darlan Alves Moulin
Mestre em Direitos Sociais, Difusos e Coletivos. Professor Universitário da UNESA/RJ. Pesquisador bolsista do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA/RJ.
E-mail: darlan.moulin@estacio.br

Resumo: Este artigo busca analisar como a violência e a criminalidade cresceu gradativamente na sociedade brasileira nos últimos anos, deixando claro que seu acúmulo têm contribuído para a insegurança por parte da sociedade, bem como para ineficácia dos sistemas de ressocialização nos complexos penitenciários e para a corrosão dos direitos humanos, criando privações básicas na vida de cidadãos, uma vez que a insegurança, faz com que a maioria abdique de suas atividades diárias, em respectivos horários ou locais. Há de se constar que a superlotação carcerária e a precariedade dos complexos penitenciários, fazem com que os mesmos se tornem agressivos, pela forma que são tratados, sendo muitas vezes de punição e não de ressocialização, com atitudes de próprios servidores públicos que desafiam o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Outro fator importante, é a pobreza e as desigualdades sociais que estão ligadas diretamente ao quadro da segurança pública, uma vez que com ausência desses direitos sociais elencados na carta magna, essas classes são privadas de exercer a cidadania da forma em que deveria, sendo excluída socialmente, sendo uma parcela não vista da sociedade. Nos mostrando que nem todos têm as mesmas oportunidades e chances de conseguir determinados objetivos, como uma bolsa de estudos, pois existe uma diferença enorme no ensino fornecido por uma instituição privada da educação precária fornecida pelo Estado. A pesquisa buscou entender como uma má gestão estatal pode gerar prejuízos severos à sociedade brasileira, impossibilitando a efetividade de diversos direitos sociais, gerando maiores índices de pobreza absoluta no País, corrompendo diversos cidadãos, fazendo com que tenham que recorrer a atividades ilícitas para sobreviverem. Concluindo, percebemos que com maiores deliberações, a população estará ciente das ações do poder público e poderão também opinar mesmo sendo adotado um modelo de democracia indireta.

Palavras Chaves: criminalidade; políticas públicas; direitos sociais; deliberações; poder público;

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar como a criminalidade aumentou no Estado Brasileiro, ocasionando números alarmantes de crimes comuns e dolosos contra a vida. Ocorre que para adentrar no estudo da matéria foi necessário identificar onde iniciou tal conduta. Segundo a história do Brasil, percebemos que a criminalidade nos persegue desde os tempos de colônia em que os índios e após os negros foram forçados a trabalhar como escravos por meio de violência para os donos de grandes terras.

Após esse lapso temporal, vários outros fatores na história impressionam, como por exemplo, o Racismo, a Homofobia que até então no atual século XXI, foi o bastante para certa classe social agredir e até matar indivíduos pela cor de sua pele ou por sua opção sexual. Em meio a todas essas demonstrações de violência, podemos perceber também que o número de criminalidade no Estado, sendo furtos, roubos, ou mesmo homicídios cresceu bastante nos últimos anos.

Tenta mostrar como a sociedade se sente insegura no seu próprio habitat, não podendo realizar suas atividades, tendo que abdicar de certos horários ou locais por meio da grande onda de criminalidade que assola o Estado Brasileiro. A sociedade brasileira, infelizmente, é dividida em classes sociais que permitem com que muitas pessoas não tenham condições mínimas de sobrevivência, fazendo com que ocorra o que chamamos de "Exclusão Social", não tendo esses indivíduos as mesmas oportunidades que outros.

O Estado deveria atuar promovendo Políticas Públicas suficientes para tirar essa classe que por uma falha em fornecer uma educação, saúde adequada, entre outros… se corromperam. Infelizmente acabam recorrendo ao mais fácil, ou melhor, ao mais cabível que seria cometer atos ilícitos e se envolver com o tráfico de drogas nas comunidades brasileiras, que em "tese" prometem e visam melhorar a condição de vida de seus moradores, fazendo com que eles acreditem que a lei pertencente ao local é o próprio tráfico.

Ressalta a dificuldade de pessoas tão pobres viverem em um país tão rico, e como a classe consumerista acaba complicando ainda mais esse quadro, tendo em vista exigir cada vez mais de cada cidadão para que possa conviver em

sociedade, fazer parte do mesmo quadro social ou mesmo fazer jus à benefícios entre outras funcionalidades.

Portanto, a pesquisa visa demonstrar como a criminalidade surgiu e atormenta até hoje a sociedade brasileira e como por meio da deliberação que pode ser formulada pelo Estado a ponto de fornecer ao povo voz mais ativa nas decisões políticas, pode mudar esse quadro alarmante. Foram analisadas todas as questões mencionadas acima, com método de pesquisa bibliográfico, a fim de passar uma análise crítica sobre o referido tema.

1. BREVE SÍNTESE DA CRIMINALIDADE BRASILEIRA E SUA PERSPECTIVA

A violência sempre existiu entre metrópole e a colônia, na relação de exploração, sendo primeiramente os índios torturados e futuramente os negros que vieram a se tornar escravos. Nesse sentido, observa-se que:

> Para explicar as diversas formas de violência é problemático qualquer centralidade explicativa, seja ela, por exemplo, política, econômica, cultural. Ao evocar traços políticos ou culturais, tais como processo colonial, escravidão, tradição patriarcal, ou mesmo machismo, racismo etc..., temos que levar em consideração que não há novidade nestas considerações, porém elas trazem o desafio de retirarmos delas as devidas consequências. (RIFIOTIS, 2006, p. 02).

Ademais, há muito tempo já existia a violência por inúmeros fatores, sendo eles à discriminação, pela cor, pelo dote, dentre outros. A abolição da escravidão foi em 1888, com a sociedade brasileira gerando expectativas sobre o que estaria por vir. Há de se ressaltar que nessa época não se falava em Direitos Sociais.

Pulando um grande espaço na história do País, depois mesmo da Ditadura Militar, podemos perceber que parte da situação mudou. Sim! Hoje temos um viés mais democrático, mulheres têm direito ao voto, assim como todos os cidadãos. Ocorre, que mesmo com o fim da escravidão, ainda não seria correto dizer que não existem casos no País, bem como que a desigualdade social, provocada por cor, raça, status social, ainda está longe de terminar.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deu azo a uma grande alteração política e também econômica. Apesar das dificuldades

enfrentadas, houve uma grande participação social pela luta aos Direitos Humanos, que nos apresenta um novo modelo de segurança. Nesse diapasão, a segurança pública, é exposta na Constituição da República Federativa do Brasil, como um direito social, "[...] à segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (BRASIL, 1988).

Ocorre, que o aumento dos índices de criminalidade, faz crescer a sensação de insegurança, sentida pela população de diversos cantos do País. Mormente, que a falta de segurança cria privações básicas no convívio de diversos cidadãos, fazendo com que sejam privados de exercer o direito de uma cidadania civil e de proteção à vida. Registre-se que "[...] a perspectiva da pobreza como privação de capacidades não envolve nenhuma negação da ideia sensata de que a baixa renda é claramente uma das causas principais da pobreza, pois a falta de renda pode ser uma razão primordial de privação de capacidades de uma pessoa." (SEN, 2010, p. 120).

A dificuldade em fornecer a segurança pública no País, é caracterizada pela incompetência da gestão de órgãos públicos, que envolvem desde o sistema jurídico até o sistema policial. Por sua atuação ser de forma alternada, sendo medida por competências territoriais, são desafiados grandemente pela carga delituosa no País.

Há de se concluir que após a luta pela aceitação de tantos direitos, buscamos agora a efetividade de tais direitos, não somente na segurança pública, mas sim para ter uma educação e saúde de qualidade, que são necessários à uma vida digna.

2. O AUMENTO DA CRIMINALIDADE NO TERRITÓRIO BRASILEIRO E SUA RECEPÇÃO PELA SOCIEDADE

Há tempos, podemos acompanhar em mídias, sendo elas os canais de televisão, Rede Globo, Rede Record entre outros, bem como nas redes sociais como Facebook, Instagram e Twitter, um aumento de pessoas curtindo, dando likes ou mesmo twittando sobre como o aumento da criminalidade assola o estado do Rio de Janeiro.

Com isso, a maioria da população brasileira deseja mais rigor no Código Penal, acreditando que somente a legislação fosse suficiente para tranquilizar o grande crescimento da criminalidade. Aliás, se formos fazer uma análise acerca

do que foi realizado para conter a violência, até 2020, houve no Brasil muitas reformas, fazendo com que a legislação ficasse muito mais rígida. Ocorre, que mesmo assim, os índices de criminalidade continuam subindo.

> [...] a reforma propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias do direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir. (FOUCAULT, 2011. p. 79).

Podemos perceber, que o problema não seria rigidez na legislação e sim, uma forma melhor de punir a ponto de ressocializar o indivíduo para que ele não cometa o ilícito novamente. Porém ocorre totalmente o inverso e o indivíduo acaba saindo pior do que entrou no regime penitenciário.

Também é visível a ineficácia dos valores de família no Brasil, da escola, entre outros. É fato de que o controle por parte da família, ou as pessoas que norteiam esse indivíduo, contribui para que seja absorvido maiores valores dentro de um país, fazendo com que fosse muito mais aceito um método de prevenção da criminalidade do que a ameaça do Judiciário, em punir o indivíduo.

Há de se entender que os direitos sociais perderam sua eficácia no País, sendo o maior exemplo, a falta de comprometimento e de estrutura dadas às escolas públicas e a qualidade do ensino transmitida pelo Estado, uma vez que:

> A relação entre direitos sociais e Estado Social de Direito é inegável. Educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, cultura: O rol dos direitos sociais, elencados na Constituição, permite perceber sua importância para a consolidação de uma democracia social efetiva. (MENDES; BRANCO, 2020, p. 781).

Toda essa consequência é lamentável, uma vez que o enfraquecimento dos direitos sociais no País, nos mostra que o Estado está se tornando cada vez mais ausente em determinadas funções, causando insegurança nos demais cidadãos.

> A vida humana - como valor central do ordenamento jurídico é pressuposto existencial dos demais direitos fundamentais, além de base material do próprio conceito de dignidade humana - impõe medidas radicais para a sua proteção. Não havendo outro meio eficiente para

> protegê-la, a providência da última ratio da tipificação penal se torna inescapável. (MENDES; BRANCO, 2020, p. 265).

Diante de todo o cenário, podemos concluir que o aumento dos números de criminalidade e de violência, faz milhões de cidadãos vítimas, alguns perdendo o que juridicamente chamamos de maior bem jurídico que é a vida.

3. A PRECARIEDADE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A MOROSIDADE PROCESSUAL NO JUDICIÁRIO COMO NEGATIVA NO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO INDIVÍDUO

A sociedade sempre recorreu ao Código Penal, como forma de punição ao criminoso. Ocorre, que segundo o contexto fático jurídico a função da pena é aplicada com base na sua ressocialização, para tornar o indivíduo adepto a conviver em comunidade.

> Em relação ao indivíduo, devem as ações observar seu aspecto personalíssimo, contornando seu caráter e seu temperamento, com vistas a moldar e motivar sua conduta. O meio social deve ser analisado sob seu múltiplo estilo de ser, adquirindo tal atividade um raio de ação muito extenso, visando uma redução de criminalidade e prevenção; até porque seria utopia zerar a criminalidade. Todavia, a conjugação de medidas sociais, políticas, econômicas etc. pode proporcionar uma sensível melhoria de vida ao ser humano. A criminalidade transnacional, a importação de culturas e valores, a globalização econômica, a desorganização dos meios de comunicação em massa, o desequilíbrio social, a proliferação da miséria, a reiteração de medidas criminais pífias e outros impelem o homem ao delito. Porém, da mesma forma que o meio pode levar o homem à criminalidade, também pode ser um fator estimulante de alteração comportamental, até para aqueles indivíduos com carga genético-biológica favorável ao crime. Nesse aspecto, a urbanização das cidades, a desfavelização, o fomento de emprego se reciclagem profissional, a educação pública, gratuita e acessível a todos etc. podem claramente imbuir o indivíduo de boas ações e oportunidades. (PENTEADO FILHO, 2012, p. 137).

Podemos perceber que o Estado não consegue oferecer um sistema de ressocialização adequado, para que o apenado futuramente não volte a delinquir., uma vez que a finalidade prática do sistema prisional brasileiro é punir o indivíduo pela sua conduta, fazendo com que o apenado que entrou em tese "Roubando", saia cometendo o crime de "Latrocinio".

O sistema prisional deveria respeitar o direito à dignidade humana, à saúde, entre outros. Infelizmente, em várias unidades prisionais são adotadas medidas humilhantes, que como consequência gera agressividade do apenado, contribuindo para uma falha no sistema de ressocialização e fazendo com que ele volte a se corromper na criminalidade. Corrobora a afirmação Sarlet

> Assim, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, do que ocorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura, das penas de natureza corporal, da utilização da pessoa humana para experiências cientificas, limitações ao meio de prova (detector de mentira), regras relativas aos transplantes de órgãos, etc. (SARLET, 2003, p.112).

A superlotação do sistema prisional brasileiro revelou uma grande falha do poder público em garantir a ressocialização dos apenados. Pois já não bastasse, a morosidade do judiciário brasileiro para julgar em tempo razoável, hoje as condições que se encontram os presídios contribui para a falência do sistema prisional. Nesse sentido, observa-se que:

> A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere. (MIRABETE, 2008, p.89).

Portanto, podemos concluir que o colapso no judiciário se dar através da morosidade processual, fazendo com que muitos apenados lotem as unidades prisionais, tendo que se revezar para dormir ou fazer outras atividades, causando uma sensação de frustração e raiva nesses indivíduos, propiciando com que se venham a se corromper futuramente. Se tivéssemos um procedimento de ressocialização adequado para esses apenados, não seria somente a reclusão a única medida a ser tomada.

4. AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O número de desigualdades sociais no País tem aumentado junto com o crescimento da criminalidade exacerbada. Podemos então perceber que as duas

situações acabam se conflitando, sem ter uma resposta pelo órgão estatal, estando o mesmo omisso nas em determinadas relações. O estado visa por meio de políticas públicas, garantir efetividade de direitos sociais previstos na Carta Magna, para mitigação de desigualdades sociais e pobreza extrema, bem como casos de Exclusão Social, onde o indivíduo não consegue adentrar no meio em que vive, tendo em vista as diferenças de oportunidades.

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Ocorre que o presente estudo visa analisar como a concretização desses direitos sociais, podem influenciar na vida de cada cidadão, uma vez que se forem bem administrados e implantados na sociedade, diminuirá o número de desigualdades sociais, consequentemente também o número de pobreza no Estado. Observa-se, portanto, que:

> Não ocorre apenas que, digamos, melhor educação básica e serviços de saúde elevem diretamente a qualidade de vida; esses dois fatores também aumentam o potencial de a pessoa auferir renda e assim livrar-se da pobreza medida pela renda. Quanto mais inclusivo for o alcance da educação básica e dos serviços de saúde, maior será a probabilidade de que mesmo os potencialmente pobres tenham uma chance maior de superar a penúria. (SEN, 2010, p. 124).

No país a sociedade do consumo, faz com que indivíduos avancem a onda do consumismo, por status, entre outros motivos, e ao mesmo tempo despertem o desejo da classe minoritária que não tem a mesma oportunidade de comprar ou obter determinado produto. Alguns como a famosa fala popular se "enforcam" em dívidas, para saciar o desejo de comprar e outros vendo que não conseguem adquirir e se inserir na sociedade acabam aderindo a criminalidade, uma vez que:

> Ser relativamente pobre em um país rico pode ser uma grande desvantagem em capacidade, mesmo quando a renda absoluta da pessoa é elevada pelos padrões mundiais. [...] Em um País generalizadamente opulento, é preciso mais renda para comprar mercadorias suficientes para realizar o mesmo funcionamento social. (SEN, 2010, p. 122-123).

Para o governo implementar políticas públicas é necessário de recursos, sendo por meio de arrecadação tributária que o Estado consegue suprir as

necessidades, a ponto de garantir a efetividade dos direitos fundamentais e sociais, bem como o pleno desenvolvimento social. Nesse diapasão,

> O Estado existe para servir ao povo. Assim, podemos conceituar o Estado como uma instituição que tem por objetivo organizar a vontade do povo politicamente constituído dentro de um território definido, tendo como uma de suas características o exercício do poder coercitivo sobre os membros da sociedade, objetivando o bem comum. O bem comum é atingido por meio da administração pública, que tem como função a execução das políticas públicas e dos planos de ação para que o Estado funcione tendo como referência a sociedade. (MURTA; CARVALHO, 2017, p. 158).

Portanto, pode-se perceber que não havendo uma gestão adequada, não haverá efetividade desses direitos garantidos na Carta Magna, sendo uma afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que esses direitos são indispensáveis para uma vida digna, uma vez que:

> [...] a prevalência da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial sempre é, em primeiro plano, de ser aferida na situação concreta, da pessoa diretamente atingida, não podendo ser dissolvida no contexto coletivo, ainda mais quando referida a uma possível (e sequer demonstração da) falta de acesso à moradia digna por parte de outras pessoas. (SARLET, 2003, p. 145).

Há de se concluir que se tivermos um apoio político que promova determinadas políticas públicas a fim de garantir esses direitos, teremos não só a concretização deles, mas sim sua eficácia em meio à sociedade. Corroborando para uma melhora tanto no viés econômico da população, quanto na mitigação da criminalidade e violência no Estado. Nesse sentido, observa-se que:

> A política tem de usar 'as demais ciências', inclusive a economia, e como, por outro lado, legisla sobre o que devemos e o que não devemos fazer, a finalidade dessa ciência precisa incluir as das outras, para que essa finalidade seja o bem para o homem. (SEN, 2012, p. 19).

Podemos perceber que para uma boa gestão estatal não paira somente conhecimento jurídico, mas sim um conjunto de conhecimentos, para que esses direitos sociais e fundamentais sejam efetivados, a ponto de diminuir o número de desigualdades, eventualmente pobreza extrema e por fim mitigar o número de criminalidade no Estado Brasileiro.

5. A DELIBERAÇÃO COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE BRASILEIRA, TORNANDO A POPULAÇÃO ATUANTE NAS DECISÕES POLÍTICAS

Hoje no País, a eleição de Deputados, Vereadores, dentre outros, ocorre por meio de uma Democracia indireta onde o cidadão escolhe um candidato para representá-lo, durante todo o mandato. Ocorre que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, incluiu como forma de Democracia Direta ou Semi Indireta a prática de Referendos e Plebiscitos, uma vez que:

> A diferença entre plebiscito e referendo concentra-se no momento de sua realização. Enquanto o plebiscito configura consulta realizada aos cidadãos sobre matéria a ser posteriormente discutida no âmbito do Congresso Nacional, o referendo é uma consulta posterior sobre determinado ato ou decisão governamental, seja para atribuir-lhe eficácia que ainda não foi reconhecida (condição suspensiva), seja para retirar a eficácia que lhe foi provisoriamente conferida (condição resolutiva). (MENDES, BRANCO, 2020, p. 824).

A população tem voz ativa na mídia, redes sociais como Facebook, Instagram, Twitter, achando que fez seu papel social expondo seu pensamento em determinadas redes. Ocorre que se tivéssemos uma forma melhor de deliberação, permitindo à sociedade, que a mesma pudesse opinar sobre determinadas situações, como a da criminalidade e violência em excesso, poderia ocorrer uma grande diferença pois ajudaria aos nossos governantes a saber em que áreas se preocupar mais e como agir na atualidade, uma vez que a sociedade vem se reformulando conforme o tempo. Mas há de se constatar que seria muito difícil o Congresso Nacional permitir tamanha liberdade da população na escolha de determinadas questões, sendo necessário ⅓ de votos de uma das casas que compõem o Congresso, para que ocorra o referendo ou o plebiscito. Nesse sentido,

> O plebiscito ou referendo como instrumento da democracia direta ou semidireta procura atenuar o formalismo da democracia representativa. A sua utilização não será efetiva, porém, sem que se identifique um adequado nível de politização da população. (MENDES, BRANCO, 2020, p. 824).

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, podemos perceber que a utilização desses instrumentos não seria efetiva devido uma falta de politização da sociedade. Ocorre que realmente a sociedade têm se

desmotivado bastante com a política brasileira, devido muitos casos de corrupção, lavagem de dinheiro, com a atual pandemia do SARS-CoV-02, um número exacerbado de licitações em Estado de Calamidade Pública sendo abertos e com a consequente descoberta de desvio de verba estatal.

Mas se formos analisar a fundo, podemos perceber que a sociedade não tem força ou melhor interesse nos respectivos assuntos, por uma falha do próprio Estado. Hoje em dia, nas Escolas, podemos perceber que não há uma influência por ensinar a criança ou o jovem sobre a estrutura de governo e como o mesmo tem voz ativa nesse país. Infelizmente a maioria da população só descobre isso quando se torna técnico, realizando um Curso de Ciências Sociais ou Direito. Observa-se que

> Nesse ponto, é interessante ressaltar o papel desempenhado por uma educação de qualidade na completa eficácia dos direitos políticos dos cidadãos, principalmente no que se refere aos instrumentos de participação direta, como o referendo e o plebiscito. Isto porque as falhas na formação intelectual da população inibem sua participação no processo político e impedem o aprofundamento da democracia. (MENDES, BRANCO, 2020, p. 730)

Pode se perceber que parte da sociedade não tem o interesse pela organização estatal, tendo em vista uma educação de má qualidade que influencia na efetividade de outros direitos sociais, fazendo ocorrer a marginalização, ocorrendo o maior número de pobreza extrema, vindo a viver de forma precária, e também pobreza de conhecimento, pois parte da sociedade passa anos em escolas, quando termina o Ensino Médio, não consegue se inserir na sociedade, com o que foi aprendido em anos e anos. Registre-se que

> No Brasil em razão do histórico descaso do Estado no que diz respeito ao oferecimento de uma rede educacional extensa e de qualidade, ocorreu a marginalização de amplos setores da sociedade, prejudicando, inclusive, a concretização de outros direitos fundamentais. (MENDES, BRANCO, 2020, p. 730).

Há de se concluir que se o Congresso, permite-se maior deliberação sobre as medidas que foram e serão implantada por meio do plebiscito e referendo, saberiam onde está maior o índice de pessoas que necessitam de amparo para que possa viver em sociedade, sem que a desigualdade social e a pobreza, interfira diretamente como privação de suas capacidades básicas diárias, uma vez que:

> Numa sociedade capitalista que estimula a competição e o enfrentamento individual de problemas sociais, num contexto de escassez, a saída mais visível é lutar individualmente pela sobrevivência, não necessariamente por direitos. O sentimento de desconfiança e preconceito em relação aos seus pares, mencionado anteriormente, também contribui para a desunião. (PATTO, 2014, p. 28).

Infelizmente, tal conduta omissiva do Estado que se ausenta de sua função expressa na Carta Magna, faz com que parte dessa população recorra ao ilícito, cometendo os mais variados crimes para sua sobrevivência, e a sociedade acaba se prejudicando perdendo muitas vezes seus bens materiais, quando pelo pior não perdem a vida.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, podemos concluir que a presente pesquisa visa analisar como a ausência de políticas públicas necessárias influem no aumento da criminalidade no Estado brasileiro. Para isso, foram analisados vários fatores, desde a colonização até os dias atuais, como a desigualdade social, que eventualmente pode gerar pobreza extrema fazendo com que pessoas tenham que viver em situações precárias e de alto risco.

A exclusão social que faz com que indivíduos não consigam se inserir na sociedade em que vivem e também foi analisada de um ponto de vista lógico em que as desigualdades contribuem para essa exclusão, o que possibilita ao indivíduo ter que se corromper para sobreviver. Ademais, há de se perceber que os Direitos Sociais estão inteiramente ligados ao quadro, uma vez que muitas vezes o próprio Estado se ausenta de sua obrigação de garanti-los.

Há muito tempo, foi questionado a garantia desses direitos, hoje é questionada a efetividade deles. Infelizmente o Estado não oferece uma saúde adequada, uma educação de qualidade, entre outros direitos sociais, e o indivíduo acaba por perecer, tendo que lutar em um mundo globalizado, pela própria sobrevivência.

A pobreza, as desigualdades sociais, a exclusão social, e envolvimento de jovens com tráfico de drogas entre outros… é suficiente para a criminalidade aumenta cada vez mais gradativamente, surgindo uma sensação de angústia, insegurança por parte da população brasileira, que não consegue se inserir nos moldes da sociedade por omissão do Estado.

Infelizmente também a classe consumerista do Estado há de contribuir para o aumento dos números uma vez que viver em um País rico sendo extremamente tão pobre, há de gerar um descontentamento em não conseguir se inserir ou fazer parte de determinadas medidas sociais também aplicadas. O quadro é drástico, e um dos maiores exemplos que temos é o "Auxílio Emergencial" trazido para auxiliar aqueles que não puderam exercer sua atividade laborativa lícita em virtude do isolamento social. Muitos não tem como baixar o aplicativo "Caixa tem" devido não ter condições de arcar com custos de um smartphone, ou seja, são ações que acabam gerando frustração, descontentamento e ao mesmo tempo raiva nessas pessoas que lutam para sobreviver.

A criminalidade aumenta a cada dia e põe em risco o maior bem jurídico que existe à vida, que muitas vezes são ceifadas pela tentativa de um roubo entre outros fatores. Mesmo com a atuação estatal, o crime sempre vai compensar, pois não há indenização capaz de suprir o dano que foi causado e independentemente da pena imposta pelo Tribunal do Júri, sempre sairemos com uma sensação de que a justiça foi feita, porém ainda de insegurança.

Há de chegar a conclusão que o texto constitucional, esclarece que a população brasileira pode participar ativamente das escolhas do Poder Público, por meio de Referendos e Plebiscitos, e se ocorresse maiores deliberações, bem como a efetividade dos direitos sociais e maiores implantações de políticas públicas, haveria uma mitigação na criminalidade que assola o Estado Brasileiro, bem como a diminuição da superlotação carcerária.

Não violando, portanto, o princípio basilar do Direito sendo ele o Princípio da Dignidade Humana e o maior bem jurídico tutelado que é a vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: Nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MENDES, G; BRANCO, P. Curso de Direito Constitucional, 15º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MURTA, Antônio Carlos Diniz; CARVALHO, Luiza Mendonça Albergaria de. Como compatibilizar tributação e cidadania no cenário de crise fiscal. Revista Meritum, v.12, n.1, Jan/Jun., 2017.

PATTO, Maria Helena de Souza. A cidadania negada: políticas públicas e formas de viver. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio.
Manual esquemático de criminologia. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIFIOTIS, Theophilos. Nos campos da violência: diferença e positividade. Laboratório de Estudos da Violência – CFH/UFSC, Florianópolis, 2006. Acesso em: 10 dez. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3º ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução por Laura Teixeira Motta; Revisão técnica por Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

CÂMARAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NOS NÚCLEOS DE PRÁTICA JURÍDICA: por uma formação acadêmica adequada aos paradigmas sociais

Gilvan Luiz Hansen
Universidade Federal Fluminense - UFF
gilvanluizhansen@id.uff.br.

Fernanda Franklin Seixas Arakaki
Universidade Federal Fluminense - UFF
fernandafranklinseixas@gmail.com

Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes
Universidade Federal Fluminense - UFF
rosanadvogada@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a importância da formação das câmaras de mediação e conciliação comunitária no núcleo de práticas jurídicas no âmbito da graduação de Direito, haja vista que as universidades são um importante instrumento na promoção do acesso à justiça de forma substancial, construindo um ambiente onde os futuros profissionais de direitos estejam comprometidos com soluções pacíficas e eficazes de conflitos. Neste diapasão, será feita uma análise dos fatos e fundamentos que permeiam o instituto da mediação, bem como os objetivos e finalidades das universidades no Brasil, em especial no que tange a promoção da cidadania e da justiça coexistencial, mostrando-se necessária uma verdadeira mudança paradigmática na educação jurídica brasileira, haja vista a inovação processual civil de 2015 e a resolução n°5 ocorrida em dezembro de 2018 que trata das diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito. Para tanto, será feita uma pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa e método hermenêutico analítico, utilizando-se das ideias proposições deliberativas habermasianas para propor uma educação jurídica fundamentada na ética, na moralidade e na justiça coexistencial a partir do agir comunicativo e no entendimento consensual como meio efetivo de pacificação social. Ao final, entendeu-se que através da institucionalização destas Câmaras de mediação e conciliação no seio do NPJ torna-se possível delinear um ensino alicerçado no desenvolvimento de habilidades e competências exigíveis a uma adequada formação profissional que alinhe a teoria e a prática de forma qualitativa com vistas a uma justiça coexistencial e de paz.

Palavras-chave: Mediação comunitária; Resolução de conflitos; Justiça coexistencial; Cultura da paz.

INTRODUÇÃO

Durante longo período, a formação jurídica no Brasil esteve baseada em uma perspectiva tradicional da educação e fulcrada em um sistema jurídico de cultura essencialmente dogmático e litigioso, convergindo em uma formação profissional não consistente e muitas vezes ineficaz para os problemas do mundo fenomênico (DURAN, 2006).

Diante deste descompasso entre a formação jurídica e a realidade socioeconômica brasileira, foi editada a Resolução CNE/CES n° 9/2004, que reestruturou as Diretrizes Curriculares Nacionais (DCNs) do curso de Direito, mas, que não trouxe efetiva resolução do distanciamento entre a formação jurídica e as demandas da sociedade em constante transformação.

Neste diapasão, e, tendo em vista a necessidade de uma formação acadêmica que resgate a função transformadora das Instituições de Ensino Superior (IES), capaz de proporcionar instrumentos humanísticos presentes nas perspectivas sociais existentes, alinhados ao ideal de uma justiça coexistencial e de paz, foi editada a resolução n° 5 de 2018, trazendo importantes alterações curriculares na formação do profissional no curso de direito, delineando um ensino alicerçado sobre o desenvolvimento de habilidades e competências exigíveis para uma adequada formação teórica, profissional e prática, trazendo, dentre outras alterações significativas, como obrigatória o enfoque às práticas consensuais de composição de conflitos aliadas a uma postura reflexiva.

Assim, têm-se como problema de pesquisa como as IES poderão desenvolver mecanismos de adequação a formação teórico, profissional e prática para atender as necessidades sociais existentes baseadas em uma justiça coexistencial e de paz?

A justiça coexistencial com base na cultura da paz, se caracteriza pela modo de lidar com conflitos sociais de forma mais efetiva, empregando métodos apropriados e discursivos, que prestigiem a comunicação livre e consentida, não adversarial, ou seja, coexistencial, trazendo para a tríade: ensino, pesquisa e extensão, a necessidade de criar estratégias, métodos e programas, para fomentar a integralização da cultura de paz, nas matrizes curriculares.

Nesta perspectiva, a institucionalização das Câmaras de mediação e conciliação no seio dos Núcleos de prática jurídica parece ser bastante eficiente. Elas podem funcionar como catalisadoras e promotoras da articulação entre a teoria e prática jurídica, vez que as Câmaras de Mediação e Conciliação,

demonstram, na prática, todo o conteúdo disponibilizado na disciplina teórica, ao mesmo tempo que se revela para os educandos, como uma real pacificação social. Através do contato mais próximo, com a postura não adversarial, os educandos podem ter a experiência real, de uma forma de pacificação social consensual, ou coexistencial, que pode ser muito efetiva se bem aplicada, resultando na solução de problemas sociais da comunidade de forma consensual e colaborativa, efetivando o acesso à Justiça.

Desta feita, a presente pesquisa tem como objetivo analisar a importância da criação das câmaras de mediação e conciliação comunitária no núcleo de práticas jurídicas no âmbito da graduação do curso de Direito, haja vista que as universidades são um importante instrumento na promoção do acesso à justiça, construindo um ambiente onde os futuros operadores do direito estejam preparados para as constantes transformações sociais existentes e ao mesmo tempo comprometidos com soluções pacíficas e eficazes de conflitos, promovendo à justiça coexistencial e de paz.

Para tanto, será feita uma pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa e método hermenêutico analítico, utilizando-se das ideias proposições deliberativas habermasianas para propor uma educação jurídica fundamentada na ética, na moralidade, na cultura da paz e na justiça coexistencial, a partir do agir comunicativo e no entendimento consensual como meio efetivo de pacificação social.

A pesquisa foi dividida em 5 capítulos em que inicialmente procurou verificar o Núcleo de práticas jurídicas e as novas diretrizes da educação superior jurídica brasileira. Após, a pesquisa procurou analisar as câmaras de mediação e conciliação e sua necessidade na promoção de uma justiça coexistencial e de paz. Não obstante, no capítulo 4, procurou trazer à baila a importância do núcleo de prática jurídica e as câmaras de mediação na formação profissional de quem vai atuar na área jurídica, contemplando uma vivência prática nas soluções consensuais de conflito, desenvolvendo competências e habilidades próprias para atuar profissionalmente em uma sociedade repleta de transformações. E por fim, as considerações finais.

1. O NÚCLEO DE PRÁTICAS E AS NOVAS PERSPECTIVAS DA EDUCAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL

A formação jurídica ao longo do tempo passa por uma série de transformações, o que é natural, uma vez que o direito regula a sociedade e os profissionais que atuam com o direito precisam estar sempre antenados às mudanças sociais e a legislação que rege os direitos e as obrigações e a formas que a sociedade se relacionam com elas (OLIVEIRA E LIMA, 2018).

Nesse cenário o ensino jurídico torna-se desafiador, isso porque acompanhar as mudanças sociais nas grades curriculares não é uma tarefa das mais fáceis, contudo, necessária. A discussão que envolve o ensino não se centra mais em questões puramente dogmáticas, pois exige-se algo mais, o que se questiona e exige na atualidade é o papel também sociológico da educação jurídica.

Desta feita, formar operadores do direito, aptos a lidar com os conflitos sociais e ao mesmo tempo capazes de conviverem com os mais diferentes grupo sociais e seus desajustes, de forma dialógica, de forma a contribuir para a realização de um mundo mais equilibrado, justo e democrático, é um dos grandes desafios que se deve esperar dos cursos de direito na atualidade (OLIVEIRA E LIMA, 2018).

É neste contexto que o Núcleo de práticas jurídicas toma um papel de especial relevância para os cursos de direito, uma vez que ele é o órgão institucional responsável pela articulação da teoria com a prática. É o núcleo de práticas jurídicas o ambiente que proporciona aos futuros profissionais o direito à aproximação com a sociedade por meio dos casos reais, trabalhando as habilidades e competências necessárias para viabilizar uma formação jurídica adequada aos fenômenos sociais e jurídicos.

Certo que o aprendizado no curso de direito envolve uma quantidade enorme de teoria, o núcleo de práticas jurídicas tem a função de trazer todo o conteúdo estudado em cada disciplina ofertada durante o curso, as práticas jurídicas reais, formando um profissional com capacidade de analisar o fenômeno jurídico em toda sua complexidade, protagonizando seu papel no mudo fenomênico, além de fortalecer a estrutura do curso na função social do Direito.

Na forma de escritórios modelo, a IES proporciona aos acadêmicos de direito a vivência real da prática jurídica, que lhes exige conhecimento teórico,

pesquisa e dedicação. Com isso ganham qualidade de ensino. Ganha também, a sociedade que passa a contar com mais uma porta de acesso à justiça, porque lhes é oportunizada a prestação de um serviço de assistência judiciária gratuita, desempenhada pelos estudantes, sob a supervisão dos professores orientadores.

Assim, o Núcleo de prática jurídica se torna essencial no desenvolvimento do perfil que se espera do egresso do curso de direito, ou seja, um profissional que tenha a responsabilidade com a realidade social e que domine conceitos teóricos aplicados na prática e com o domínio e criatividade várias formas de abordar e apresentar possíveis soluções para o caso concreto posto.

2. AS CÂMARAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO PROMOTORAS DE UMA JUSTIÇA COEXISTENCIAL E DE PAZ

De forma preliminar é necessário trazer à baila que a mediação teve seu marco teórico em 2015, quando foi publicada a Lei 13.140/15. Essa lei veio prestigiar uma política de pacificação social, iniciada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que por meio da resolução nº125 de 2014, prestigiou as práticas consensuais para a solução de conflitos de interesse social.

Nesta esteira, a lei 13.140/15 (CPC), também apresentou em seu texto a deferência às soluções de conflitos consensuais, indicando logo nos primeiros artigos do Código de Processo Civil (CPC), a necessidade do Estado promover, quando possível, a solução pacífica das demandas, impondo deveres aos juízes, advogados e membros do ministério público, de estimular os métodos e técnicas de solução consensual de conflitos, instituindo no país um novo pensamento, onde a cultura litigiosa, cede um espaço para a cultura do consenso (BRASIL, online).

Tais alterações legislativas se devem ao fato de que os métodos tradicionais, em grande parte litigiosos, sozinhos, não mais conseguem, de forma eficaz, dar solução aos conflitos e divergências observadas no seio da sociedade.

Essas normativas estão amparadas no art.5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988, que ressalta ao ordenamento jurídico brasileiro o acesso à justiça de forma ampla, trazendo a vertente jurídica políticas que tragam uma concretização mais efetiva da justiça e da paz social.

Desde então, as políticas de incentivo aos métodos autocompositivos começam a tomar um caráter cada vez mais destacado no âmbito jurídico, sendo

utilizado com maior detalhamento e frequência na busca do acesso à justiça, considerado na atualidade como um importante instrumento de democracia e cidadania (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Isto acontece porque esses métodos autocompositivos buscam, em sua grande maioria, uma justiça coexistencial e de paz, por primarem pela solução da controvérsia pelos próprios envolvidos, visando a manutenção das relações em jogo. Tal perspectiva, vem apresentando resultados sociais de resolução dos conflitos bem mais efetivos que os judicializados, em que um terceiro, decide a demanda, não satisfazendo de forma integral nenhum dos envolvidos.

Assim, as formas autocompositivas de solução de conflitos, ganharam uma atenção especial, havendo um reconhecimento de sua função social, especialmente por sua ligação direta com a preservação das relações de modo geral e a pacificação social efetiva (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Desta forma, destaca-se a mediação como um instrumento inegavelmente eficaz de pacificação social e democratização do acesso à justiça e, sua natureza democrática, é percebida na medida que busca as soluções dialogadas, onde o respeito e a empatia são estimuladas na condução das soluções.

As soluções consensuais apresentadas para a concretização da pacificação social, reverberam o sentimento de paz, porque não se resume apenas na ausência de violência física, vai além. Os métodos autocompositivos repercutem no modo de viver, propiciando condições de uma vida digna e de existência tranquila, onde o respeito pelas opiniões e sentimentos do outro são prestigiados. A aproximação das partes em conflitos para que juntas possam superar seus conflitos interpessoais proporciona um ambiente social mais emancipado.

Esses métodos que emancipam a sociedade, ditos mais adequados, para a pacificação de conflitos, estão voltados para a solução de conflitos de interesses, harmonizando ideias contrárias, penetrando profundamente na índole humana restabelecendo relações e laços rompidos. Como salienta ANDRIGHI (2011):

> A mediação é a forma de solucionar conflitos pensando no sentimento das pessoas. Julgar homens não pode ser uma atividade de massa, porque se sacrifica a humanização. Julgar é uma atividade artesanal, porque lida com sentimentos contrapostos. A tolerância, nesse contexto, emerge como virtude fundamental, ao fazer brotar a percepção do espaço existente entre cada um dos envolvidos na cena conflituosa, permitindo assim que, no

> movimento das diferenças individuais, o mediador conduza-os pela mão ao encontro – e não de encontro – das soluções. (ANDRIGHI, 2011, p.13)

Desta feita, é possível depreender que a mediação não está focada apenas na solução de um conflito, mas, vai além, pois estimula empatia e a reflexão de cada indivíduo em relação a si próprio, ao outro e o papel de cada um diante a coletividade como um todo.

Isto acontece, porque se faz necessário a conscientização dos relacionamentos sociais, devendo o outro ser encarado como aquele que nos oferece oportunidade de crescimento, mesmo num ambiente aparentemente hostil, segundo Muller (2006):

> Nosso relacionamento com os outros formam nossa personalidade. Eu existo somente em relação a outros. Minha existência individual como ser humano tem menos a ver com estar no mundo e mais com estar com os outros. No entanto, minha experiência de encontro com o outro tende a ser marcada por adversidade e confronto. Os outros são aqueles cujos desejos vão contra os meus desejos, cujos interesses conflitam com os meus interesses, cujas ambições se contrapõem às minhas ambições, cujos planos estragam os meus planos, cujas liberdades ameaçam a minha liberdade, cujos direitos limitam os meus direitos (MULLER, 2006, p. 22-23).

Assim, a paz social é efetivamente alcançada quando as divergências e conflitos experimentados são resolvidos pelo entendimento recíproco entres as partes conflituosas, de forma que outro, deve ser visto não apenas como um indivíduo que nos trás o sentimento de incômodo e nos leva a litigar, mas também que nos faz crescer como ser humano.

Nesta vertente, faz-se imperioso buscar a concepção habermasiana do consenso, que deve ser construído a partir de uma racionalidade comunicativa, tratando o outro com simetria, a partir da intersubjetividade da verdade, em que a melhor força é a do argumento (HABERMAS, 1989).

Habermas (1989) em sua teoria da ação comunicativa propõe uma racionalidade comunicativa, onde as trocas nas relações ocorrem de forma subjacente às relações interpessoais. A comunicação se constrói por meio de discursos éticos e morais, que permitam a comunicação clara, para que seja possível a construção do consenso (HABERMAS, 1989).

Desta forma, a racionalidade comunicativa, na concepção habermasiana, precisa ser a base, ou seja, a regra nas inter relações, permitindo trazer as decisões

legitimidade e validez, pois, fazem parte do debate aberto com pretensão de verdade aos membros de uma dada sociedade (HABERMAS, 1989).

Neste diapasão, espaços para a construção de decisões baseadas no entendimento mútuo, estão sendo repensados e redimensionados. Esses espaços públicos, quando utilizados para promover a pacificação social, possuem um potencial transformativo da realidade litigiosa social. Nesse contexto, a mediação e a conciliação se tornam instrumentos de pacificação dos conflitos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Assim, as Câmaras de mediação e conciliação se constituem em ambiente de ressignificação do comportamento social frente aos conflitos. Os métodos autocompositivos aplicados nelas, privilegiam a racionalidade comunicativa, como proposto por Habermas (1989), porque a autocomposição é um verdadeiro instrumento de pacificação social onde há um estado de cooperação entre as partes em conflito, tornando-se o caminho de reconstrução do tecido social.

3. O NÚCLEO DE PRÁTICA E AS CÂMARAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NUMA FORMAÇÃO PROFISSIONAL MAIS QUALITATIVA EM BUSCA DE UMA JUSTIÇA COEXISTENCIAL E DE PAZ

Em alguns cursos de direito, há algum tempo já se abordava, ainda que de forma transversal, ou por meio das disciplinas optativas, as soluções pacíficas de conflitos. A disciplina que ofereciam, esse conteúdo entrava nas ementas como ADR (Alternative Dispute Resolution) – meios alternativos de resolução de conflitos no Brasil. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Nesse cenário, a medida em que esses meios alternativos foram ganhando espaço no mundo social e jurídico, também foram se tornando necessárias alterações nas instituições de ensino, exigindo-se dos cursos de direito mais ênfase na formação dos discentes nos meios consensuais de resolução dos conflitos.

Sob essa perspectiva, a resolução (CNE/ CES) nº 5 de 17 de dezembro de 2018 exigiu a regulamentação e o planejamento das atividades de prática jurídica alinhadas as práticas de resolução consensual de conflitos e o estímulo de atividades curriculares de extensão de aproximação com esse tema, oferecendo à comunidade ações de caráter social, no formato de clínicas e projetos, o que se amolda, perfeitamente, às Câmaras de mediação e Conciliação (Brasil, online).

A partir de então passou-se a necessidade de serem pensados e estruturados no âmbito dos núcleos de práticas jurídicas as Câmaras de Mediação e Conciliação, preparadas para lidarem com os conflitos intersubjetivos sem a necessidade de judicialização, sendo consideradas, na atualidade, como critério a ser avaliado e pontuado para o MEC nas avaliações das IES (Brasil, online).

Tais alterações representam um salto qualitativo muito elevado no que diz respeito ao ensino e à aprendizagem das Ciências Jurídicas, uma vez que, põe o educando em contato com uma tendência contemporânea das resoluções de conflitos, os métodos consensuais.

Cabe observar que os argumentos para a exigência da curricularização da disciplina: solução alternativa de conflitos, bem com a sua prática extensionista, na maioria das vezes, é remetida a uma natureza quantitativa. Isto acontece porque segundo boa parte dos argumentos, os métodos consensuais, desafogariam o Poder Judiciário, ou seja, ajudariam a reduzir as demandas que são judicializadas. (CALMON, 2015)

Contudo, os argumentos sob a perspectiva quantitativa não devem ser considerados os mais adequados, devendo ser analisado prima face à natureza qualitativa, pois apresentam-se bem mais apropriados, já que os meios consensuais reverberam de forma positiva em toda a sociedade, pois vão bem mais além do que a resolução do conflito em si, mas também estimulam a empatia e a reflexão de cada indivíduo em relação a si, ao outro e o papel em relação à coletividade, proporcionando mudanças positivas no seu comportamento social, e não apenas nas estatísticas do Conselho Nacional de Justiça - CNJ (CALMON, 2015).

Segundo Mauro Cappelletti (2002) o ideal de justiça coexistencial, ou conciliatória, que é vocacionada para produzir resultados que, longe de serem de 'segunda classe', são melhores, qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso." (CAPPELLETTI, 1994, p.126). Por isso, entende-se que a justiça coexistencial deve ser perseguida, pois, revela-se também no plano qualitativo, exigindo que as Ciências Jurídicas, de forma mais atenta às necessidades sociais, ocupe-se dela, uma vez que se apresenta como verdadeiro caminho ao acesso à ordem jurídica justa (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Assim, também nas IES devem ser pensadas essas vertentes de justiça coexistencial e de paz nos cursos de direito, vez que as práticas jurídicas impregnadas de normas controladoras e instituições jurídicas e judiciais formais,

vem sofrendo peremptoriamente uma interferência de métodos menos rígidos e consensuais, vislumbrando uma formação acadêmica baseada numa ordem jurídica que possa responder o cotidiano social.

Desta forma, a socialização do direito por meios de práticas menos adversariais, está se construindo no âmbito das Câmaras de Mediação e Conciliação institucionalizadas nos NPJ. Tal vertente, se mostra essencial na formação acadêmico-jurídica, posto a necessidade de uma postura consensual do advogado frente aos desajustes apresentados, exigindo um estudo interpretativo conjugando vários saberes, extrapolando a fundamentação de leis, sentenças e despachos. O educando deve ser preparado para conjugar, com criatividade e ética, as atividades técnicas judiciais e as extrajudiciais consensuais utilizando-se das experiências oportunizadas no estágio curricular dos cursos de direito.

O profissional do direito deve se preparar não mais apenas para uma administração de disputas cujo predomínio seja de métodos adversariais de práticas jurídicas institucionalizada de um "*ethos* tradicional, que envolve a supressão do conflito, e não o seu conhecimento e posterior solução" (Moreira-Leite, 2003,p.28), deve se preparar também para conviver com formas ou métodos que proporcionem modos de vivenciar as disputas de forma mais construtiva, de maneira que as partes envolvidas, dependendo do caso concreto, tendentes a se comportarem colaborativamente para resolvê-las.

Desta forma, na atualidade, torna-se de suma importância a inclusão desses métodos de justiça coexistencial e de paz nos currículos dos cursos de direito, vez que o operador do direito é o agente fundamental no manejo e no oferecimento das soluções para os conflitos que lhes são apresentados, sendo o advogado, segundo Carnelutti (2009) "o primeiro juiz da causa" (CARNELUTTI, 2009, p.47), podendo ser também, na atualidade, o primeiro conciliador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais que um tecnicista burocrata, apegado aos mecanismos e meios de solução de conflitos adversariais, os profissionais do direito devem se familiarizar também com os mecanismos consensuais, baseados em um ideal de justiça coexistencial e de paz, para verificar, na prática, o poder de transformação que possui e o alcance da sua atuação, uma vez que a sociedade exige cada vez mais

dos advogados um cabedal maior de conhecimento e criatividade no que tange às soluções dos conflitos sociais.

Para que isso seja possível é necessário que a formação jurídica ofertada pelas as IES, esteja comprometida com essas necessidades, ofertado nas suas matrizes curriculares, disciplinas que propiciem a formação mais ampla, preparando o futuro profissional para manejar as situações adjudicadas e as negociadas, conjugando interesses para a solução eficaz do conflito, através de uma justiça cada vez mais coexistencial e de paz.

A realidade e as necessidades atuais da sociedade devem ser uma preocupação permanente na formação dos advogados, esses componentes não podem ser negligenciados, exigindo a máxima atenção do órgão que regula a educação e as IES. Se, de um lado, o modelo de educação formal e dogmático, durante muito tempo, foi privilegiado nas estruturas curriculares de curso de direito, com prevalência no processo de judicialização das questões sociais, por outro lado a sociedade atual necessita de espaço para soluções negociadas e coexistencial, fundadas na autonomia da vontade, em práticas emancipatórias por uma justiça de paz.

Neste sentido, buscando alinhar o ensino jurídico às necessidades sociais, a resolução (CNE/ CES) nº 5 de 17 de dezembro de 2018 regulamentou o planejamento e atividades jurídicas ajustadas às práticas consensuais de resolução de conflitos, estimulando também atividades curriculares de extensão nesse campo de atuação profissional. É nesse cenário que se verifica a importância da institucionalização das Câmaras de Mediação e Conciliação no âmbito do núcleo de prática jurídica, posto que, é esse órgão, que possui como função precípua propiciar a atuação prática dos educandos nas vivências reais. Assim, quando há a institucionalização destas Câmaras no seio do NPJ torna-se possível alinhavar uma formação jurídica adequada ao desenvolvimento de habilidades e competências exigíveis profissionalmente do discente, alinhando a teoria e a prática qualitativamente com vistas a uma justiça coexistencial e de paz.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Nancy. Mediação no Judiciário na Prática. São Paulo: Neo Graf, 2011.

BRASIL. Lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,

Brasília, DF, p. 27.833, 23 dez. 1996. Seção 1. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 10 de dez. de 2020.

_____. Lei n° 10.172, de 9 de janeiro de 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 1, 10 jan. 2001. Seção 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm. Acesso em: 10 de dez. de 2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 de dez. de 2020

CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e Conciliação, 3 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 12

CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. 3ª ed. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

DURAN, A. A. C. A ideia de humanismo no ensino jurídico brasileiro. Justiça e História, v. 6, n. 11, p. 84-135, nov. 2006. Disponível em: . Acesso em: 10 de dez. de 2020.

HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1989.

_____. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol.I. tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MOREIRA-LEITE, Angela. Em Tempo de Conciliação. Niterói :edUFF, 2003,p.28.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MULLER, Jean-Marie. Não-violência na educação. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2006.

OLIVEIRA, José Sebastião de; LIMA, Andrea Souza Correa. As Diretrizes Curriculares dos Cursos de Direito à Luz das Ideias de San Tiago Dantas 43 Direito em Debate - Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Disponível em: file:///C:/Users/adm/Downloads/7425-Texto%20do%20artigo-35876-1-10-20180816%20(2).pdf. Acesso em: 10 de dez. de 2020.

OS VAGABUNDOS DO BEM E CIDADÃOS DO MAL: da bipolaridade política no Brasil

Joaquim Pacheco de Lima
Faculdades Lodrina, professor adjunto de Direito e Políticas Públicas e Filosofia do Direito. Mestre em Filosofia Contemporânea, com formação em Ciências Sociais e Teologia.
joaquimpio@yahoo.com.br

Resumo: Abordo a distinção da bipolaridade entre agentes do bem e do mal, e alguns fundamentos sociológico, filosófico e teológico, interposto ao princípio jurídico de cidadania. Pesquisa bibliográfica de natureza explicativa. A distinção é formulada como rotulação, esteriótico, conforme narrativa dominante e dirigente, talvez por ora, na sociedade brasileira. Na contradição da dialética, para alguns cristãos, macho, heteronormativo, branco, os vagabundos (não) são os marginais, não-crentes, ignorantes, pobres, isto é os privilegiados de Jesus e eleitos de Deus, os marginalizados, conforme relatos das primeiras comunidades cristãs (século I e II). Em alinhamento com a teoria de Santo Agostinho sobre o problema do mal provoco a reflexão dialética, a partir das idiossincrasias das categorias e do princípio da (não)contradição, o cidadão de bem não o é; o vagabundo (bandido) do mal não o é. O (d)Deus de alguns crentes são mysterium iniquitatis, os autoproclamados cristãos, por negarem os seus fundamentos originários, não os são, conforme a teoria agambeniana. A classe média com suas histórias, sonhos, ilusões e realidade, conforme o sociólogo, Jessé Souza, são os produtores e operadores sociais da distinção bandido x cidadão e legitimadores da hegemonia da necropolítica e da crise do Estado de Direito no Brasil e na América Latina.

Palavras-chave: cidadania; vagabundo x cidadão; moralidade; religião e política; filosofia do direito.

INTRODUÇÃO

Os vagabundos do mal e os cidadãos do bem, enquanto categorias nas narrativas de segmentos do pensamento conservador, conduzem à prática e práxis (VASQUEZ, 2011) nos caminhos do céu e do inferno. No Juízo Final – seleção dos malditos e dos benditos (Mt 25,31-46) – o vagabundo será cidadão e o cidadão será vagabundo? Em tempo de finais dos tempos, tempo de fascismo fugicida, pandemia – Covid-19, economia de Francisco, para descontaminar o olhar no real é necessário decifrar o enigma da Esfinge – "decifra-me ou te devoro!".

A motivação pela elaboração do presente artigo advém da provocação de um aluno do curso de Direito, na disciplina Direito e Políticas Públicas em que ministro. O aluno indagou: - professor, quais os fundamentos de sua defesa de vagabundos do mal contra os cidadãos de bem? Na tentativa de jogar luz sobre a problemática – a realidade – parafraseando o Deus Javé, no texto bíblico do Êxodo, "Eu vi muito bem a miséria do meu povo que está no Egito (Brasil). Ouvi o seu clamor contra seus opressores, e conheço os seus sofrimentos" (Ex. 3,7). Os apontamentos a seguir são banhados por alguns elementos – reflexões - da filosofia, teologia e ciências sociais. Complementarmente, pelas águas das seis décadas de práticas do autor, na luta por garantia de direitos, juntos aos setores populares da periferia (sem-terra, sem teto, boias-frias, analfabetos jovens e adultos, meninos e meninas de rua, adolescentes em cumprimentos de medidas socioeducativa, população em situação de rua; os pobres nas comunidades de base – Cebs; na luta por justiça e paz – na Comissão de Justiça e Paz Arquidiocesana - CJP/Londrina e junto aos negros no combate ao racismo e outros).

Nas várias perspectivas, os vagabundos do mal e os cidadãos de bem, ou vagabundos de bem e os cidadãos do mal, de outro, são humanos em lutas no processo de sua existência material, ou de sobrevivência (a maioria), ou de acumulação de riquezas (a minoria). Todos estão na história e fazem a história não como gostaria, mas nas condições em que ela se encontra, na perspectiva do materialismo dialético.

O problema e objetivo do presente estudo, empírico, de natureza explicativa, são – contribuir na busca dos fundamentos da distinção entre a bipolaridade (vagabundos e cidadãos/gente – de bem e do mal), conforme narrativa dominante e dirigente – hegemônica, talvez por ora. Adoto alguns pressupostos teóricos de Giorgio Agamben, em sua obra *"O mistério do mal: Bento XVI e o fim dos tempos"*, (2015), articulado a teoria de Jessé Souza em *"A classe média no espelho: sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade*", (2018) e *"A Elite do Atraso: da escravidão à Lava Jato",* (2017). Em alinhamento com a teoria de Santo Agostinho nas obras *"Cidade de Deus"*, (2017), e *"O Livre-arbítrio"*, (1995).

No enfrentamento ao exército simbólico que mantém a dominação e exploração na sociedade brasileira abordo alguns apontamentos para elucidar a realidade, cujos grupos hegemônicos são autoritários, antidemocrático e dilapidador dos bens públicos e dos direitos. No primeiro momento trato sobre a religião, a partir da ótica das teologias da libertação e da justificação. Em

seguida, conceituo as categorias de "vagabundos do bem (mal)" e a ontologia do mal, bem como, os "cidadãos do mal (bem)" e sua relação com as categorias teológicas de criatura, imagem e semelhança de Deus. No terceiro momento, a partir do pensamento agambenziano (2015/2018) relaciono a questão agostiniana, problema do mal, sobre o mistério - *mysterium facinoris* de Ticônio e *mysterium iniquitatis* de Agostinho. No fim dos tempos o humano corrompido, fora da ordem, é a(s) esquerda(s), comunistas, minorias, periferias, os pobres, lgbt, etc. Finalizo com uma reflexão filosófico-religiosa sobre a relação entre o bem e o mal, os mistérios (mysterium) de Deus e suas idiossincrasias.

Por que tal paradoxo, vagabundo do bem e cidadão do mal? Na dialética da moralidade, o vagabundo de bem é também do mal e o cidadão do mal é também de bem. A contradição e a não-contradição são princípios dialéticos que contribuem na leitura das relações sociais entre os seres humanos visando o viver juntos com dignidade. Dialética que vai de Heráclito, Hegel, Marx/Engels, Vasquez, Konder, e outros, na criação, realização, superação das ideias, enquanto teoria para explicar o real.

1. POLARIZAÇÃO ENTRE O BEM, O MAL E OS MORNOS

A polarização política existente na sociedade brasileira, no término e reinício do terceiro decenal do século XXI, entre petismo[1] e bolsonarismo, simplificadamente, reduz à luta entre o bem e o mal, para alguns. Entre "cidadãos de bem" e gente (*de gentius*) do mal. De outro lado, reduz à luta de classes e no quadro da estratificação social entre grupos dominantes, exploradores e dirigentes x dominados, explorados e dirigidos, e ou entre vendedores da força de trabalho e seus aliados x os proprietários do capital e seus parceiros. Na arquibancada do jogo – bipolar – fica o grupo social que se autoproclama como termo médio – condição mediana - ou centro. Que branda pela paz (no conformismo de cemitério – como vermes em ambiente de mortes) para superar a radicalização e afirma a hegemonia da "paz perpétua", com similitude do filósofo alemão iluminista, I. Kant (1795).

[1] Corrente política de centro esquerda – PT – Partido dos Trabalhadores, que dirigiu o governo do Brasil entre 2003-2016. Bolsonarismo, corrente política de extrema direita populista, conservadora, liderada pelo presidente Jair Messias Bolsonaro, eleito em 2018 (governo: 2019-2022).

No contexto do espectro dos grupos políticos existem os de direita, esquerda (e os extremos) e de centro. Os últimos denominados por dirigentes da direita como "os isentões", e pela esquerda como "arquibancada fake". Na tradição bíblica apocalíptica, João, no livro do Apocalipse (3,14-16) revela e vocifera (vomita) contra a conduta dos cristãos mornos ("nem quente e nem frio") da Comunidade de Laodicéia, frente as perseguições do imperador tirano, romano, Domiciano (81-96 d.C). A polarização direita e esquerda, bem e mal, convive com o centro, ou Terceiro Inclusivo, que por momento, conforme a conveniência (política e econômica) são do bem ou do mal, ou fazem aliança com a direita ou esquerda (BOBBIO, 2013; GIDENS, 2010).

A manutenção de domínio e exploração da força de trabalho, visando a acumulação de moedas, dracmas, "Mamom" (hebraico, מָמוֹן), exige-se uma justificativa e garantia de reprodução. A naturalização (conforme a natureza) da dominação (poder), da exploração (econômica) e da desigualdade advém das necessidades externas do ser humano (de proteção e sobrevivência). A reprodução da desigualdade tem como exigência a busca de sentido de legitimação pessoal e social e de justificação, no quadro das necessidades internas. São contextos que se inserem as narrativas bipolar de bem e mal sobre a realidade.

2. A RELIGIÃO, A TEOLOGIA, A JUSTIFICAÇÃO E A CIVILIZAÇÃO CAPITALISTA

A polarização política e social de vadios e cidadãos de bem e do mal nos discursos e nas práticas revela um pano de fundo religioso, ordenado numa concepção teológica e modelo de vida para uma sociedade, civilização capitalista (COMPARATO, 2014). Para compreender – lançar luz - sobre a gênese de tal concepção aponto diversos matizes teóricas, desde as concepções essencialista/metafísica, a racionalista/cientificista, histórico-crítica cultural (SAVIANI, 2018). A bipolaridade entre os vagabundos do mal e os cidadãos do bem está coberta por uma penumbra religiosa.

A religião, enquanto um fenômeno, exerce uma dinâmica própria na sociedade com uma funcionalidade nos processos, na interação e integração social de dominação e exploração. Domenico de Masi, na obra *O Futuro Chegou: modelos de vida para uma sociedade desorientada* (2014), ao analisar sobre o modelo católico, o protestante e o modelo liberal apontam que ambos têm como centralidade o indivíduo, a propriedade privada, a cuidadosa intervenção do

Estado na economia, a família nuclear e patriarcal. Regula com a paciência com os pobres e a caridosa tolerância dos ricos, evitando conflitos e reduzindo a infelicidade humana nesse mundo. Embora, o papa Paulo VI, na encíclica *Populorum Progressio* (1967) credita a possibilidade de Insurreição Violenta, afirma:

> Não obstante, sabe-se que a insurreição revolucionária – salvo casos de tirania evidente e prolongada que ofendesse gravemente os direitos fundamentais da pessoa humana e prejudicasse o bem comum do país – gera novas injustiças, introduz novos desequilíbrios, provoca novas ruínas. Nunca se pode combater um mal real à custa de uma desgraça maior.

Em suma, "a felicidade não é desta terra". Os católicos ou os cristãos do cristianismo da libertação, ou da libertação dos pobres, conforme afirmou o Papa Francisco, "começa na terra e continua no céu". O modelo protestante, afirma Paul Tillich (apud. DE MAIS, 2014, p.243), se funda no "princípio protestante" em que Deus não é localizável, nenhuma posição é definitiva, cada reforma é reformável (*eclesia semper reformanda*). Os modelos religiosos tem como matriz a luta entre o bem e o mal.

As civilizações anteriores à Idade Moderna, ao capitalismo, em matéria de mentalidades e costumes sociais, tinham como características o lugar central da religião, da tradição e a absorção do indivíduo no grupo social (COMPARATO, 2014, p.34). As mentalidades foram construídas pela dimensão da fé e as práticas religiosas, os costumes.

A partir do capitalismo a religião passou a ocupar lugar secundário. Com o advento do pensamento conservador no mundo, a direita e a extrema direta (EUA, 2016; Áustria, 2018; Brasil, 2019; e outros) assumindo o domínio do Estado na sua forma política, a religião reocupa lugar de destaque. O fascismo torna-se referência, enquanto modelo de sociedade, de religião, política, comunicação, indivíduo e pessoa. A sociabilidade tem como meios o autoritarismo e a beligerância. Assume a estratégia política de dissimulação e de combate frontal aos inimigos construídos e imaginários.

A partir das referências das autoridades políticas, empresários, religiosos que manifestam a concepção dualista de mundo, sociedade e ser humano - de gente de bem e gente do mal – e seus seguidores, conforme pesquisas de institutos oficiais de pesquisa (IBGE, 2018; DATAFOLHA, 2019; VOX POPULI, 2018), em sua maioria são brancos, heterossexual, cristãos, ricos ou classe média. Há um conjunto de idiossincrasias quanto ao fenômeno religioso cristão e os fundamentos teológicos do cristianismo.

Em conformidade a abordagem da ciência comparativa, a relação social das primeiras comunidades cristãs quanto a sua posição na sociedade e setores de cristãos na atual sociedade brasileira contribuem na compreensão dos fundamentos da polarização política e social e o debate do contraste entre gente do bem e gente do mal.

O cristianismo tem como fundamento a prática de Jesus e seus discursos, conforme narrativa dos evangelistas e outros discípulos. Afirma o historiador da Igreja, E. Hoornaert (1986, p.44) que Ele (Jesus) se interessou pela massa do povo – os marginalizados (*'am há'ares*). Os primeiros cristãos tinham consciência de si mesmos e dos fatores sociais que o condicionavam na relação de luta com o Império Romano.

A marginalização e os marginalizados são as categorias que o historiador católico citado utiliza na busca pela explicação da identidade, consciência, missão e teologia dos seguidores de Jesus nos três primeiros séculos da era cristã. A memória histórica do movimento deste povo cristão tem como centro a encarnação, vida, paixão, morte e ressurreição de Jesus Cristo, o libertador, não só do Egito, mas de todas a formas de dominação (econômica, política, social, religiosa, cultural).

A prática de Jesus, na narrativa dos evangelistas, tem como centro e eixo, afirma Hoornaert (1986,p.44) a "marginalidade e esperança por parte de grupos socialmente dominados"; "não nasce numa "casa" (mas num estábulo) e "testemunhado por pessoas marginais"; "frequenta ambientes de pescadores e gente do povo"; "não gosta de ricos, é tentado pelo poder, que ele rejeita"; "nas "bem-aventuranças" os que vivem "à margem" são chamados de bem-aventurados"; morre na cruz entre dois marginais"; "a ressurreição inverte as leis da morte, e as primeiras pessoas a verem Jesus após a ressurreição são mulheres, não homens". Em suma, Jesus demontra inversão do normal, do aceito pela sociedade de sua época. Assume os elementos de marginalidade.

A mensagem de Jesus, por meio das práticas e discursos, emociona as pessoas e se identificam com sua forma de marginalidade e tal experiência humana condicionam os grupos sociais, impulsionando a formação de comunidade de base. Alastrando "nas ruas estreitas onde vivem os cristãos das grandes cidades portuárias do Império Romano: Antioquia, Alexandria, Roma, Cartago, só para mencionar as principais cidades", escreve Celso, contra os cristãos, o filósofo do Imperador Romano, ano 170, na obra *Discurso Verdadeiro (Alethès Logos)* (apud. Hoornaert, 1986, p. 46). Jesus, segundo Celso, foi um "um

vagabundo, desassistido, que percorria o país com dez ou onze seguidores tirados da lama do povo ...". Afirma Celso, que Maria, mãe de Jesus, é "uma camponesa, mulher de carpinteiro que teve relações com um soldado". Os cristãos são "um punhado de gente simples, grosseira e perdida moralmente, que constitui a clientela ordinária dos embusteiros".

O filósofo palaciano romano, do século II, critica, calunia, mas também convoca os cristãos a abandonar as hostes marginalizadas para aderir a defesa das forças organizadas do Império Romano contra os bárbaros selvagens e grosseiros: "apoiem o imperador, ajudem-nos na defesa do direito, lutem por ele, se as circunstâncias assim o exigirem, estejam ao lado dele no comando dos exércitos".

Os elementos do fenômeno religioso, cujos pressupostos dos formuladores e evocadores da tese de bandidos do mal e cidadão do bem, que em sua maioria se evocam cristãos. Autoproclamam defensores da sociedade cristã, do bem, na luta ensandecida contra os inimigos – os vagabundos do mal, os marginalizados, os presos, as mulheres, os sem direitos, sem-terra, sem teto, sem pão, comunistas (os cristãos tinham tudo em comum, At. 3.14). Os marginais – predileto de Jesus e dos primeiros cristãos são rejeitados e combatidos pelos autoproclamados cristãos. A compreensão só será possível pela contradição, enquanto princípio do método dialético. É um atentado cognitivo ao princípio da razão, a não-contradição.

Enfim, a religião, na relação entre bem e mal, assume uma funcionalidade na ótica de Karl Marx (2010), enquanto ópio e revolução; a proximea de E. Dussel (1980), um aproximar da proximidade; em Lukács (2013), enquanto necessidade social, objetivação do gênero humano e restrito a pré-história do seu ser social. De outro lado, a religião e sua institucionalização como busca de sentido e significado da existência por meio da legitimidade e legalidade, em Agamben(2015); das ações humanas no interior de uma construção social, afirma Ricouer (1988). Os vagabundos e cidadãos são predicados e fenótipos da religião.

3. DOS VAGABUNDOS DE BEM (MAL) E A EPISTEMOLOGIA DO MAL

O problema do mal e o humano que o substancia tem uma interlocução que se funda no Ser, enquanto razão filo-teológica, moral e epistemológica,

enquanto teoria do conhecimento. O "vagabundo" é tratado como sujeito e o "de bem" como predicado. Na hegemonia cultural do bloco histórico dominante o vagabundo por natureza é mal. Para compreender as razões do mal, enquanto predicado e sua dialética pelo bem, o caminho é pela epistemologia do vagabundo.

O conceito de **vagabundo**, segundo o dicionário *Aurélio*, significa o que leva a vida de errante, andejo; vadio; inconstante, volúvel, leviano; indivíduo desocupado, ocioso. As narrativas dominantes de vagabundos significam vadios, no contexto atual. Vadio (AURÉLIO, 1995) é aquele "que não tem ocupação, ou que não faz nada; ocioso; viver na ociosidade, desocupado". As razões determinantes dos conceitos de vadio e vagabundo são econômicas, isto é, relaciona com as relações materiais de produção de existência. A determinância da produção é o ser humano subjulgado à extração e acumulação do sobretrabalho e da mais-valia, do dinheiro. Vamos observar como pensador alemão, Karl Marx (2015), século XIX, o político italiano, Antonio Gramsci (2013), início do século XX, e o sociólogo brasileiro, no século XXI, Jessé Souza (2018), trataram a questão dos vagabundos e sinônimos no seu tempo histórico a partir do exercício teórico das relações materiais de existência.

O pensador alemã do século XIX, Karl Marx (1818-1883), que revolucionou o mundo, na obra *O Capital* (2015) ao tratar sobre a superpopulação e o exército industrial de reserva, no processo de produção e acumulação capitalista, acentua a categoria da população que é excluída do mercado de trabalho e "vegeta no inferno da indigência, do pauperismo" (2015, p.132). Nesta camada social, incluso os vagabundos, os criminosos, as prostitutas, o rebotalho do proletariado se distribuem em três categorias: (1) os aptos para o trabalho; (2) órfãos e filhos de indigentes; (3) os degradados, desmoralizados, incapazes de trabalhar.

Os vagabundos, o lumpenzinato – constituindo o que Marx denomina de situação de pauperismo como "asilo dos inválidos do exército ativos dos trabalhadores e o peso morto do exército industrial de reserva"; e "faz parte das despesas extras da produção capitalista" que o capital transfere para a conta da classe trabalhadora e média. A lógica da existência do pauperismo – da camada de lázaros da classe trabalhadora – é a lei geral, absoluta, da acumulação capitalista, afirma Marx. Quanto maior a força de trabalho disponível, isto é, o exército de reserva em relação ao exército ativo é a expressão da função do capital, enquanto riqueza social da magnitude da força produtiva de seu trabalho.

Assim as três categorias citadas por Marx se enquadram no ambiente atual (século XXI) como os vagabundos e vadios da classe trabalhadora.

No século XX, com a necessidade de expansão para acumulação capitalista, em seus ciclos de crises e necessidade de modernização ocorreram as guerras mundiais (I GM – 1914-1918; II GM - 1939-1945). Com o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha surge um novo modelo político de relação e organização entre Estado e Sociedade Civil[2]. A determinância da reprodução das relações capitalista altera e o domínio econômico e o político abre-se a uma separação. Afirma Mascaro (2013, p.17), "o burguês não é necessariamente o agente estatal". O Estado é um derivativo necessário da reprodução capitalista. O pensador e dirigente político italiano, Antonio Gramsci (1891-1937), vítima do fascismo de Benito Mussolini, na clássica obra - escrita no submundo do cárcere – *Cadernos do Cárcere* (anotações em cadernos) explica os nexos entre contexto e circunstância do ambiente econômico, social e político com as relações culturais, ideológicas. O Estado e a Sociedade Civil, descreve Gramsci, são distintos e complementares, didaticamente, na sua função e papel (ditadura, coerção e consenso) na condução da hegemonia dos blocos históricos dominantes e dirigentes. A filosofia da práxis, enquanto exercício teórico, cimenta e conduz a prática do bloco histórico dominante no jogo político maquiavélico de conquista – manutenção e resistência do/no poder. A filosofia, isto é, concepção de mundo que orienta a prática política do homem-massa, na passagem da evolução política, cultural e ética para uma sociedade liberta sem a necessidade do domínio do Estado, predomínio a vontade coletiva.

O pensador sardo, comunista, ao analisar a composição na sociedade, no jogo da arte política, situa no caderno 15 (1933)[3] que existe dois grandes grupos – os dominantes, governantes e dirigentes e os dominados, governados e dirigidos. Há os intelectuais e o homem-massa. Os tipos de intelectuais estão distribuídos entre: os dos órgãos, instituições dominantes, pretensamente neutros

[2] Maiores detalhes em: Alysson L. Mascaro, *Estado e forma política*, Boitempo, 2013, p.17-27; Carlos N. Coutinho, *De Rousseau a Gramsci,* Boitempo, 2011; Domenico De Mais*, O futuro chegou: modelos de vida para uma sociedade desorientada*, Casa da Palavra, 2014.

[3] Nas citações da obra de Gramsci ***Cadernos do Cárcere*** alguns autores cita sob a forma de Q ou CC. A Q corresponde a tradução italiana *Quaderni del cárcere* (1975) organizada por Gerratana; a CC significa *Cadernos do Cárcere*, edições organizadas por Carlos Nelson Coutinho com colaboração de Luiz S. Henriques e Marco Aurélio Nogueira, publicada pela Civilização Brasileira, em seis volumes. Dispõe também de *Cartas do cárcere* em dois volumes e *Escritos Políticos* em dois volumes.

e os intelectuais orgânicos dominante; de outro lado, os intelectuais orgânicos das classes subalternas. A função dos intelectuais é de organizar a hegemonia de um grupo e seu domínio estatal, o consenso. Os intelectuais das classes subalternas são considerados como vagabundo do mal, por setores da extrema direita, não por seu lugar social, status, mas pelo conteúdo, objetivos e ações promovidas. O perigo é a filosofia, a concepção de mundo e ser humano, as ideias, a doutrina – a ideologia.

O homem massa, segundo Gramsci, nas anotações de Barata (2017), é o fenômeno regido numa sociedade padronizada, estandardizada do modo de pensar e atuar de seus membros de forma conformista, compartilhada de algum conformismo. Com uma concepção de mundo "não crítica e coerente, mas ocasional e desagregada, [...] personalidade compósita, de uma maneira bizarra [...]".

Na similitude de vagabundo do mal e cidadão do bem com o homem massa, Gramsci tipifica com as expressões o "banditismo" e "os humildes". O primeiro é um fenômeno ocorrido no sul pobre e camponês da Itália, na Sicília, nos conflitos pela posse da terra e na relação campo-cidade. Na Itália meridional surge núcleos "incorporados de população oprimida, massa indefesa do proletariado agrícola, inconscientes dos próprios direitos e dos meios de proteção contra injustiças e abusos", afirma Agostinho (2017, p.62). A reação violenta deste movimento popular camponês, entre 1860 e 1870, culminou na ideologia urbana de desprezo e ódio, em que caracterizava os membros como "rude", "caipira", criando obstáculo no acesso a cargos públicos, considerando-os como sem cultura e pertencente a classe "servil". No sul da Itália e na Sicília, em 1870, foi necessário intervenção das tropas de segurança piemontesas, provocando um rastro de sangue, rancor e ódio. Os bandidos italianos, do século XIX, são os bandidos pobres da periferia, os vagabundos da atualidade. As consequências são uma Itália cindida entre o Norte e o Sul, mal-estar histórico.

Quanto a expressão "os humildes", Gramsci ao analisar a concepção tradicional dos intelectuais na literatura italiana, dos nobres e dos religiosos da Igreja Católica sobre o povo e as classes subalternas, no caderno 14 (CC, v.6, p.243), e no 7, (v. 6, p. 209), trata o povo pobre – os humildes, "como objeto de galhofa e de ironia [...] gente mesquinha, estreita, sem vida interior".

Afirma Gramsci (2011) no Caderno 21, §3 (CC, 6, p.38) que os intelectuais italianos ao utilizarem a expressão "humildes"

> indica uma relação de proteção paterna e divina, o sentimento "autossuficiente" de uma indiscutível superioridade, a relação entre duas raças, uma considerada superior e outra inferior, a relação que se dá entre adultos e criança na velha pedagogia, ou, pior ainda, uma relação do tipo "sociedade protetora dos animais" ou do tipo Exército da Salvação anglo-saxônica diante dos canibais da Pauásia.

O conceito de humildes, na análise gramsciana, tem uma relação com o conceito de classes subalternas. Os enquadramentos dos humildes, do homem do povo, dos vulneráveis, os precarizados como vagabundos, por alguns setores do espectro político brasileiro da direita e extrema direita oculta as relações de domínio e exploração das classes burguesas com as subalternas e as condições de subalternidade.

A distinção entre os vagabundos do mal e cidadão do bem na sociedade brasileira, na análise comparativa com a produção teórico do sociólogo Jessé Souza, professor da USP, tem relação com o processo de formação de uma classe, iniciada no século XIX, na construção do Brasil Moderno – a classe média e – e sua relação com os de baixo, em especial a ralé brasileira. A ralé de novos escravos (SOUZA, 2017,66) são os vagabundos. Os vagabundos são os da classe de baixo os mestiços, os negros e os párias.

A distinção da classe média com os de baixo opera por meio dois mecanismos racistas: *ontológico e social* (relações sociais). O ontológico é o fundamento epistemológico do racismo implícito, ocultando o racismo explícito da cor da pele. A distinção ontológica, separa os seres humanos entre os de 1ª classe e os seres humanos de 2ª classe: classes de espírito (pecador e o salvo); classes de corpo (trabalho manual e intelectual); classes hierárquicas (superiores e inferiores), segundo Souza (2018, p. 11).

O mecanismo racista social de distinção da classe média com os vagabundos do mal foi operado de duas formas: (i) incorporação do mestiço; (ii) demonização do negro, isto é, afastamento, distanciamento, distinção, exclusão do escravo, enquanto pária dos mocambos, favelas nas cidades. Afirma Souza (2017, 66), a ralé dos novos escravos "a antiga "raça condenada" se transforma em "classe condenada".

A ralé brasileira, explorada pela classe média, assume uma funcionalidade da miséria com papel servil para a classe média. Poupando tempo desta das tarefas domésticas, sujas e pesadas para investir em tarefas nobres, em investimento financeiro, intelectual e aprendizado qualificado, no apoio ao

processo reprodutivo do capital. A ralé, segundo Souza (2018, p.80), é roubada no seu tempo a preço vil e condenada eternamente a condição servil. Estigmatizado como perigoso e inferior, perseguido não mais pelo capitão do mato, mas pela polícia militar com licença para matar o pobre e preto. A fonte da violência é classe média que apoia e incentiva a matança e extermínio para higienizar as cidades e calar o medo do oprimido e suas resistências. O polícia militar apenas operacionaliza.

O protagonismo da classe média na verbação do racismo implícito na sociedade brasileira, por razões ontológica ou social e política, é necessário indagar: quem é a classe média? A formação social escravista do Brasil no passado teima a não desgarrar no presente. A classe média – quais os seus sonhos, ilusões, história e realidade?

No intuito de fundamentar sobre os vadios e cidadãos do bem e do mal, um olhar sobre a dimensão ético-moral da vida, isto é, uma análise sobre as ideias e valores morais na formação da sociedade brasileira, contribui com a elucidação da realidade complexa.

O sociólogo, Jessé Souza, na obra *A Classe Média no Espelho: sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade* (2018), analisa a classe média, enquanto classe social, que além da dimensão econômica dispõe de ideias e valores que influenciam, determinam os comportamentos no dia a dia, nas práticas. O núcleo contraditório e tensional de ideias e valores se firmam numa hierarquia moral tanto quanto o dinheiro e o poder.

Segundo Souza (2018, p.29), as ideias morais e as práticas – moralidade – tem a função de conciliar, enquanto construções cognitivas de interpretar o mundo em certo/errado; bem/mal; falso/verdadeiro; justo/injusto, bem como de orientar a prática e impulsionar comportamentos.

A moralidade é uma construção social e é social. Ilumina e constrói uma prática concreta. Surgiu no contexto moral da reforma e contrarreforma protestante (século XVI) e do romantismo alemão (século XVIII) incorporado irrefletidamente no processo de socialização familiar e escolar como aspecto do afeto e do sagrado.

O descumprimento dos elementos da moralidade (hábitos, regras e costumes – ideias e valores) expressa e desdobra em sentimento de culpa, ressentimento e autodesvalorização. Assim, compreende-se que alguns governos, no caso do Brasil, tiveram e têm como pauta ou objetivo o moralismo

– costumes tradicionais, como o combate mentiroso da ideologia de gênero. De outro lado, a desqualificação de grupos e classes sociais, condenando o diferente, o Outro, incluso o vagabundo, o bandido.

O sociólogo, ex-presidente do instituto de pesquisa – IPEA – Souza (2018), expõe os objetivos da pesquisa e estudo sobre a classe média: (i) analisar as concepções que a classe média tem de si mesmo, de sua classe social, seu país e mundo, para isso exige-se a desconstrução de mentiras; (ii) refletir sobre o comportamento e as práticas que se fundamentam e justificam nas crenças de que é o forte, poderoso e inteligente, por meio de um narcisismo infantil, ego frágil; (iii) contribuir na reconstrução das bases morais – concepção de indivíduos/ser humano, de trabalho útil e digno, vida amorosa feliz, cidadania e democracia.

O autor tem como base empírica a pesquisa "Radiografia do Povo Brasileiro" com 600 entrevistas qualitativas com indivíduos de todas as classes sociais em todo o país, que desenvolveu como subsídio ao Projeto Pátria Educadora, no segundo governo Dilma Rousseff (2015-2016).

Considerando o objeto do presente estudo – o humano – com suas virtudes (bem) e vícios (mal), Souza (2018, p.59) destaca a importância de compreender na classe média a conexão entre moralidade e poder. Aborda que o infantilismo narcisista, o bloqueio cognitivo e a não reflexão crítica leva à crença de que o mundo se divide em gente de bem e gente do mal.

Os vagabundos ou bandidos do mal e os cidadãos de bem são crenças qualificativas da classe média sobre a sociedade humana subdividida entre inferiores (os primeiros) e superiores (os últimos). São mecanismos de hierarquização no processo de legitimação e justificação dos privilégios injusto (raiz da desigualdade) da classe média e elite. Desenvolve um aprendizado moral real e ou aprendizado moral de aparência.

Afirma Souza (2018, p.63), na justificativas dos privilégios, que a classe média desenvolve a noção de privilégio estético, isto é, na estética do bom gosto de vinho, comida sofisticada, comportamento adequado, vestimentos, filmes, conforme o padrão e gosto da classe média alta e da elite. Tem horror a pobre e a ralê. Os contatos sociais com estes são terciários e terceirizados.

Os políticos partidários da classe média, com as devidas exceções, que necessitam dos votos populares, da classe trabalhadora, mantém contatos com tais grupos sociais sem afeto, com frieza e cálculo. Distante terceirizam o afeto

para lideranças comunitárias locais, mediante remuneração ou troca de favores. Quanto aos políticos que desenvolvem contatos afetivos primários com o povo pobre, ralê, são considerados populistas, aproveitadores, manipuladores da vontade ingênua dos necessitados da periferia. O privilégio estético real não se mistura com o aparente (SOUZA, 2018).

Em suma, o problema do mal e o humano, substanciado no Ser, por razões epistemológica, enquanto teoria para compreender o conceito de vagabundo e cidadão é necessário emergir nas relações econômicas-estruturais da sociedade, bem como culturais. A busca de sentido e significado das práticas dos atores sociais envolvidos, bem como, suas representações. A teoria do conhecimento intercruza com a dimensão da objetividade e da subjetividade, enquanto totalidade. As determinâncias da produção material de existência e da consciência e representações (sentidos e significados) das relações sociais – seja nas críticas produzidas por Karl Marx, Gramsci e Jessé Souza – não reduzem as aproximações do real e da realidade. A leitura sobre os vagabundos e sobre os cidadãos – seja do bem ou do mal – contém objetividade e subjetividade.

4. DOS CIDADAOS DO BEM (MAL) AUTOPROCLAMADO - TIPOLOGIA

A cidadania foi sequestrada e colocada na prisão da totalidade absolutizada e divinizada. Apresenta-se a (nova) cidadania fake, enquanto ideologia - falsa consciência. O dualismo metafísico, platônico, agostiniano, tomista, cartesiano exterioriza, enquanto fenômeno fetichizado. O denominado cidadão do bem, nas narrativas do cínico da ética de resultados e do fanático da ética de intenções (BOBBIO, 2000, p.197), aparece – na lente do olhar - de maneira invertida, de cabeça para baixo, como afirmava Karl Marx, na questão Judaica em 1844[4]. O cidadão do bem não é do bem, enquanto substância ontológica. A contradição, enquanto princípio da dialética, afirma Vazquez (2011), as forças opostas tendem à unidade e à oposição.

Quem são os cidadãos do bem - autoproclamado? As narrativas de cidadão do bem e vagabundo do mal, considerando uma tentativa heurística, não

[4] Ver em K. Marx, *Sobre a Questão Judaica,* Boitempo, 2010, ao tratar sobre o Estado político e a sociedade civil, o burguês (bourgeois) e o cidadão (citoyen), em que o homem (judeu) é tratado como ser genérico.

empírica, de tipologia, são evocadas por setores do pensamento conservador, da classe média brasileira e políticos de direita. Quais as características, sua tipologia?

Codato, Berlatto, Colognesi (2018, p.881) detalha e classifica a direita no Brasil. Na tipologia dos políticos, nos espectros da direita, centro e esquerda, enquanto blocos ideológicos distribuem em partidos: (i) confessional de direita; (ii) personalista; (iii) centro-direita; (iv) centro esquerda; (v) esquerda; (vi) direita. Os representantes dos partidos que evocam o dualismo: vagabundo x cidadão são os religiosos de direita, personalistas (os fisiológicos), de direita e centro-direita.

Considerando os atributos dos atores, quanto as dimensões e categorias de origem social, valores ideológicos, filiação política e visão econômica, conforme Codato, Berlatto, Colognesi (2018, p.885), os das classes altas são ultraconservador (ideologia), agrupado a partido tradicional e neoliberal (na economia); os de classes média são conservadores, militam em partidos novos e pequenos, estatista e intervencionista; os de origem social nas classes baixa são liberais ou ultraliberais, indiferente a política partidária, apolíticista e não tem visão econômica definida.

É possível afirmar, considerando os modelos tipológicos de Codato (2018), que a evocação de distinção, rotulação, preconceito dos vagabundos do mal são dos grupos exceto a esquerda, isto é, de direita e centro. Assim tipificando os políticos de direita, afirma Codato (2018), os representantes são: (i) tradicional de direita; (ii) nova direita popular; (iii) direita populista; (iv) direita neoliberal; (v) direita libertária.

A beligerância e o combate aos inimigos, ímpios, hereges, pecadores, fornicadores, bestializados, falsos profetas – religiosos e cristãos, anticristo, corruptos, comunistas – em resumo – os vagabundos, no caso brasileiros se expressam por meio de pautas de reinvidicações e demandas sociais, políticas, econômicas e moral. Segue algumas ideias:

- contra a descriminalização do aborto, a favor da adoção da maioridade penal aos 16 anos e da "aplicação de penas mais rígidas para quem comete crimes".

- o Estado deve implantar agências reguladoras, autónomas e independentes, e não admitir nenhum excesso.

- contra os direitos dos homossexuais e o direito ao aborto, na defesa dos valores tradicionais nas questões morais. E outros.

A filósofa Márcia Tiburi (2020, p.128) numa análise sobre o risco do fascismo, no arco do pensamento autoritário, descreve a tipologia psicossocial de idiotas da direita e esquerda. Os tipos ideais de idiotas: o idiota raiz e o neoidiota. O idiota raiz se subdivide em (i) o ignorante orgulhoso; (ii) o "burro mesmo" – é aquele que "faz uma manifestação "democrática" para defender a volta da ditadura"; (iii) o de conhecimento paranoico – não tem dúvida/só certeza; (iv) o abortista da inteligência, o afeto paranoico o impede de experimentar a inteligência. O neoidiota se subdivide em (v) o mercenário que quer ganhar dinheiro com os outros idiotas; (vi) o cool lê o que escreve o idiota mercenário. Os idiotas, afirma Tiburi, se autodeclaram cidadãos e rotulam os vagabundos com o "olho gordo" da inveja.

Com a ascensão da tecnologia digital, da 4º Geração, os grupos beligerantes da direita se apropriaram da matriz teórica do jovem Marx (1913, p. 151) e de Antonio Gramsci (2011, p.38) da arma da crítica e da crítica da arma; da guerra de movimentos e movimentos de guerra, articulando coerção/ditatura com consentimento, a partir da técnica da guerra hibrida por meio de uma militância militar.

O combate militante aos grupos contra-hegemônicos de esquerda, centro esquerda ocorreram por três frente: (i) a mídia nativa dominante e redes sociais – núcleo superestrural-ideológico/consentimento-conformismo); (ii) o judiciário (núcleo jurídico-legal/coerção); (iii) forças militares-polícia federais (núcleo de força/ditadura).

As mídias profissionais dominantes de comunicação (jornais e televisão) disseminam uma opinião publicada como opinião pública. Uma empresa de um jornal paranaense, na busca do apoio popular, diz que está convencida de que é preciso preservar uma série de valores, constantemente atacados por uma agenda "progressista" que, na realidade, não faz jus ao nome, já que joga pela janela o real progresso da sociedade humana. Reafirma a pauta: O que as políticas públicas e as decisões judiciais estabelecem sobre a vida, o direito de família, a valorização da mulher, a livre iniciativa e os limites da intervenção do Estado são o foco principal da [nossa] cobertura. Destaca alguns tema abordado pela empresa: a agenda de costumes no Congresso, a discussão sobre os bebês gerados para servir de medicamento e a briga entre o Estatuto da Família e o Estatuto das Famílias , entre outros temas. Informamos sobre a inspiração

abortista da campanha "Ela decide" e as motivações duvidosas do movimento "livre de crianças". Uma lista de matérias seria interminável. E convoca os leitores: "E você? Que realidades gostaria de preservar? O que faz por isso? Você não está sozinho.

Assim, a cidadania arbusto da liberdade, da vontade livre, autodeterminação converte-se na hierarquia moral socialmente construída: não percepção da força das hierarquias; tudo é dinheiro; mundo simbólico irrefletido; narcisismo infantil (SOUZA, 2018, p. 39).

O cidadão do bem – autoproclamado é o tipo, que Souza (2018, p. 55) afirma, "ápice da imbecilidade: o indivíduo não sabe de nada, nem quem é, tampouco o que a sociedade fez dele, e ainda imagina que sabe tudo."

5. O MAL ENQUANTO MYSTERIUM INIQUITATIS

O problema do mal, no recorte das narrativas da filosofia (concepção de mundo) sobre os vagabundos e cidadãos, se expressam teoricamente como mistério e fascínio. A partir do pensamento agambenziano (2015/2018) relaciono a questão agostiniana, problema do mal, sobre o mistério - *mysterium facinoris* de Ticônio e *mysterium iniquitatis* de Agostinho. Abordo sobre a categoria teológico-política do "Anticristo", citadas por segmentos evangélicos, neopentescostais, de rotulagem das esquerdas como *mysterium tes anomia*s. No fim dos tempos os humanos corrompidos, fora da ordem – "os malditos" – são as esquerdas, comunistas, minorias, periferias, os pobres, lgbt, etc. Na reflexão filosófico-religiosa sobre a relação entre o bem e o mal, os mistérios (mysterium) de Deus se realizam com suas idiossincrasias.

O mysterium iniquitatis de Agamben. Os vagabundos do mal e os cidadãos do bem, enquanto narrativas de alguns humanos, dispõe de existência histórica e significado político. Agamben, em *O mistério do mal: Bento XVI e o fim dos tempos* (2015), trata sobre a história como mistério e a escatologia. Analisa a crise da sociedade e suas instituições contemporâneas – a legalidade e a legitimidade – e neste contexto interpreta a renúncia (28/02/2013) do papa Bento XVI no arco do mistério da Igreja e a escatologia do fim dos tempos. A renúncia do papa em continuar o mandato na duração régia do papado expressa que a legalidade não sobrepunha a legitimidade, frente ao contexto eclesial, as circunstâncias mundanas que se apresentava como caótica – os mistérios do mal.

Enfrentar o mal exige-se força e vigor. A execução do papel mediador da Igreja de dar sentido e significado para a realidade caótica – de anomia – crise das instituições, da democracia, da política (partidos) e da Igreja, exige-se legitimidade.

A história como fim, início e processo é mistério. A repetição do conteúdo do gesto de renúncia de Bento XVI (2013) com papa Celestino V (1294), no intervalo de 800 anos na história é um drama histórico e alívio, do ponto de vista da instituição do Vaticano[5]. O governo, a gestão, método, concepção de mundo, ser humano, Deus e Igreja eclesial do papa Bento XVI é conservador, dogmático e caminhava para o recuo frente à modernidade. Na declaração de renúncia[6], afirma o papa que "no mundo de hoje, sujeito a rápidas mudanças e agitado por questões de grande relevância para a vida da fé, para governar a barca de São Pedro e anunciar o Evangelho, também é necessário um vigor seja do corpo, seja da alma, [...] devo reconhecer minha incapacidade em administrar bem o ministério a mim confiado". Igreja ***fusca*** (negra) composta pelos maus (Satanás) e a Igreja ***decora*** composta pelos fiéis de Cristo, conforme pensamento de Ticônio (370-390) continuam misturadas e no fim dos tempos se dividirão. Os vagabundos do mal, também como insígnia, se ancoram nos religiosos, pastorais da Igreja, instituições de Direitos Humanos e outros, que motivados pela fé apoiam, defendem e protegem os pobres contra a pobreza e as injustiças. A narrativa é: são vagabundos que apoiam vagabundos.

O mistério da iniquidade e a história do mistério, revela o que diagnosticou Paulo, no final dos tempos que o katechon – o homem da anomia – aparecerá para retardar, aniquilar a gloria de Deus. Assim sendo, na visão dos cidadãos do bem, é necessário eliminar, limpar, exterminar do mundo os ímpios – os katechon – iniquitatis – os vagabundos, pois são representantes do mal. Para não atrasar na escatologia – fim dos tempos – cabe aos cidadãos do bem a tarefa de admoestar, identificar e expulsar do mundo. A idiotia, enquanto psicopatia, alimenta a prática de muitos fascistas, como afirma Umberto Eco (2017).

[5] No ambiente das duas renúncias ocorriam no Vaticano denúncias de prevaricações, simonias da corte papal. O poder temporal e espiritual do papa se complemental e exige-se exemplaridade.

[6] Declaração de Renúncia do papa Bento XVI, de 10 de fevereiro de 2013, homologada em 28/02/2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A resposta à indagação juvenil – quais os fundamentos da assertiva sobre os vagabundos do bem e os cidadãos do mal – implica numa radicalidade – "ser radical, isto é, agarrar a coisa pela raiz" (MARX). O paradoxo se impõe numa realidade de um fascismo eterno que teima e revivar e reviver, de forma fugaz, dissimulada rompendo com a democracia (Brasil, EUA, Hungria, Filipinas e outros).

Percorremos incialmente o embate sobre a polarização entre o bem e o mal, no arco dos espectros da política e da economia. A manutenção do domínio dos capitalistas, reprodução do capital, tem como estratégia de eliminação dos oponentes a polarização. Colocar em polos (bem-mal) opostos facilita a identificação, os movimentos e armas. Entre a direita e a esquerda, o centro assume a funcionalidade de braço da direita. Os "mornos", no atual estágio do jogo político estão perdendo lugar de direção política, mas a opção de não ser quente ou frio evoca a sua emulação – regurgitar. Entre a desigualdade, discriminação, preconceito, rotulagem sobre os ditos vagabundos do mal, e gozo e o prazer no usufruto dos direitos, proteção e garantias dos bens da sociedade dos cidadãos do bem, o morno – o centro – fica no muro. O juízo ético exige uma tomada de decisão.

A religião, enquanto fenômeno que amálgama a sociedade, na funcionalidade de domínio e conservação, provoca, irrompe uma objetivação das necessidades sociais do gênero humano e demarca outra necessidade – a da busca de sentido e significado, em que materialidade não é negada, mas assumida sobre outro prisma ontológico e transcendente. O mal aparece na história não como ontologia, mas como resultado das relações sociais entre os humanos. Como enigmático na história da humanidade aparece o personagem Jesus de Nazáre (matriz do cristianismo) que tem como referência os marginais, os vagabundos. Crucificado como vagabundo, pelo Império Romano – Cidadão – Cytoen. A morte e ressurreição foi resultado de sua prática e não apenas de seu discurso. Na economia dialética da salvação os eleitos são os não eleitos.

Na busca de uma teoria do conhecimento (epistemologia) que nos aproxima do conceito de vagabundos e cidadãos deparamos com a prática – o trabalho – as relações materiais de produção da existência são matrizes fundamentais. Entretanto é necessário emergir das relações econômicas – objetivas – para as relações subjetivas que demarcam as relações concretas da vida e lá encontrar os vadios e vagabundos, sob a forma de homem massa;

bandido; comunista; humildes e o negros, novos escravos da ralé brasileira. Os autoproclamados cidadãos do bem – a classe média - se distinguem do ex-escravos por meio do racismo implícito fundando em uma ontologia de seres humanos distintos com cidadania e outros com subcidadania. A raça e a etnia não subvertem a classe em luta. Na luta de classes que revela o ser humano. A contradição do cidadão e do vagabundo se espalha na radicalidade da produção da existência das classes subalternas.

Os cidadãos do bem, em sua tipologia no quadro da política e da economia, afirma a sua distinção como crença da classe média e da elite que busca a legitimação e justificativa dos privilégios. A moralidade (corrupta, o ego inflado egoísta e o narcisismo infantil) é o cabide do ápice da imbecilidade da classe.

Santo Agostinho, nas meditações sobre o mal e sua procedência provém de Deus, respondeu que o mal não é um ser (não tem ontologia), mas uma deficiência e privação do ser humano. O vagabundo do mal, ontologicamente, não é do mal. O cidadão – autoproclamado do bem, na condição de humano não é só do bem, pois sofre de privação – passa por escândalo.

A distinção explicita a bipolaridade, provoca a explicitação dos conflitos de classes. O bem e o mal, o katechon e oikonomia (AGAMBEN, 2018) manifesta como dimensão religiosa. Neste campo, merece uma crítica, conforme Lukacs (2013), em que na religião implica uma forma de estranhamento, na cisão entre o homem singular e a universalidade do gênero humano. No desenvolvimento das forças produtivas promove o desenvolvimento das capacidades humanas. No desenvolvimento das capacidades humanas não significa necessariamente desenvolvimento da personalidade, pois o incremento das capacidades singulares pode reformar, rebaixar a capacidade humana. Na religião as capacidades humanas são renegadas ao segundo plano e projetada a Deus, ou a demiurgo sobrenatural (CARLI, 2017, p. 96). Por certo, os cristãos motivados pelo sentimento ético da irmandade podam eleva-lo a atos – práxis – que conduza a superação do estranhamento, no abraçar da totalidade. Assim, o vagabundo do mal se supera como vagabundo do bem. O cidadão do mal, torna-se cidadão do bem. A transformação ocorre na eliminação do vagabundo e o "cidadão", todos se tornam humanos em lutas na história concretos da vida, combatendo o fascismo que avizinha e os anticristos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O mistério do mal*: Bento XVI e o fim dos tempos. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: Editora UFSC, 2015.

AGOSTINO, Antonella. Bandidos/banditismo. In: LIGUORI, G. VOZA, P (orgs). *Dicionário Gramsciano (1926-1937).* São Paulo: Boitempo, 2017.

AURÉLIO, Buarque de Holanda Ferreira. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Folha de São Paulo; Nova Fronteira, 1995.

BARATA, Giorgio. Homem-Massa. In: LIGUORI, G. VOZA, P (orgs). *Dicionário Gramsciano (1926-1937).* São Paulo: Boitempo, 2017.

BÍBLIA DE JERUSALÉM**.** São Paulo: Paulus, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Direita e Esquerda:* razões e significados de uma distinção política. São Paulo: Unesp, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política:* a filosofia política e as lições dos clássicos. 14ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOFF, Leonardo. *O caminhar da igreja com os oprimidos:* do vale de lágrimas à terra prometida. 2ªed. Rio de Janeiro: Codecri, 1981.

CARLI, Ranieri. Gyorgi Lukács e a crítica da necessidade social da religião. *Revista Crítica Marxista*, São Paulo, n. 41, p.89-101, 2017.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*: o Rio de Janeiro e a República que não foi. Rio de Janeiro: Companhias das Letras, 1987.

CODATO, A.; BERLATTO, F.; BOLOGNESI, B. Tipologia dos políticos de direita no Brasil: uma classificação empírica". *Análise Social,* Lisboa (PT), n. 229, v. LIII, (4.º), pp. 870-897, 2018.

COMPARATO, Fábio K. *A civilização capitalista*: para compreender o mundo em que vivemos. São Paulo: Saraiva, 2014.

COTTRELL, Jack. *A fé de uma vez por todas:* Doutrina Bíblica para hoje. São Paulo: Reflexão, 2020.

DE MAIS, Domenico. *O Futuro chegou*: modelos de vida para uma sociedade desorientada. Tradução Marcelo Costa Sievers. 1ªed. Rio de Janeiro: Casa de Palavra, 2014.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação na América Latina*. São Paulo: Loyola; Piracicaba: Unimep. 1980.

ECO, Umberto. *O fascismo eterno*. Tradução de Eliana Aguiar. 1ªed. Rio de Janeiro: Record, 2018.

FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. 2ª edição. São Paulo: Global, 2007.

GIDDENS, Antony. *Para Além da Esquerda e Direita*. São Paulo: Unesp, 2010.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. V.6. 2ºEd. Carlos Nelson Coutinho com Marco A. Nogueira e Luiz S. Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

HOORNAERT, Eduardo. *A memória do povo cristão:* uma história da Igreja nos três primeiros séculos. Petrópolis: Vozes, 1986. Coleção Teologia & Libertação. Série I Experiência de Deus e Justiça. Tomo III.

LIBÂNIO, João B. BINGEMER, Maria C. *Escatologia cristã:* o Novo Céu e a Nova Terra. Petrópolis: Vozes,1985. Tomo X, Série III: A Libertação na História, Coleção Teologia e Libertação.

LUKACS, Gyorgi. *Para uma ontologia do ser social II*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, Karl. *Crítica à filosofia do direito em Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, Karl. *O Capital – Livro 2:* crítica da economia política. São Paulo: Boitempo, 2015, v. 2.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.

RICOUER, Paul. *O mal:* um desafio à Filosofia e à Teologia. Campinas: Papirus, 1988.

SANTO AGOSTINHO. *O livre-arbítrio*. São Paulo: Paulus, 1995. Coleção Patrística.

SAVIANI, Dermeval. *Pedagogia histórico-crítica*: primeiras aproximações. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2018.

SOUZA, Jessé. *A classe média no espelho:* sua história, seus sonhos, e ilusões, sua realidade. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso:* da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira:* para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

VÁZQUEZ, Adolfo S. *Filosofia da Práxis*. Tradução de Maria Encarnacion Moya. 2ªed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

A JUDICIALIZAÇÃO DA INTOLERÂNCIA RELIGIOSA E A PUNIÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO: aportes teóricos para a análise dos discursos no campo do Direito

Joyce Abreu de Lira
Universidade Federal Fluminense, Doutoranda
Programa de Pós-Graduação em Direitos Instituições e Negócios, Niterói, Brasil
joycelira@id.uff.br

Dayane Aguiar Teixeira
Universidade Federal Fluminense
Mestranda, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Niterói, Brasil,
85dayane.at@gmail.com

Resumo: A presente pesquisa pretende investigar o desenvolvimento do conceito de tolerância e sua relação com os discursos de ódio, no contexto de julgamentos em processos judiciais. Objetiva-se apresentar os conceitos de linguística, a partir das reflexões de Levinson, Recanati e Pádua. A partir dos conceitos apresentados, serão analisados casos apreciados casos tornados públicos, seja por entrevistas, por processos judiciais com ou outras manifestações públicas envolvendo a intolerância religiosa e do discurso de ódio. Dessa maneira, a pesquisa é desenvolvida a partir do método dedutivo. Parte-se da pesquisa dogmática, a partir da revisão bibliográfica, parcialmente exploratória. Em seguida, aplicando-se os conceitos teóricos, apresenta-se a parte mais empírica da pesquisa, com a técnica de estudo de casos, a fim de tentar apresentar uma análise desses discursos judiciais, a partir dos referenciais teóricos mencionados. Com isso, pretende-se verificar de que modo o discurso religioso está interligado à intolerância religiosa e, consequentemente, como o Direito e a jurisprudência têm desenvolvido suas decisões em torno da temática.

Palavras chave: discurso de ódio; intolerância religiosa; totalitarismo.

INTRODUÇÃO

A intolerância religiosa manifestada enquanto um discurso de ódio tem sido objeto de crescente interesse acadêmico. Insere-se no contexto múltiplo das relações sociais, refletindo em impactos não só na vida social, mas também política e jurídica. No Brasil, nas últimas duas décadas, percebe-se o aumento das práticas e discursos de ódio no tema religioso. A intolerância religiosa viola os objetivos democráticos, sociais e jurídicos em um país tão plural e múltiplo, cuja laicidade do Estado consta da Constituição.

O artigo, assim, pretende apresentar o panorama teórico de base para compreensão do termo tolerância bem como relacioná-lo com a criminalização de discursos discriminatórios (ou comumente denominados discursos de ódio) com foco na religião praticada pelo indivíduo.

Almeja-se também, trazer alguns casos tornados públicos, seja por entrevistas, por processos judiciais com ou outras manifestações públicas envolvendo a intolerância religiosa e do discurso de ódio. Objetiva-se demonstrar os desdobramentos de alguns conceitos linguísticos apresentados pelos autores Stephen Levinson, François Recanati e por João Pedro Pádua diante das manifestações da linguagem em cada caso.

A pesquisa é desenvolvida a partir do método dedutivo, pois inicia-se no campo abstrato das teorias aplicáveis aos temas objeto do trabalho. Caracteriza-se, por isso, como pesquisa dogmática, uma vez que a partir da revisão bibliográfica, parcialmente exploratória, pretende-se traçar o panorama teórico para que posteriormente esses conceitos sejam confrontados com os casos concretos. Nesse ponto, a pesquisa conta com a técnica de estudo de casos, cuja tentativa é a de apresentar uma análise desses discursos judiciais, a partir dos referenciais teóricos mencionados. Com isso, num aspecto geral, pretende-se verificar de que modo o discurso religioso está interligado à intolerância religiosa e, consequentemente, como o Direito e a jurisprudência têm desenvolvido suas decisões em torno da temática

A pesquisa caracteriza-se como exploratória quanto aos objetivos e quanto aos procedimentos, apresentando um estudo de caráter bibliográfico, aquele que explica um tema ou problema com base em referências teóricas já elaboradas e publicadas. Tal pesquisa objetiva oferecer maior familiaridade com o problema, que interliga o direito à linguística, tornando mais explícita essa relação, e a sua relevância para analisar as consequências judiciais das práticas de intolerância religiosa.

A hipótese a ser confirmada ou refutada consubstancia-se na necessidade de peritos em linguística para auxiliar os julgamentos de processos judiciais, diante dos constantes discursos de ódio que, em tese, não poderiam ser punidos judicialmente.

1. O CONCEITO DE TOLERÂNCIA

O conceito histórico de tolerância transcorre por diversas correntes filosóficas. Inicialmente, o termo foi tratado como possibilidade de convivência pacífica entre duas ou mais religiões. Tolerar era visto como a possibilidade de aceitação das convicções alheias. Dessa forma, não revelava uma relação de isonomia entre os indivíduos, ao revés, traduzia uma relação de desigualdade, haja vista que aquele que se julgava superior, tolerava o inferior, sendo com este "benevolente".

Durante o período da idade moderna na Europa, o sentido mais relevante do conceito de tolerância articula as esferas religiosa e política. O valor ético de tolerância surgiu em meio a diversidade de posições religiosas possivelmente existentes dentro de um mesmo Estado. Contudo, tolerância, primeiramente vista em seu aspecto religioso, não chegou a ultrapassar os limites da identidade do próprio cristianismo como a única religião verdadeira.

Na esfera política, o conceito de tolerância inicialmente revelou um discurso sobre a diversidade nos chamados valores universais iluministas, como os direitos fundamentais do homem; mas, em verdade, não levaram em conta todos os tipos de diversidades de uma sociedade multicultural. Dessa forma, o termo tolerância adquire especial relevância no período iluminista da humanidade como reação à intolerância religiosa, intensificada na Reforma Protestante e, posteriormente, na Contrarreforma Católica.

Durante o período da idade moderna na Europa, o sentido mais relevante do conceito de tolerância articula as esferas religiosa e política. O valor ético de tolerância surgiu em meio a diversidade de posições religiosas possivelmente existentes dentro de um mesmo Estado. Contudo, tolerância, primeiramente vista em seu aspecto religioso, não chegou a ultrapassar os limites da identidade do próprio cristianismo como a única religião verdadeira.

Para o filósofo John Locke, a finalidade primordial do Estado era a de preservação de alguns dos direitos essenciais do homem, ressaltando que a Igreja não deveria nem poderia impor qualquer tipo de tortura àquele que não professasse a mesma fé. Vejamos:

> A tolerância para os defensores de opiniões opostas acerca de temas religiosos está tão de acordo com o Evangelho e com a razão que parece monstruoso que os homens sejam cegos diante de uma luz tão clara. Não condenarei aqui o orgulho e a ambição de uns, a paixão a

> impiedade e o zelo descaridoso de outros. Estes defeitos não podem, talvez, ser erradicados dos assuntos humanos, embora sejam tais que ninguém gostaria que lhe fosse abertamente atribuído; pois, quando alguém se encontra seduzido por eles, tenta arduamente despertar elogios ao disfarçá-los sob cores ilusórias. Mas que uns não podem camuflar sua perseguição e crueldade não cristãs com o pretexto de zelar pela comunidade e pela obediência às leis; e que outros, em nome da religião, não devem solicitar permissão a sua imoralidade e impunidade de seus delitos; numa palavra, ninguém pode impor-se a si mesmo ou aos outros, quer como obediente súdito de seu príncipe, quer como sincero venerador de Deus: considero isso necessário sobretudo pra distinguir entre as funções do governo civil e da religião, e para demarcar as verdadeiras fronteiras entre a Igreja e a comunidade. (LOCKE, 1973, p. 10)

O pensador e escritor francês Voltaire também discorreu sobre a tolerância, com pontos semelhantes e divergentes à posição de Locke. As diferenças de posicionamento entre os dois revelam que Voltaire prioriza a perspectiva histórica do termo, mostrando que a intolerância era um erro que ofuscava a humanidade. Para ele, as atitudes de recusar as opiniões diversas era fruto de um mal do espírito típico de uma barbárie que já tinha sido superada e que, aqueles que ainda persistiam, não sabiam fazer bom uso da razão. Voltaire pode ser entendido como um filósofo que fez um apelo para que se instaurasse uma sociedade tolerante e compreensiva quanto às singularidades humanas. Voltaire afirmou em sua obra "Tratado sobre a Tolerância":

> A natureza diz a todos os homens: Fiz todos vós nascerem fracos e ignorantes, para vegetarem alguns minutos na terra e adubarem-se com vossos cadáveres. Já que sois fracos, auxiliai-vos; já que sois ignorantes, instruí-vos e tolerai-vos. Ainda que fôsseis todos da mesma opinião, o que certamente jamais acontecerá, ainda que só houvesse um único homem com opinião contrária, deveríeis perdoá-lo, pois sou eu que o faço pensar como ele pensa (VOLTAIRE, 2000, P. 136-137)

O filósofo francês relata a tolerância como medida necessária de repressão contra a intolerância, descrevendo exemplos de convivência harmônica entre diferentes religiões, sendo particularmente crítico para com a religião católica, normalmente colocando-a como intolerante e contrária aos ensinamentos do cristianismo. Entendia que o aumento do conhecimento contribuiria para atenuar as discórdias.

Os ideais de tolerância vão progressivamente mudando a relação entre Estado e Igreja, finalmente alocando a religião como assunto de foro privado, o qual não deveria interferir nas decisões públicas do Estado. Ainda nos dias atuais, significantes autores ratificam a importância do debate sobre os riscos e desafios a serem enfrentados pelo Estado no contexto de um ressurgimento da religião na área política de sociedades democráticas e pluralistas (CASAMASSO, 2014), p. 89-106).

A relevância da tolerância reside na própria natureza do ser humano, de onde advém os argumentos a favor da boa convivência. Não se trata simplesmente de suportar o outro, pelo respeito àquilo que temos de diferente, mas por nossa identificação recíproca como seres humanos, portadores dos mesmos direitos e deveres, sendo na identidade entre os seres humanos e em sua natureza única que se justifica a tolerância, a qual é adquirida por meio do conhecimento e do respeito, repelindo-se a ignorância bem como toda e qualquer forma de preconceito e discriminação.

2. TOLERÂNCIA E A CRIMINALIZAÇÃO DOS DISCURSOS DE ÓDIO

Norberto Bobbio, em sua obra "Elogio da Serenidade", trabalha o tema da tolerância sob dois prismas, o da verdade e o da diversidade. No primeiro prisma, a tolerância é vista como um remédio contra as verdades absolutas, estabelecendo uma reflexão sobre a compatibilidade teórica e prática de verdades contrapostas; no segundo, apresenta-se como forma de combate ao preconceito e a discriminação: verifica-se a tolerância diante daquele que é diverso por razões raciais, culturais ou sociais, o que coloca em evidência a questão do preconceito e da consequente discriminação e exclusão de parte da população.

Acerca da tolerância em face da diversidade, Bobbio aduz que o preconceito advém de uma opinião errônea, uma predisposição em ter como verdade algo que é um sentimento íntimo não refletido ou um julgamento particular (BOBBIO, 2002, p. 103).

Os contínuos processos de discriminação e exclusão são consequências diretas dessa errada predisposição. Para combatê-la, Bobbio apresenta a serenidade como virtude capaz de encarar o preconceito mediante a prática contínua da tolerância. A serenidade pode focar-se de forma passiva no âmbito

particular, no exercício da resignação e da tranquilidade, ou de forma ativa, representando a relação do indivíduo com os demais, no ato de padecer ou atenuar o peso que outra pessoa suporta, tornando a convivência mais solidária:

> Como modo de ser em relação ao outro, a serenidade resvala o território da tolerância e do respeito pelas ideias e pelos modos de viver dos outros. No entanto, se o indivíduo sereno é tolerante e respeitoso, não é apenas isso. A tolerância é recíproca; para que exista tolerância é preciso que se esteja ao menos em dois. Uma situação de tolerância existe quando um tolera o outro. Se eu tolero e você não me tolera, não há um estado de tolerância, mas ao contrário, de prepotência (BOBBIO, 2002, p. 42-43).

Entretanto, nem sempre a tolerância é a resposta adequada em um cenário democrático. Em determinadas hipóteses, onde violam-se direitos fundamentais, nossos Tribunais devem, com respaldo tanto na Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) quanto na norma infraconstitucional, punir adequadamente os discursos discriminatórios.

A CRFB/88 determina que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". (Art. 5º, XLI). Destarte, a discriminação é considerada incompatível com um dos princípios-base do ordenamento jurídico, o princípio da igualdade, e por isso deve ser rejeitada e combatida. Esse combate é feito a partir de dois grandes modelos: o modelo repressor e o das ações afirmativas (BRITO FILHO, 2013).

A presente pesquisa abordará apenas o primeiro modelo, que cuida da ação estatal, da edição de normas que impedem e reprimem condutas discriminatórias, criminalizando-as. É o modelo caracterizado como estático, pois se limita a punir a conduta definida como discriminatória (BRITO FILHO, 2013).

Nossa Constituição Federal possui claras disposições no sentido da vedação de discriminação e correspondente repressão. Exemplos: "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política" (art. 5º, VIII); "proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência" (art. 7º, XXXI); "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação." (art. 227º, § 6º).

Outrossim, a legislação infraconstitucional, especifica a criminalização dos discursos de ódio e preconceito. O artigo 1º da Lei 7716/1989 preleciona: "Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.". O artigo 20º condena, ainda, a penas de multa e reclusão de até 3 (três) anos àquele que "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional." (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

O Supremo Tribunal Federal, em um famoso caso julgado em 2017 (RHC 134.682/BA – Caso Abib), através do relator, ministro Edson Fachin, fez a proposta de adoção de critérios objetivos configuradores dos discursos de ódio ou mais precisamente atos de discriminação, extraídos da coletânea "Elogio da Serenidade". Em seu voto, o ministro destacou que o proselitismo religioso, abrigado no núcleo do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, e na inviolabilidade do direito à consciência, à crença e à livre adesão a religiões, compreende o direito de fazer críticas a outras religiões, compará-las, bem como de defender a superioridade da religião de que se faz apologia[1].

Apenas quando se faz a apologia de negação de direitos fundamentais a grupos de indivíduos ligados pela raça, etnia, cor, religião, procedência nacional, ou mesmo gênero, estaríamos diante de um discurso de discriminação. Somente neste caso uma conduta se enquadraria no tipo penal do art. 20º da Lei 7.716/89.

Contudo, percebe-se que ainda quando se viola o direito fundamental à dignidade dos ofendidos que são alvos de discursos de ódio, como no supracitado Caso Abib e como nas falas do pastor Silas Malafaia, dificilmente há a efetiva punição ao discurso de ódio em nosso país.

3. RECANATI E O DISCURSO

O conceito de comunicação é baseado não apenas em signos e seus significantes. Para que a comunicação ocorra é necessária, ainda, a interação entre locutor e espectador. Aquele que fala, tem a intenção de comunicar algo. Para o

[1] BRASIL. Superior Tribunal Federal. RHC 134.682. Relator Ministro Edson Fachin. Sessão de 29 de novembro de 2016. Publicado em 29 de agosto de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125 Acesso em: 12 de out. 2020.

sucesso do ato de comunicar, é necessário que a mensagem seja compreendida pelo espectador.

É imperioso, ainda, observar o contexto no qual as frases e falas estão inseridas, uma vez que as palavras não têm significado absoluto estando, a todo o momento, sujeitas a uma infinidade de interpretações.

Em *What is Said*, Fraçois Recanati afirma que: "A característica distinta do significado de uma frase (o significado linguístico do tipo de uma frase de determinado tipo) é que ele é convencional e independente de contexto. Ademais, ao menos em geral, ele falha em constituir uma proposta completa (RECANATI, 2001, p. 67).

Segundo Recanati, embora uma frase possa ter significado independentemente de um contexto, ela não funciona como proposta de comunicação. Aduz o autor que:

> Em contrapartida, tanto "o que é falado" quanto "o que se quer dizer" são dependentes de um contexto e propositivos. A diferença ente "o que é falado" e "o que se quer dizer" é que o primeiro está restrito ao significado da frase de uma forma que aquilo que se quer dizer não está (RECANATI, 2001, p. 63).

Embora haja sentido, se esse sentido não traz consigo uma proposta, não configura como comunicação. Por essa ótica, analisemos, então o trecho a seguir, repetido em diversas pregações do pastor Silas Malafaia, que se refere às ofertas em dinheiro cedidas pelos fiéis: "O semeador planta a semente do limão porque ele quer colher limão, não laranja ou mamão ou abacaxi" (RIBEIRO, 2011).

Analisando a seguinte frase, repetida por diversas vezes em suas pregações (aqui, retirada de uma entrevista cedida à revista Piauí, publicada em setembro de 2011) a fim de justificar as doações pedidas como condição de prosperidade, temos o sentido semântico muito claro: compreende-se que o sentido, quando concebido de forma literal, tem caráter lógico e informativo. Quando se planta uma semente, espera-se, obviamente, que o fruto gerado seja correspondente à semente plantada (RIBEIRO, 2011).

Na fala destacada, não há nenhuma alusão a dinheiro ou doações de qualquer tipo. Porém, quando a mesma frase é dita em um púlpito durante um culto onde essas contribuições financeiras são práxis, a proposta por trás da semântica pode ser interpretada como "quem quer muito deve doar em igual

proporção" ou "não se pode doar pouco e esperar receber em abundância" coagindo, assim, o fiel a fazer doações mais substanciais.

Tantas outras interpretações são possíveis para "aquilo que é dito", porém, dentro do contexto no qual a frase usada como exemplo se encaixa, a intenção por trás do significado e da interpretação se faz muito clara. Existe uma distinção entre o significado linguístico de um tipo de frase e o que é dito (a proposta expressa) pela maneira como a frase é enunciada.

Ao proferir a frase usada como exemplo em suas pregações energéticas e inflamadas, faz-se evidente o real sentido daquilo que foi dito pelo pastor.

4. LEVINSON E A PRAGMÁTICA

Em fragmento do livro Pragmática, Stephen Levinson discute a necessidade de um contexto para que o ato da comunicação possa ser interpretado com sucesso: "antes, elas (frases) refletem nossa capacidade de extrair de enunciações em sequência as suposições contextuais que elas sugerem: os fatos a respeito das relações espaciais, temporais e sociais entre os participantes, bem como as crenças e intenções necessárias para procederem a certas trocas verbais (LEVINSON, 2007, p. 58).

Percebe-se por esse trecho, que as relações entre locutor e espectador são determinantes para a compreensão do sentido daquilo que se quer comunicar. Embora as interpretações sejam incontáveis, os contextos espacial, temporal e social dos agentes da fala permite um estreitamento dessas interpretações.

Veja-se outro fragmento da entrevista cedida por Silas Malafaia à revista Piauí:

> Aí vem a irmã dentro da igreja com a roupa arroxada, os dois melões de fora e o cara do lado só olhando, só no *somebody to love*. (…) Se você está indecorosa, você peca e faz o outro pecar! E se você deixa sua mulher sair assim, você é um mané, um otário! Bota o silicone que você quiser, minha irmã! Mas se você quiser ser o instrumento do pecado, a glória de Deus vai embora e você vai pagar a conta com Jeová! (RIBEIRO, 2011)

A palavra melões, quando analisada semanticamente, significa nada mais que um fruto, originário do oriente médio. O emprego da palavra toma sentido pragmático a partir da análise do restante da oração. Observando palavras como pecado, roupa, arroxada, igreja, mulher e silicone, bem como do contexto cultural

sabido pelos leitores da revista Piauí, é possível fazer uma leitura das intenções pretendidas pela fala do pastor.

Em relação ao contexto social em que se insere o pastor objeto desta pesquisa, cabe destacar que a religião evangélica é a segunda maior religião praticada pelos brasileiros. Na última década, segundo o censo realizado pelo IBGE, publicado pela revista VEJA no ano de 2012, embora a religião mais praticada no país ainda fosse a católica, houve um aumento significativo no número de praticantes da religião evangélica, sendo a religião que mais cresce com aumento de 5,2% para 22,2% nos últimos 40 anos (AZEVEDO, 2012).

A religião evangélica é uma doutrina amplamente conhecida por sua interpretação quase literal da Bíblia, condenando veementemente práticas nela previstas como o homossexualismo, a adoração a outra entidade que não Jesus e o sexo por prazer. Tal interpretação resulta, muitas vezes, em comportamentos que ferem o direito individual à expressão.

Observa-se novamente um fragmento da fala do pastor: "Se você está indecorosa, você peca e faz o outro pecar!" (AZEVEDO, 2012). Nessa passagem, o pastor não apenas condena o direito que as mulheres têm de se vestir da maneira como lhes convier, mas a condena como "pecadora" por quebrar o decoro pregado pela doutrina evangélica e, ainda atribui a ela a "culpa" pela atitude igualmente condenável de um homem que, em hipótese, olharia seu corpo com desejo.

Ademais, na oração: "E se você deixa sua mulher sair assim, você é um mané" (AZEVEDO, 2012)., o emprego da palavra "sua" em relação à palavra "mulher" revela a mulher como propriedade do homem, como um objeto ou uma serva que a ele pertence, conferindo ao marido o direito de regular as ações de sua esposa, necessitando-a de uma suposta "permissão" para escolher qual roupa usar no momento de sair de casa.

Concebida em sua integralidade, conclui-se que a fala do pastor tem, como intenção, diminuir o direito que a mulher tem de controle do seu próprio corpo e sua imagem. Além disso, coloca-a no papel de agente do pecado, a causa de um possível lapso moral dos homens, absorvendo-os da responsabilidade por suas ações e autocontrole.

É imprescindível, a partir do exemplo acima, observar o contexto no qual a frase foi enunciada a partir da proposta pragmática discutido por Levinson. Talvez, em outro contexto social, a exibição de parte do corpo feminino não seria

condenável. Em aldeias indígenas, não se tem o costume de cobrir o corpo com roupas e, dessa forma, os seios desnudos são nada mais que parte do corpo humano, que nutrem a prole, ao invés de alvo de desejo carnal. Consoante defende o autor:

> A ideia é que partindo de sequências de enunciações, consideradas em conjunto com algumas suposições de fundo a respeito do uso linguístico, podem comportar inferências altamente detalhadas a respeito da natureza das suposições que os participantes estão fazendo e dos fins para os quais as enunciações estão sendo usadas. Para participar do uso linguístico comum, devemos ser capazes de fazer esse tipo de cálculo, na produção c na interpretação. Essa capacidade independe de crenças, sentimentos e usos idiossincráticos (apesar de poder referir-se aos compartilhados pelos participantes) e baseia-se, na maior parte, em princípios bastante regulares e relativamente abstratos. A pragmática pode ser considerada a descrição _desta capacidade, já que opera pari línguas específicas e para a língua em geral. Tal descrição deve certamente desempenhar um papel em qualquer teoria geral da linguística. (LEVINSON, 2007, p. 64)

As suposições citadas por Levinson no parágrafo acima são produto do contexto oferecido para a fala. Conquanto essa interpretação independa de crenças e sentimentos, quando consideramos que a frase dada como exemplo foi enunciada durante um culto que faz parte de uma doutrina radical e que, notoriamente, se baseia na condenação de práticas a partir das escrituras da Bíblia, a interpretação das intenções do discurso do pastor se faz possível.

5. A NECESSIDADE DE PERITOS EM LINGUÍSTICA EM PROCESSOS JUDICIAIS

As intenções citadas no tópico anterior podem configurar como discurso de ódio, considerado crime como previsto pela Lei 1776/1989. Porém, o número de condenações por crime de discurso de ódio ainda é baixo e para uma mudança nessa condição, o professor da Universidade Federal Fluminense Joao Pedro Pádua propõe que se estabeleça um perito em linguística como profissional necessário para análise de processos judiciais. Vejamos:

> (...) uma coisa é ser falante da uma língua. Outra é entender como ela funciona e como os falantes utilizam-na de maneiras previsíveis e ordenadas (SACKS, 1972). Ninguém precisa ser mecânico para dirigir um carro; mas ninguém sabe como se estrutura um carro sem ser mecânico. (PÁDUA, 2020, p. 17)

O discurso se constrói a partir de uma variedade de enunciados, não detendo apenas uma interpretação verdadeira, uma vez que as palavras que compõem esse discurso não têm apenas um sentido real e verdadeiro, podendo ter diversas interpretações, considerando a infinidade de contextos nos quais uma fala ou frase pode estar inserida.

Para uma análise efetiva do discurso, faz-se necessário não somente compreender os signos e suas funções, ou seja, não basta ser mero nativo do país da língua na qual o discurso é expresso, mas é preciso analisar, também, o contexto em que a fala foi pronunciada para que o ato de se comunicar seja bem sucedido.

No que toca o exercício da justiça, a análise linguística de discursos pode ser determinante para o julgamento de casos como os exemplificados aqui pelas falas do pastor Silas Malafaia.

O emprego de certos termos e palavras, quando analisado de forma pragmática, pode evidenciar intenções do falante que, muitas vezes, contradizem o que realmente está sendo dito no sentido semântico. Exemplifica-se: em matéria publicada no jornal Extra, do Rio de Janeiro, à ocasião de uma foto tirada por uma passageira presente no mesmo voo que o pastor, onde a mesma portava um cartaz com os dizeres "Abra sua mente, gay também é gente", Silas Malafaia se coloca no papel de vítima de preconceito e intolerância religiosa.

Ao observar-se semanticamente a frase expressa no cartaz, verifica-se que não há qualquer menção ou alusão a nenhum tipo de prática religiosa. Destacada de um contexto específico, a oração não tem um sentido literal prático. A palavra "mente" se trata de um conceito abstrato que expressa o pensamento, a reflexão humana ou, ainda, uma flexão do verbo mentir e contrasta drasticamente com a palavra de ordem abra, cujo sentido pode ser interpretado literalmente. Dessa forma, faz-se impossível uma interpretação semântica como a proposta por Recanti.

Porém, quando analisamos de forma pragmática, ela se encaixa em um contexto de rivalidade, tanto por parte da jovem quanto do pastor, que abertamente critica e ataca a comunidade LGBTQIAP+ (termo que se refere à comunidade representada por Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Queer/Questionando, Intersexo, Assexuais/Arromânticas/Agênero, Pan/Poli e mais) em suas pregações.

Ainda quando apresentada em um contexto, a frase pode ser interpretada de diferentes formas. A palavra "abra", usada aqui no imperativo, pode ter a conotação de ordem. Contudo, quando interpretada em relação ao resto da frase, pode ser lida como uma súplica. As palavras "gay" e "gente" presentes na segunda oração remetem à luta da comunidade LGBTQIA+ por igualdade, respeito e pelo direito de existir. Assim, quando interpretada em sua integralidade, a intenção do comunicador ganha sentido e a compreensão da intenção é alcançada com sucesso.

Na situação em questão, a reação do pastor se deve ao seu próprio preconceito, difundido em suas pregações. O sentido se torna um reflexo de suas próprias intenções, expressas em seus discursos, livros, cultos e entrevistas.

Na legislação brasileira, configura-se como intolerância religiosa todo o tipo de injúria, indução ou incitação à discriminação, seja por raça, cor, condição sexual ou crenças e práticas religiosas.

Ainda analisando a matéria, o pastor questiona a atitude no âmbito legal de direitos previstos pela Constituição. Embora, em seu discurso, o pastor defenda sua posição contra os praticantes da umbanda, do candomblé, como exercício de seus direitos democráticos, configura-se como intolerância religiosa o ataque a minorias. Não obstante, Malafaia, por vezes indiciado por sua fala, nunca foi condenado.

Denota-se, então, a necessidade de peritos em linguística no julgamento de casos, como proposto por Pádua. O parecer do perito linguista seria imprescindível para analisar as intenções comunicadas nos discursos do pastor.

Em seu artigo "O sistema judicial brasileiro e a linguística forense: Linguística para juristas e direito para linguistas", João Pádua usa o exemplo de um caso de estelionato, na qual a sentença poderia ter sido diferente mediante a análise de provas textuais por um perito "oficial" de comprovada imparcialidade, concluindo que:

> Talvez se a Linguística Forense estivesse estabelecida como disciplina pericial, uma perícia deste tipo pudesse ter sido produzida por um perito "oficial" e a presumida imparcialidade desse perito pudesse ter chamado a atenção e convencido os juízes que analisaram o caso nas duas instâncias. É claro que, para isso, os próprios juízes e os juristas em geral têm de ser educados sobre os limites e potenciais que a Linguística Forense pode trazer para a análise de materiais de prova textuais/discursivos (PÁDUA, 2020, p. 16).

O mesmo pode-se concluir na hipótese da presença desse proposto perito "oficial" em casos onde o pastor foi indiciado por intolerância em seu discurso. Uma análise própria do conteúdo expresso na fala do pastor poderia evidenciar o caráter discriminatório dos termos por ele empregados.

No programa "Na Moral", exibido pela rede Globo de Televisão, aos 2 minutos e 55 segundos do vídeo, o pastor se refere ao terreiro de candomblé como "centro de macumba" e profere a seguinte frase: "Se um pastor invadir um centro de macumba, mete ele na cadeia!"[2].

O emprego da palavra macumba deve ser analisado para que as intenções por trás do discurso possam ser evidenciadas. Observa-se, nessa frase, o emprego do termo pejorativo macumba, notória e erroneamente utilizado para caracterizar as práticas e crenças do candomblé.

O candomblé, afro-religião originada no continente africano, foi trazida para o Brasil por escravos Nagô (Iorubás) por volta do século XVII e adaptada à cultura local. Seus praticantes acreditam na reencarnação de deuses e, em seus rituais, são entoados cânticos ao som de tambores e oferendas (geralmente comidas típicas e alguns objetos) para honrar os deuses fazem parte dessa prática (CAMPOLIN, 1994).

Não existem dados oficiais que comprovem o número exato de praticantes do candomblé no Brasil. Segundo o IBGE, o candomblé e a Umbanda (colocados na mesma categoria pelo instituto) têm cerca de 47 mil adeptos no estado da Bahia, que concentra o maior número de praticantes da religião, a quarta mais praticada.[3.]

Em um contexto puramente semântico, a palavra macumba significa um instrumento de percussão, utilizado em cerimônias afro-religiosas. Quando analisado pragmaticamente, trazido para o contexto do debate pelo pastor,

[2] Silas Malafaia: "se um invadir um centro de macumba, mete na cadeia!". Publicado em 02 de agosto de 2013. Acesso em 29 de janeiro de 2020. Disponível em: http://gshow.globo.com/programas/na-moral/O-Programa/noticia/2013/08/silas-malafaia-se-um-pastor-invadir-um-centro-de-macumba-mete-na-cadeia.html.

[3] Publicado pelo site G1 em 29 de junho de 2012. Acessado em 29 de janeiro de 2020. Disponível em: http://g1.globo.com/bahia/noticia/2012/06/menos-da-metade-dos-seguidores-do-candomble-na-ba-sao-da-raca-preta.html.

entende-se que o mesmo emprega o termo a fim de diminuir de forma passivo-agressiva uma religião diferente daquela praticada pelo pastor.

Mais uma vez é possível identificar, na fala do pastor, a intenção intolerante e preconceituosa por trás do significado semântico do termo escolhido para o discurso.

Em juízo, a análise desse tipo de evidência ficaria a cargo de um perito nomeado pelo juiz do caso, como previsto pelo artigo 465 do Código de Processo Civil, não sendo exigido, do perito nomeado, qualquer tipo de formação acadêmica específica na área de linguística.

Como bem explicita PÁDUA (2020, p. 16): "em outras palavras, perito é quem o juiz disser que é perito e um campo do conhecimento será relevante se o juiz assim considerar. O juiz terá ampla liberdade para avaliar tanto a qualificação do perito, quanto a relevância da sua área de atuação".

À luz dessa determinação, a condenação por crime de ódio fica sujeita à critérios subjetivos do perito nomeado pelo juiz, o qual, mesmo gozando de hipotética imparcialidade, não teria conhecimentos linguísticos suficientes para analisar o discurso da forma objetiva e assertiva necessária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo abordou a origem e a evolução do conceito de tolerância, a criminalização dos discursos de ódio pela legislação brasileira e a posição a atual posição do STF, no sentido de que somente quando se faz a apologia a negação de direitos fundamentais a determinados grupos de indivíduos vulneráveis, estaríamos diante de um discurso de discriminação. Posição, aliás, completamente rechaçada pelas autoras.

Discorrer sobre tolerância na atualidade significa reconhecer a falibilidade humana, repelindo quaisquer formas de dogmatismos existentes. O conhecimento, a experiência e a existência são relativas, pois estão diretamente ligadas à cultura na qual se vive.

As reivindicações de direitos pelas minorias demonstram a atualidade dessa discussão nas sociedades contemporâneas bem como o grau elevado de intolerância que ainda há com o diferente, essencialmente com fulcro nos discursos de ódio propagados, impondo-se ao Poder Judiciário o dever de

reprimir os fenômenos de discriminação e exclusão, tão facilmente perceptíveis nessas relações marcadas por desigualdades e preconceitos.

Os discursos discriminatórios proferidos por Silas Malafaia não são puníveis dada a subjetividade da interpretação do discurso por parte dos juristas e à sutileza da forma como certos termos são empregados em tais pregações e declarações.

Observa-se a imprecisão do art. 20º da Lei 7.716/89, uma vez que se trata de um tipo penal aberto, havendo extrema dificuldade de criminalização dos discursos de ódio no Brasil, muitas vezes mascarados como liberdade de expressão.

Conquanto Silas Malafaia defenda ser um defensor da democracia e do direito à liberdade religiosa, análises semânticas e pragmáticas de fragmentos desses discursos pela ótica da linguística, evidenciam elementos que conferem às falas apresentadas um caráter, no mínimo, ambivalente e que, quando observados dentro de seus contextos, configuram discursos discriminatórios.

Por fim, denota-se bastante coerente a proposta do doutor e professor da Universidade Federal Fluminense João Pedro Pádua de que haja um perito em linguística auxiliando a análise de casos levados ao Judiciário, para que os discursos de intolerância religiosa (e outros casos de intolerância) como os proferidos pelo citado pastor, sejam efetivamente apenados.

Destarte, denota-se imprescindível estabelecer a linguística forense como disciplina pericial para a análise de processos judiciais, confirmando a autora, a hipótese por ela suscitada, da necessidade de peritos em linguística para auxiliar os julgamentos de processos que analisam os tão famigerados discursos de ódio, como forma de coibir e punir quaisquer tipos de intolerância e discriminação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, R. O IBGE e a religião — Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%. Revista Veja Online. Acesso em 29 de janeiro de 2020. Publicado em Publicado em 29 junho de 2012. Disponível em: https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-ibge-e-a-religiao-cristaos-sao-86-8-do-brasil-catolicos-caem-para-64-6-evangelicos-ja-sao-22-2/.

BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade e outros escritos morais. São Paulo: Unesp, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1990.

BRASIL. Lei.7716, de 5 de janeiro de 1989, alterada pela Lei. N. 9459 de 15 de maio de 1997. Define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. 134.682 Bahia. Direito Penal. Crime de Racismo Religioso. Inépcia da Denúncia. Inocorrência. Imprescritibilidade. Previsão Constitucional Expressa. Livro. Publicação. Proselitismo como núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa. Trancamento da ação penal. DJ, 29 de novembro de 2016. Relator Min. Edson Fachin.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Comentário ao artigo 5º, inciso XLI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAMPOLIN, S. Candomblé no Brasil: Orixás, tradições festas e costumes. Acessado em 29 de janeiro de 2020. Publicado em 31 dez 1994. Disponível em: https://super.abril.com.br/historia/candomble-no-brasil-orixas-tradicoes-festas-e-costumes/.

CASAMASSO, Marcos. A. L. Política e religião: três tópicos para reflexão. In: BALERDI, Juan Carlos; GUEDES, Marco Aurelio Peri. (Org.). Teorías del Estado: miradas desde el sur del continente americano. 1ªed.Buenos Aires: La Ley, 2014.

LEVINSON, Stephen. Pragmática. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOCKE, John. Carta sobre a tolerância. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

PÁDUA, João Pedro. O sistema judicial brasileiro e a linguística forense: Linguística para juristas e direito para linguistas. *In*: Perspectivas em Linguística Forense. 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/43581920/O_Sistema_Judicial_Brasileiro_e_a_Lingu%C3%ADstica_Forense_Lingu%C3%ADstica_para_Juristas_e_Direito_para_Linguistas

PINTO, A. Silas Malafaia acusa jovem de preconceito e gera discussão sobre intolerância religiosa. Jornal Extra Online. Acesso em 29 de janeiro de 2020. Disponível em: https://extra.globo.com/noticias/brasil/silas-malafaia-acusa-

jovem-de-preconceito-gera-discussao-sobre-intolerancia-religiosa-13894407.html

RECANATI, François. (2001). What Is Said. Synthese 125: 7591.

RIBEIRO, D. Vitória em cristo. Revista Piauí Online. Edição 60. acesso em 29 de janeiro de 2020. Publicado em setembro, 2011. Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/materia/vitoria-em-cristo/.

Silas Malafaia: "se um invadir um centro de macumba, mete na cadeia!". Publicado em 02 de agosto de 2013. Acesso em 29 de janeiro de 2020. Disponível em: http://gshow.globo.com/programas/na-moral/O-Programa/noticia/2013/08/silas-malafaia-se-um-pastor-invadir-um-centro-de-macumba-mete-na-cadeia.html.

Site G1 em 29 de junho de 2012. Acessado em 29 de janeiro de 2020. Disponível em: http://g1.globo.com/bahia/noticia/2012/06/menos-da-metade-dos-seguidores-do-candomble-na-ba-sao-da-raca-preta.html.

VOLTAIRE. Dicionário Filosófico. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

VOLTAIRE. Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas. Tradução de Paulo Neves.2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA SEGURANÇA PÚBLICA E DO COMBATE AO CRIME: o progresso social e os riscos de uma sociedade de controle

Marcus Vinícius da Silva Pereira de Souza
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro,
Mestrando em Humanidades Digitais, pela UFRRJ,
Nova Iguaçu, Brasil, marcusouza@hotmail.com

Rodrigo de Souza Tavares
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Professor adjunto da UFRRJ,
Nova Iguaçu, Brasil, email@email.com.br

Resumo: Este estudo visa trazer à tona o debate a cerca de duas soluções tecnológicas para os problemas da Segurança Pública e o auxílio do combate ao crime, dissertar sobre as aplicabilidades destas, comparar com a realidade atual que se encontra a estrutura investigativa e pericial do país, bem como fazer uma análise dos resultados da implementação destas em outros Estados, além de discutir sobre os riscos do mau uso de tais ferramentas como nos casos de um Estado Totalitário que não vise a Democracia e o Direito de seus cidadãos. Ilustrando a situação através de obras literárias e filosóficas, que no passado vislumbraram uma sociedade distópica onde o conceito de uma civilização era constantemente monitorada pela ótica do Estado, com a finalidade de obter um controle social. Compreender os limites de uma sociedade de controle, torna-se fundamental para a proteção dos direitos fundamentais e garantir que a demanda tecnológica sirva a sociedade e não aos Estados.

Palavras chave: Bioética; Criminologia; Direitos Fundamentais; Segurança Pública; Tecnologia.

INTRODUÇÃO

As tecnologias bem como as sociedades se desenvolvem com o passar do tempo, tornando assim a maioria dos mecanismos investigativos ultrapassados e obsoletos, vez que, a criminalidade passa a se utilizar das novas ferramentas para obtenção de êxito. No fim da década de oitenta e início da noventa, eram inimagináveis os debates no tocante aos crimes virtuais, como base de ilustração.

Tendo este progresso em mente, é necessário que o poder público se desenvolva e se adapte as novas demandas sociais. O potencial tecnológico que possuímos é o elemento que faltava nessa equação, sempre tida como o futuro

da civilização, a tecnologia se encontra cada vez mais acessível e consequentemente presente na vida da população, sendo capaz de influenciar nas decisões e auxiliar nas necessidades. O progresso tecnológico se torna não apenas essencial como também quase que imparável, trazendo consigo os questionamentos dos limites de suas implementações, a luz da legislação, da ética e possíveis maus usos de tais ferramentas.

É de conhecimento comum da sociedade que o Brasil possuí as mais diversas falhas na segurança pública, falhas essas que vão da ineficiente guerra as drogas, a perda de territórios para as milícias, passando pelo baixíssimo índice de casos de homicídios resolvidos, até o fracasso na recuperação de nossos presos que costumam reincidir e retornarem aos presídios.

No entanto, surge como uma opção de auxílio para as forças policiais, equipamentos capazes de identificar criminosos foragidos e auxiliar as perícias na identificação de possíveis suspeitos de crimes, através dos materiais genéticos coletados nas cenas dos crimes. O monitoramento dos espaços urbanos através das chamadas câmeras inteligentes é um dos tópicos a serem discutidos neste artigo, onde utilizando de matérias veiculadas ao público e projetos comunitários juntos ao poder público, bem como o banco de dados genético, que já possui regulamentação no país, visam ilustrar o debate acerca do auxílio da tecnologia na segurança pública, seus resultados e riscos, buscou-se realizar a discussão aqui proposta.

O trabalho foi dividido entre três capítulos com o fim de ilustrar o debate proposto. Iniciando com a apresentação dos benefícios obtidos através da utilização de novas tecnologias no Brasil e no mundo, o primeiro capítulo propõe uma instrução da realidade na qual a sociedade se encontra. Por sua vez, o segundo capítulo extrapola o cenário atual, propondo uma reflexão acerca dos riscos que uma sociedade possa se encontrar quando seus direitos se tornam dispensáveis perante ao iminente progresso. Por fim, o terceiro capítulo visa ilustrar a questão inserida no capítulo anterior, através da apresentação de sociedades distópicas da literatura e na filosofia, onde a sociedade de controle se torna o futuro da civilização.

1. A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA SEGURANÇA PÚBLICA, NO COMBATE AO CRIME

Existem inovações tecnológicas que surgem para suprir as necessidades da sociedade, outras apenas tornam mecanismos manuais e ou mecânicos mais eficientes. Muito provavelmente, inovações que resultem no aumento da memória de um computador ou o tamanho de uma televisão não sejam tão essenciais para a melhoria na qualidade de vida da população, mas a tecnologia utilizada nesses eletrônicos vem a ser a mesma implementada em outros que cumprem o papel da melhoria da vida social.

Duas alternativas com a capacidade de suprir uma necessidade atual dos serviços de inteligência, proporcionando a melhoria de vida que o progresso se propõe a trazer, são as centrais de monitoramento de câmeras, que hoje possuem tecnologias suficientes para realizar reconhecimentos faciais, bem como na fiscalização de trânsito é capaz de identificar os veículos através das placas. Outra alternativa encontrada vem a ser o banco de dados genéticos, que já incorporam a legislação brasileira através da Lei 12.654/2012[1](BRASIL, 2012), essa por sua vez, destaca o fato de atender exclusivamente criminosos e em casos específicos.

O fator tecnológico é de grande importância para o progresso da civilização, mas assim como o temor gerado na revolução industrial, onde os trabalhadores acreditavam que perderiam seus empregos para as máquinas e com o passar do tempo se provou uma forma mais eficiente de trabalho, onde se tratou de readaptação e realocação da mão de obra operária, a abordagem do tema "sociedade de controle", nutri o temor do cerceamento da liberdade individual e dos direitos básicos dos cidadãos.

O temor no tocante a perda de direitos mediante ao mau uso, ou o abuso de tais ferramentas por parte de um Estado Totalitário é relevante e necessário. Com base na utilização das ferramentas em alguns países e as políticas privativas de direitos de outros, liga-se o alerta para a possibilidade da junção dos dois mundos.

Torna-se assim, necessária a criação de uma legislação rígida que ampare e garanta a inviolabilidade das garantias fundamentais e dos direitos humanos assegurados pelos tratados nos quais o Brasil tornou-se signatário, como o Pacto

[1] Homologada em 28 de maio de 2012, altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências

de São José da Costa Rica[2], em seus artigos 1º e 2º, nas relevâncias das obrigações do respeito ao direito:

> Artigo 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Artigo 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

É importante salientar tanto com o objetivo de fomento do debate, quanto ao inerente a uma possível legislação específica para a implementação dos mecanismos de forma segura, que os investimentos por parte do Estado em uma tecnologia onde a primeira vista possa soar como invasiva e ameaçadora, sejam feitos justamente com o objetivo de combater a falta de segurança.

A violência que assola o país possui elevados índices de homicídios, que acabam por ilustram a ineficácia do Estado em cumprir alguns dos direitos fundamentais, a violência afeta o direito de ir e vir, o lazer, a saúde entre outros previstos no quinto constitucional.

Nesse sentido, acreditamos que instituir uma política de controle social, onde o serviço de inteligência seja posto à frente da política de confronto, é também uma forma de fazer com que os direitos a muito tempo cerceados tornem a ser garantidos.

1.1 O monitoramento por câmeras

É de conhecimento geral que o tema Segurança Pública ganhou destaque nos últimos anos devido a crescente criminalidade no país, à falta de poder coercitivo do Estado e falta de iniciativas e investimentos na inteligência policial. Tal problemática ocorre por conta de outros problemas como a falta de investimentos em educação, a crise econômica nacional e o alto índice de desemprego. Porém, a Segurança Pública, um dos direitos fundamentais do

[2] Convenção Americana de Direitos Humanos, assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos (San José de Costa Rica), em 22.11.1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.1992

cidadão, e que deveria ser garantido pelo Estado, pode ter encontrado uma luz no fim do túnel.

A tecnologia, maior aliada do progresso, surge como um desafogo no combate à criminalidade e garantia de segurança nos perímetros urbanos. Através de projetos de Segurança Pública intitulados de "Cidade Mais Segura", como o "São Gabriel Mais Segura", diversas cidades do país começaram a criar centrais de monitoramento por câmeras das ruas residenciais e comerciais.

Até então não haveria nenhuma novidade, mas os projetos começaram a implementar o uso de câmeras "inteligentes", onde os aparelhos são capazes de fazerem identificação facial e de placa de carros, proporcionando assim um sistema que não apenas identifica os cidadãos em trânsito, como também reconhece se são procurados pela polícia e determinam por onde circulam, a que horas e em que direção se deslocaram.

E pautados na Constituição Federal em seu artigo 144 devemos priorizar sobre a responsabilidade do Estado em garantir a segurança de seus cidadãos ao definir que: "a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]".

Nessa visão São Gabriel, cidade do Rio Grande do Sul, está sendo adotado o que foi denominado de "Consciência Colaborativa da Comunidade por uma São Gabriel mais Segura". Projeto que vem funcionando com destreza. E para tanto, o morador que se interessar em fazer parte do projeto, efetua um cadastro no sistema e registra suas próprias câmeras de segurança. Desta forma, o cidadão contribui para o monitoramento de sua rua, passa a obter o acesso a todas as outras câmeras da cidade também pertencentes ao projeto, associando e viabilizando o trabalho da polícia civil junto a prefeitura, que por sua vez conseguem manter o sistema de vigilância operacional com baixo custo de investimento e manutenção.

Contextualizando, o presente assunto sobre o monitoramento de câmeras tornou-se um tema recorrente e chamou a atenção da imprensa, destaco que no dia 10 de março de 2019, a Rede Globo levou ao ar por meio de seu telejornal "Fantástico", uma matéria que buscava informar a população sobre a nova tecnologia de uso crescente no país. Abordando o seu funcionamento, o posicionamento de especialistas e propondo um desafio ao algoritmo de reconhecimento facial, com a finalidade de testar sua eficiência. Na matéria em

pauta, o jornalista responsável pela gravação resolveu testar a capacidade do sistema e após ter a biometria de sua face registrada no banco de dados. Em sua primeira tentativa, ele utilizou apenas óculos escuros e retornou para o aeroporto, mas mesmo cobrindo os olhos que são essenciais para leitura do sistema, foi identificado com um percentual de 61% de compatibilidade. Em seguida, além dos óculos já utilizados, o repórter contou também com uma peruca que o descaracterizava completamente, dessa vez o local escolhido para circular sob os olhares das câmeras foi uma estação de metrô, e novamente fracassou em sua tentativa, sendo reconhecido com 63% de compatibilidade. E por fim, o repórter a definiu como uma forma de apelar, ele foi maquiado mudando completamente seus traços faciais, tendo suas sobrancelhas engrossadas, nariz afinado e queixo modificado além de novamente utilizar os óculos, uma nova peruca e um boné, e mesmo assim circulando pela rodoviária de Salvador foi novamente reconhecido, desta vez com 96% de compatibilidade.

Curiosamente, na terceira fase do experimento, um diferencial foi além do reconhecimento, o sistema também apontou outras pessoas como compatíveis com o cidadão que transitava pela rodoviária. E durante a entrevista, Maurício Barbos, Secretário de Segurança Pública da Bahia explicou que "houveram outros casos de faces que foram pegas pelo sistema, onde ocorreu a confirmação, mas na hora da abordagem a identificação não se confirmou. O erro no sistema ocorre dentro do aceitável"[3]

A reportagem buscou também ouvir o especialista José Mário de Martino, professor de Engenharia Elétrica e de Computação da UNICAMP, que esclarece:

A tecnologia hoje ainda não está pronta para ser usada sozinha, a máquina processa um volume de informações muito mais rápido do que qualquer ser humano, mas nós temos experiências, visão de mundo, analisamos de várias perspectivas, que a potência da máquina ainda não é capaz de atingir. [4]

Em sequência a matéria complementa com a fala do Coronel Mauro Fliess, coordenador da Comunicação da Polícia Militar do Rio de Janeiro, que

[3] SEGURANÇA PÚBLICA. Fantástico. São Paulo: Rede Globo, 5 de maio, 2019. Programa de TV.

[4] *Ibidem.*

diz: "a importância do policial com toda sua experiência, capacidade intelectual e bom senso é fundamental para o emprego desse sistema"[5]

A reportagem informa também que há um estudo conduzido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, que avalia a possibilidade de unificar a forma de reconhecimento de pessoas. Destarte, o coordenador da rede de bancos genéticos do Ministério da Justiça, Guilherme Jacques reconhece a subjetividade do reconhecimento de pessoas tradicional, mas declara que não se pode descartá-lo.

Sobre o experimento, a reportagem dos jornalistas Valmir Salaro e Renato Farezim, conclui-se que a maioria dos quarenta e dois participantes erraram no reconhecimento dos suspeitos, tendo um índice ainda maior de erros no grupo que foi instruído a seguir os protocolos brasileiros, nesse grupo, todos os participantes apontaram um culpado e 76% erraram. Em contra partida, o grupo que foi auxiliado pelas normas internacionais de reconhecimento, obteve um número de 63% de participantes que não se sentiram confiantes em apontar um culpado, enquanto outros 26% disseram ter certeza de quem era o culpado, mas ainda assim indicaram um inocente como culpado.

O experimento concluiu que mesmo sobre um evento simulado, onde as testemunhas não passaram por um trauma, a forma como se conduz o processo induz os cidadãos ao erro, facilitando assim que criminosos fiquem soltos e inocentes acabem presos.

1.2 O banco de dados genético

Outra alternativa que surgiu afim de enriquecer o debate sobre o auxílio da tecnologia no combate ao crime, foi o banco de dados genético. O mecanismo já utilizado em diversos países tais como Espanha, Estados Unidos e Canada entre outros, obteve sua previsão legal no Brasil em 2012.

Este dispositivo trata do armazenamento de informações do DNA de criminosos, sequências de características únicas capazes de identificar suspeitos ou vítimas a partir de materiais genético coletados nas cenas dos crimes, ou seja, material em quantidade capaz de individualizar o sujeito, enquanto indivíduo, frente ao demais.

[5] *Ibidem.*

Compreendemos que são inúmeras as vantagens das utilizações do reconhecimento genético, como bem expõe Pena (*apud* Andrade e Koch, 2005, p.17):

> A determinação de identidade genética pelo DNA pode ser usada para demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade com confiabilidade praticamente absoluta, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica.

A pretensão do Ministério da Justiça e Segurança Pública é que a expansão do banco de dados genético possa ser concluída juntamente com a aprovação do projeto de lei anticrime. Dessa forma, o governo estaria respaldado em lei para investir de forma mais intensa no serviço de armazenagem de dados de materiais genéticos, tendo em vista que a lei atual prevê prazo para exclusão dos perfis e condiciona a inserção do perfil aos casos em que tiverem sido praticados crimes dolosamente, grave violência contra pessoa ou nos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.[6]

Dessa forma, seria possível identificar vítimas e suspeitos ainda não registrados no banco de dados, através da compatibilidade genética de parentesco com aqueles que já estejam, semelhantemente ao ocorrido no caso do menino holandes Nicky Verstappen.

Nicky, que tinha 11 anos, participava de um acampamento de verão, em agosto de 1998, quando desapareceu da barraca em que estava e seu corpo foi encontrado no dia seguinte na floresta. Uma das únicas pistas que a polícia tinha era o DNA encontrado nas roupas do jovem, que na tentativa de encontrar o assassino, realizou uma megaoperação reunindo, mais de 14 mil homens que doaram amostras de DNA voluntariamente para a investigação. Nenhum deles foi considerado suspeito, mas ao comparar as amostras, foi possível dizer se um parente do doador poderia ser compatível, restringindo assim as buscas.[7]

O cidadão Jos Brech não participou da convocação voluntária para coleta de material genético, mas na época chegou ser interrogado e foi descartado

---

[6] A lei 9.072 Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina as condições para o recolhimento de material genético nesses casos.

[7] INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. BBC NEWS. Brasília: BBC, 27 de agosto, 2018. Site.

como suspeito, mesmo morando na região onde o corpo foi encontrado. Após vinte anos ao crime, a doação voluntária de um parente indicou a compatibilidade parcial com o assassino, retomando as atenções para Brech que estava desaparecido. E analisando o material genético encontrando em sua residência, a perícia chegou a 100% da compatibilidade, que levou a prisão de Jos Brech, na Espanha em 2018.

É pertinente a discussão de uma adoção de sistema que comporte também os dados genético de cidadãos por voluntariado, seguindo o exemplo do caso ocorrido na Holanda, ou até mesmo a incrementação de um suporte para inserção de dados genéticos de recém-nascidos, estes por sua vez podem ser feitos por meio do teste do pezinho que já é realizado, mas nesse caso em particular dependendo da autorização dos pais.

1.2.1 A previsão legal

No tangente a previsibilidade legal da utilização de tais tecnologias, encontrasse na lei número 12.654/12, a homologação das condições necessárias para a aplicação do banco de dados genético. Cabendo ao Estado, a garantia da inviolabilidade dos direitos da população:

> **LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012.**
> **Parágrafo único.** Na hipótese do inciso IV do art. 3º , a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético."
> **Art. 5º - A.** Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.
> § 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.
> § 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.
> § 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.
> **Art. 7º - A.** A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

> **Art. 9º - A**. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.
> § 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.
> § 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Há que se pensar em novas formas de utilização para os mecanismos, como a obrigatoriedade da coleta de material genético por presos já condenados e a voluntariedade da doação de material genético por parte da população, causando assim uma expansão do acervo, tornando o banco de dados mais eficiente em casos de buscas de vítimas e suspeitos.

1.3 Os resultados obtidos através da utilização dos mecanismos no país.

Implementado na cidade de Salvador, na Bahia, para o carnaval de 2019, como uma forma de "prova de fogo" para o algoritmo de reconhecimento facial importado da China, o aparato provou sua eficácia, além da identificação de homem procurado por homicídio que festejavam em meio a população, foi capaz de reconhecer um repórter que com o fim de testar o equipamento se disfarçou com perucas, óculos escuros e até mesmo maquiagens que mudaram traços de sua fisionomia, mas nenhuma de suas tentativas se mostrou eficaz o bastante para burlar os algoritmos do sistema de reconhecimento facial.

De acordo com a matéria veiculada no jornal Fantástico da Rede Globo, no dia 10 de março de 2019, com fontes do CNJ, o Brasil possui cerca de 320 mil pessoas entre procurados e foragidos, considerando que uma boa parte destes não possuem uma identidade pública, é fácil concluir que a tarefa de os reconhecer nas ruas em meio as multidões se torna uma missão humanamente impossível. No entanto, através da utilização do sistema de reconhecimento facial, a polícia ganha o reforço dos computadores que além de identificar os transeuntes é capaz de acessar as fichas civis e criminais de cada um dentro de alguns segundos, apontando assim os cidadãos suspeitos com extrema eficácia, tornando o trabalho da polícia mais rápido e seguro,

De acordo com Maurício Barbosa, Secretário de Segurança Pública da Bahia em entrevista ao Fantástico no dia 10 de março de 2019:

> A Bahia possui um banco de dados com cerca de 60 mil fotos, onde foram inseridas pessoas com mandados de prisão, construindo assim uma base de inteligência muito interessante para a polícia no caso de intervenções futuras. Desta forma, mesmo não havendo um mandado de prisão, é possível monitorar o caminho que o suspeito percorreu ao longo do tempo, bem como os veículos utilizados para a prática dos crimes. O banco de dados também possui o auxílio de uma coleta de imagens das redes sociais, que alimentam o sistema, enriquecendo a base de dados com mais informações dos cidadãos. [8]

Ainda de acordo com o noticiado na matéria do Fantástico, em apenas dez dias de testes, com trinta e quatro câmeras, na cidade do Rio de Janeiro, a polícia prendeu seis pessoas.

Nas palavras do Coronel Mauro Fliess, coordenador da Comunicação da Polícia Militar do Rio de Janeiro: "O poder público possui convicção que a aplicação do projeto em larga escala, será uma grande ferramenta para o fim da criminalidade".[9]

A reportagem segue então para Campinas, onde o mesmo sistema está sendo implementado com a expectativa de que funcione integrado a um aplicativo de celular que de agilidade as prisões, dessa vez quem manifesta opinião sobre o tema é Willian Barbanera diretor da Central Integrada de Monitoramento de Campinas:

> Os aplicativos terão a função de tocar um alarme na central de monitoramento no momento em que a pessoa procurada for reconhecida, ou até mesmo tocar o alarme no celular de um policial ou guarda que estejam próximos do local onde a câmera tenha reconhecido o procurado.[10]

A implementação dos mecanismos que surgem a cada dia é interessante para o progresso social em tempos de violência generalizada pela qual passa o país. Sempre haverá a necessidade de correções e atualizações dos programas quando se fala em tecnologia, mas diante dos resultados obtidos nos testes realizados, é possível concluir que a implementação de aparatos e políticas

[8] SEGURANÇA PÚBLICA. Fantástico. São Paulo: Rede Globo, 10 de março, 2019. Programa de TV.
[9] *Ibidem.*
[10] *Ibidem.*

públicas de segurança possam trazer benefícios que resultem em um bem-estar da sociedade.

2. O PROGRESSO SOCIAL E OS RISCOS DE UMA SOCIEDADE DE CONTROLE

Ao se falar em progresso social, é necessário que se enumere as diferentes formas de progressos, bem como seus impactos. Diferente do tópico saudável pelo qual toda sociedade deseja passar, o exorbitante crescimento populacional, a criminalidade desenfreada e a participação do Estado no combate as carências da população são as formas de impacto no progresso ao serem abordadas nesse tópico.

De acordo com fontes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui hoje mais de duzentos e nove milhões de habitantes, tendo em média um crescimento de um novo habitante a cada vinte segundos. É importante ilustrar que embora o país possua uma vasta extensão territorial, ocorre uma aglomeração populacional em determinadas regiões.

O estado do Rio de Janeiro, possui uma área de 43.696 Km² e uma população que supera os dezessete milhões de habitantes, tendo um crescimento médio de um novo habitante a cada cinco minutos e dez segundos. Em contrapartida, o estado do Amazonas possui uma área de 1.571.000 Km² e supera a marca de quatro milhões de habitantes.

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores. [11]

Essa má distribuição populacional, causa um impacto na infraestrutura e na economia das regiões que se reflete na desigualdade social. A falta de um planejamento governamental para o combate dessa desigualdade, acaba por

[11] DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33º ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39, grifos do autor.

marginalizar uma parcela da sociedade que acaba sem direitos básicos como lazer, saúde, educação, cultura e principalmente a segurança.

Em diversas localidades onde o Estado não se fez presente, surgiram grupos criminosos, que encontraram nessa barreira imposta por aqueles que deveriam integrar os mais pobres a sociedade, um refúgio para empreendimentos escusos.

No passado, o tráfico de drogas e suas facções dominavam esses espaços. Porém, na última década nota-se através das repercussões nas mídias, uma disputada de território entre essas facções e os grupos paramilitares, que surgiram e formaram milícias com o fim de explorar a própria população já negligenciada pelo Estado.

Em um passado recente, o governo do estado do Rio de Janeiro implementou um audacioso projeto de pacificação das comunidades na capital. O objetivo do projeto era de dar um fim ao tráfico e levar inclusão social as comunidades com lazer, cultura, saúde e educação. Mas o projeto que inicialmente se demonstrou um sucesso, fracassou por falta de investimentos e manutenção, as áreas reconquistadas pelo Estado foram aos poucos sendo retomadas pelas facções, até que enfim o projeto das Unidades de Polícias Pacificadoras (UPP's) foi sendo reduzido e esquecido.

A Constituição dispõe em seu 6º artigo garantias sociais definidas como fundamentais para os direitos sociais, como descrito "são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. " (BRASIL, 1988)[12]

A incompetência ou a falta de empenho propositalmente empenhado pelo Estado, resultaram na situação calamitosa que o país como um todo se encontra. A necessidade de ações que revertam a desigualdade social se faz mais necessária do que nunca para redução da violência e aumento da segurança das mais diversas classes econômicas.

Chega então a nova etapa do progresso social, a adaptação a novas tecnologias que impactam diretamente na rotina e qualidade de vida da sociedade.

[12] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988

Assim como as redes sociais, os aplicativos e os serviços que surgiram com o crescimento tecnológico, equipamentos de segurança que visam monitorar o comportamento social se tornaram cada vez mais acessíveis.

A grande problemática da situação pode ser discutida em duas vertentes, a falta de regulamentação para utilização de tais ferramentas e a falta de capacidade do Estado em sua utilização.

Quando se fala na falta de regulamentação e expansão da tecnologia, é facilmente discutido sobre os riscos da utilização de mecanismos como as câmeras de segurança e o sistema de reconhecimento facial pelo poder paralelo. Uma vez que se admita que o tráfico ou as milícias, pratiquem um controle social além daquele que já existe baseado na violência e no medo, para um controle de vigilância, o próprio Estado se torna refém de sua negligência, sendo incapaz de fornecer o mínimo que se espera para a população.

A outra vertente que implica na necessidade de uma urgente regulamentação dos mecanismos, é o caso da utilização das ferramentas pelo próprio Estado. A luz dos problemas sociais antes mencionados e a ineficácia do Estado em suprimi-los, uma maior participação do Estado na vigilância e controle social, pode vir a proporcionar uma falta sensação de segurança, vez que a facilidade do trabalho policial permitiria identificar criminosos e rastreá-los, inibindo assim a atuação criminosa.

A complicação ocorre, quando a legislação para utilização do mecanismo se faz branda, dando poderes ilimitados para aqueles que deveriam ser garantidores da lei. Uma tecnologia como essa em Estados totalitários e ditatoriais, não serviria para garantir direitos da sociedade, mas sim para suprimi-los. Perseguindo opositores e dissidentes, impondo a vontade daqueles que ocupam os cargos mais altos de um governo.

2.1 O conflito entre liberdade individual e a sociedade de controle

Ao se falar em liberdade, é valido que se lembre todas as lutas impostas pela sociedade ao longo da história para conquista dessa liberdade, somente desta forma seria possível mensurar o preço desse direito tão fundamental para uma vida digna.

O Brasil nos primeiros anos de colonização portuguesa, passou por uma experiência de escravidão dos povos indígenas que não deu resultados satisfatórios os colonizadores que buscavam resultados econômicos e expansões territoriais, dando assim, mais importância a prosperidade financeira que a qualidade de vida do povo explorado. Depois o país chegou a era dos tráficos negreiros, onde aldeões do continente africano eram arrancados de suas terras e trazidos a força para trabalharem como verdadeiros objetos, sendo comercializados e tratados como propriedade pelos seus senhores. Novamente, o progresso e o interesse dos mais ricos prevaleceu em uma sociedade onde não se tinham direitos para os pobres.

O tempo se encarregou de mudar muitas coisas, entre elas as leis que amparavam as pessoas menos abastadas, os escravos se tornaram marginalizados perante uma sociedade, mas no papel haviam conquistado sua liberdade.

Em conflitos mais recentes, entre interesses do Estado e a vontade da população, as mulheres que por muito tempo tiveram sua liberdade cerceada e tratadas quase como cidadãs de segundo escalão na sociedade, conquistaram seus direitos, ao voto, ao trabalho, a prática de esportes, entre outros direitos que asseguram hoje sua liberdade dentro da sociedade.

É importante destacar também, a liberdade sexual, que galga espaços na sociedade com muito suor e sangue, integrante dos grupos LGBTQ, são impedidos de doar sangue, e descriminalizados por diversos setores da sociedade, seja nos meios profissionais, ou por estarem mais suscetíveis a violência.

Sobre o julgado no Supremo Tribunal Federal acerca da homofobia e transfobia:

> Com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de enquadrar a homofobia e a transfobia no racismo, o Brasil se tornou o 43º país a criminalizar as práticas, aponta o relatório "Homofobia Patrocinada pelo Estado", elaborado pela Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais (Ilga).[13]

Sabendo da dificuldade pela qual se chega em um estado de liberdade, a valorização desse direito precisa estar em destaque ao se discutir sobre uma sociedade de controle. Ao se discutir a sociedade de controle, é importante que

[13] RACISMO. G1 Política. Brasília: Rede Globo, 13 de junho, 2019. Site.

se tenha em mente o respeito aos direitos fundamentais, e que se apliquem garantias a esses direitos.

Evitando ao máximo que a instauração de um governo totalitário utilize dos mecanismos da sociedade de controle para segregar minorias e seus direitos, como a muito vem acontecendo na história do país.

2.2 A necessidade do sigilo de informações

Um dos pontos mais óbvios a serem debatidos aqui, passa pelo direito individual do cidadão sobre sua liberdade e privacidade, garantidos previamente na Constituição da República Federativa do Brasil. Sendo assim, qualquer decisão a nível nacional que venha a interferir ou cercear tais direitos, não pode ser uma decisão impositiva por parte do Estado.

Se faz necessário uma consulta a população. Ao entender que o Estado se tornou incapaz de garantir outros direitos constitucionais, como a segurança pública e o direito de ir e vir a ela atrelado em parte. O mesmo deverá propor que as novas tecnologias ajudem a recuperar os direitos perdidos, mesmo que para isso, a população venha a sofrer perda de parte de outros direitos.

É necessário também, ressalvar que a implementação de tecnologias em parte invasivas como o monitoramento de câmeras inteligentes e o banco de dados genético, não seriam mais invasivos ou perigosos que as tecnologias já operacionais e não regulamentadas como as redes sociais e a internet de um modo geral, que mesmo após a criação do marco civil, não garante que à proteção dos dados sigilosos não sejam comprometidos ou até mesmo fraudados

A questão principal passa também pela segurança, vez que hoje é de obrigação do Estado o fornecimento do sigilo e proteção a testemunhas. Se torna inevitável e infreável o progresso tecnológico, mas as garantias e obrigações do Estado precisam permanecer à frente da questão, para que soluções não se tornem novos problemas.

2.2.1 Os perigos da tecnologia nas mãos de um Estado Totalitário

Quando se fala na implementação de mecanismos de controle social, ainda que visando o progresso e a segurança da própria sociedade, fica nítida a

preocupação com as formas de utilização de tais ferramentas, bem como os riscos de violação de direitos fundamentais. O Estado Democrático de Direito, se propõe a respeitar e garantir os direitos sociais, que por vezes acabam sendo violados e ou negligenciados, mas nunca desconsiderados como o ocorrido nos Estados Totalitários.

É prudente repensar na eficiência do Estado Democrático de Direito no que tange a sua eficácia, o Brasil ao longo do século XXI, apresentou um crescimento no número de presos e elevados investimentos desperdiçados em uma guerra as drogas que não apenas se mostrou ineficaz ao irrefreável tráfico, como vitimou milhares de inocentes entre moradores de regiões periféricas e policiais.

É coerente discutir diante dos resultados obtidos com as políticas coercitivas, se esse investimento não seria melhor aplicado em outras áreas menos valorizadas, como os serviços de inteligência policial.

A implementação de tecnologias como o monitoramento por câmeras inteligentes, que já vem sendo implementada no Brasil, e o banco de dados genético já previsto na lei 12.037/2012**,** é uma oportunidade de redirecionar os investimentos da pasta de segurança pública, revitalizando assim a estratégia de combate ao crime, com o que há de melhor para servir os setores investigativos e periciais.

Incorre na problemática o temor de que tais ferramentas caiam em mãos erradas, tornando o que deveria ser a solução dos problemas hoje presentes na sociedade, um novo problema ainda maior. Mecanismos como os sugeridos nesse trabalho poderiam ser usados por Estados Totalitários, com o fim de perseguir e incriminar opositores do governo, bem como, identificar cidadãos que se propunham a protestar por seus direitos, estabelecendo assim, o temor na sociedade, instaurando uma ditadura forte e onipresente.

A violação dos direitos civis é uma constante em governos que operam políticas totalitárias, a exemplo disso, temos na obra "V de vingança", de Alan Moore, uma demonstração da opressão totalitária, e da luta pela liberdade.

Se por um lado a violência que assola os perímetros urbanos, mantendo a sociedade refém e vitimando inocentes diariamente, encontra nessas tecnologias uma barreira. Os mesmos mecanismos utilizados para devolver a liberdade e a segurança dos cidadãos, poderiam ser utilizados para torná-los refém do Estado.

Na obra de Moore, vemos a cidade de Londres sendo controlada por um governo totalitário que ascendeu ao poder após uma guerra nuclear, a sociedade é segregada de forma racial e sexual, onde o monitoramento de câmeras vem a ser um dos mecanismos utilizados para esse controle.

O "V de vingança" é apenas uma das muitas obras ficcionais que exploram esse risco iminente, ilustrando o temor do mau uso de tais ferramentas.

Entretanto, é importante ressaltar que através da tecnologia já disponível para a sociedade, diversas empresas como o Google e o Facebook, monitoram e armazenam dados dos usuários, tendo acesso a localização, deslocamento, fotos, conversas e sendo capazes até mesmo de definirem através de seus algorítimos os interesses de cada um. Não havendo qualquer lei regulamentadora para tais ferramentas, as políticas de privacidade das empresas ficam sujeitas a critérios internos, cabendo a elas definirem a melhor forma de cuidar dos dados dos usuários. Além da venda de informações pessoais para outras empresas, já ocorreram casos de vazamentos de informações por parte de *hackers*.

Esses mecanismos sociais de monitoramento e controle também seriam um grande risco nas mãos de um Estado Totalitário, mas sem causar alarde, não provoca o mesmo temor da população, causando um dano comparável ao das câmeras no que tange a privacidade, porém, não proporcionando a segurança que estas trariam.

2.3 O fracasso dos atuais procedimentos no reconhecimento de suspeitos

Quando se aborda um tema tão amplo quanto o reconhecimento de suspeitos, há que se elucidar as diferentes formas possíveis e aquelas praticadas mediante a legislação vigente no país. Bem como, os erros e acertos das medidas, tendo sempre em vista o aprimoramento das mesmas, a fim de reduzir os equívocos e consequentemente o número de inocentes sujeitos ao rigor da lei.

Com o aumento da população e o exponencial desenvolvimento tecnológico, se torna necessário que a legislação acompanhe os progressos e as necessidades da sociedade, não cabendo assim, a negligência da aplicabilidade de uma lei já não mais tão eficaz da década de quarenta.

Por exemplo, há falta de esclarecimento e possíveis vícios no processo penal, como no procedimento descrito nos artigos 226 e seus incisos, além do artigo 228 do código de processo penal:

> Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:
> I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
> Il - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
> III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
> IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.
> Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

No dia 05 de maio de 2019, o telejornal Fantástico levou ao ar uma reportagem que abordava um estudo proposto pelo próprio programa, acerca da prática de reconhecimento de suspeitos no Brasil e a lesividade causada pelos enganos cometidos pelas testemunhas. O experimento em questão abordou a seguinte situação:

Um ator jovem, moreno, de olhos castanhos e 1,80 metros de altura, nota-se que sua aparência é comum diante as características do cidadão brasileiro, foi contratado pela emissora Rede Globo para interpretar um assaltante em um experimento social. A situação se deu em uma universidade durante uma das aulas do curso de direito, o professor havia deixado seu computador sobre a mesa e seguia sua aula naturalmente, quando o ator usando um agasalho encapuçado entrou na sala sem alarde até pegar o computador e fugir carregando-o consigo.

Em seguida, após a surpresa e o susto dos estudantes, o repórter explicou que se tratava de um experimento social proposto pelo programa e que eles estariam sendo convidados a fazer parte do estudo.

O experimento replicava um estudo feito na mesma universidade, sete meses antes pela advogada Karem Tenenbojm, que ao longo da reportagem destacou sua conclusão, como apresentamos " É necessário ter cuidados muito

especiais com esse tipo de meio de prova, o reconhecimento pessoal é responsável pela condenação de inocentes." [14] (ANO 2019, entrevista)

Durante a reportagem o telespectador é contemplado com dois casos reais de reconhecimentos pessoais que foram equivocados e consequentemente encarceraram inocentes. O primeiro caso se tratou de Anselmo, um homem preso acusado de ser um criminoso que veio a ser batizado de maníaco do Uno vermelho, o motivo que levou a suspeita de que o maníaco se tratava de Anselmo consistiu no fato dele possuir um veículo idêntico ao do criminoso. Enquanto o reconhecimento pelas testemunhas se deu em meio a rua, a polícia solicitou que o suspeito ficasse parado de pé em frente a casa da própria mãe, onde foi capturado, enquanto as testemunhas passaram de carro em frente a ele e uma delas o identificou.

Esse caso em questão viola a previsão legal pois além de não ser feito em local apropriado e com outros possíveis suspeitos emparelhados, as testemunhas tiveram contato umas com as outras, viciando a experiência da avaliação individual. Essa prática além de ilegal, induz as testemunhas ao erro, pois se o suspeito indicado for o único presente na hora do reconhecimento e ele for minimamente parecido com o criminoso, induz o reconhecimento de forma errônea, acarretando assim na incriminação de um inocente por vício no processo.

Outro caso presente na reportagem, foi o do carioca Leonardo Nascimento que veio a ter grande repercussão no início de 2019, ao ser acusado de latrocínio. Nesse caso em questão, Leonardo relata que o reconhecimento foi feito de forma presencial e acompanhado de outros suspeitos como determina a letra da lei, o erro em questão se deu com a falta de compatibilidade dos demais suspeitos, tendo em vista que o inocente estava na presença de um rapaz moreno e dois brancos, sendo Leonardo o único negro na sala de reconhecimento, tornando assim a confusão da testemunha mais provável já que o criminoso procurado era também um jovem negro e magro, portador das mesmas características de Leonardo.

A falta de critérios no processo de reconhecimento de suspeitos no Brasil, não ultrapassa somente os limites da legislação, mas também viola o

[14] SEGURANÇA PÚBLICA. Fantástico. São Paulo: Rede Globo, 05 de maio, 2019. Programa de TV.

devido processo legal, criando assim uma mácula no processo que mesmo obtendo êxito no reconhecimento do criminoso pode vir a sofrer nulidade.

Nas palavras da psicóloga Lilian Stein (ANO 2019, entrevista), da PUC-RS, para a reportagem:

> O reconhecimento de uma pessoa estranha que só tenha sido vista uma única vez, seja por segundos ou minutos, é uma ação muito difícil de ser realizada. A produção de falsas memórias é parte do funcionamento normal da memória, não tendo como isso ser alterado. Então dizer para pessoa que o criminoso pode estar ou não entre aqueles das fotos apresentadas a ela é tão importante quanto quem apresentar as fotos não saiba de que suspeito se trata. [15]

O juiz Fábio Munhoz Soares (ANO 2019, entrevista), da 17º vara criminal de São Paulo relatou:

> Uma vez estive presente em um reconhecimento onde a vítima olhou pelo vidro e em menos de dois segundos identificou o autor do crime, mas ao fim da audiência após o réu vir a ser condenado, o policial responsável pela escolta me informou que o preso apresentado para fins de reconhecimento não era o preso daquele processo, que por um equívoco eles haviam o trocado.
> Se esta se tratar da única prova, trata-se de algo muito frágil para fins de condenação. E o reconhecimento pessoal talvez deva ser melhorado e aprimorado. [16]

Voltando as atenções ao experimento, parte dos alunos foram convidados a reconhecer o ator que encenou o roubo no dia da aula. Estes foram divididos em dois grupos, com o fim de orientá-los de formas diferentes e avaliar o comportamento dos grupos diante das orientações propostas.

O primeiro, recebeu a orientações que seguiam as normas do departamento de justiça americano, como visto "o autor pode estar ou não nessas fotos, se você não souber, pode dizer que não sabe, mas é importante lembrar para ter cautela nesse procedimento, pois essa ação na prática pode incriminar um cidadão inocente"

O outro grupo foi orientado a seguir o que ordena a legislação brasileira - "você vai fazer o papel de uma testemunha e tentar reconhecer através dessas

[15] *Ibidem*
[16] *Ibidem.*

fotografias o suposto autor do furto do computador do professor, entre eles, qual você acha que é?"

O estudo trouxe um resultado em números que ilustra a indução ao erro das testemunhas. O grupo orientado mediante a legislação brasileira, obteve 73% de respostas erradas, enquanto aquele que seguiu as orientações do departamento de justiça americano, em 63% dos casos disse não estar confiante para apontar um culpado.

É importante frisar que mesmo seguindo padrões considerados mais apropriados, a legislação americana não está isenta de erros e já incriminou também muitos inocentes. Uma ONG criada nos Estados Unidos e trazida para o Brasil em 2017, chamada "Innocence Project" já foi capaz de reverter a prisão de cerca de 360 pessoas que tiveram suas reconhecidas de formas equivocadas.

No Brasil, a ONG já atua em defesa de pessoas que foram culpabilizadas arbitrariamente, no geral, com reconhecimentos feitos através de uma fotografia onde é solicitado que a testemunha diga se aquele suspeito da foto se trata do criminoso que a vitimou. Violando assim o previsto em lei e evidenciando a ineficácia do método utilizado que tende a indução das testemunhas ao erro.

3. A ABORDAGEM DA PROBLEMÁTICA DIANTE A FICÇÃO E A FILOSOFIA

O tema em questão é de constantes abordagens na literatura e nos cinemas, onde muitos autores se propuseram a repensar a sociedade de formas distópicas e futuristas. Nesses casos, é possível acompanhar o desenrolar de tramas que em via de regra, vislumbram um futuro distante, por vezes, por conta da falta de tecnologias da época em que as obras foram produzidas.

A distopia por si só, é uma vertente da literatura que propõe uma antítese da utopia, promovendo assim uma "utopia negativa", por isso, todas as obras produzidas com essas características ou tendo esse subgênero da ficção, possuem o objetivo de descrever e explorar um enredo pessimista, onde o pesadelo e a falta de determinados direitos como a liberdade são o foco da mensagem.

Algumas obras utilizam das tecnologias como ferramentas para os cenários propostos, mas exprimem uma realidade de políticas autoritárias, onde em via de regra o protagonista é posto como um rebelde que busca derrubar o sistema, ou simplesmente recuperar a sua liberdade a tempos cerceada.

Pouco importando a plataforma escolhida para a mensagem, Estados Totalitários são explorados em obras como a literatura de "1984" do autor britânico George Orwell, "V de vingança", uma obra em quadrinhos do também britânico Alan Moore e na obra cinematográfica "Inimigo do Estado" com roteiro de David Marconi e estrelado por Will Smith.

O desafio em questão passa sempre pela violação do direito mais básico de um Estado Democrático de Direito, a liberdade, que em muitos momentos da história foi conquistado através de sacrifícios, suor e sangue.

A ótica pessimista apresentada nas distopias serve de alerta para sociedade que se acostumou a ter direitos e não lhes atribui o devido valor. No entanto, servem também de base para que a mesma se prepare para mudanças, se adaptando da forma mais benéfica possível.

O viés filosófico de Michel Foucault por sua vez apresentado na obra "Vigiar e punir", aborda um olhar progressista da sociedade, onde se faz necessário um olhar antropológico do comportamento e as consequências dessa ação.

O conceito filosófico exposto por Michel Foucault denota uma preocupação ainda maior que as distopias já mencionadas. Tal afirmação pode ser explicada com uma mera argumentação especulativa, as distopias por pior que pareçam ser, trazer ao olhar do observador um desastre social ficcional que serve como base para que a sociedade compreenda que aquele não é o modelo no qual se deve espelhar, todo lado problemático, do cerceamento de direitos até a baixa qualidade de vida nelas expostas, automaticamente determina que aquele modelo de sociedade é ruim.

No entanto, a filosofia de Foucault exprimida em Vigiar e Punir, traz a ótica um estudo antropológico, onde um comportamento é observado para que se compreenda a motivação que levou a sociedade a progredir daquela forma. A proximidade com a realidade nesse caso, torna todo o contexto mais alarmante, pois aquilo que era especulativo na distopia começa a ganhar vida. A preocupação com as escolhas da sociedade perante os momentos de crise e as consequências destas exprimem um temor real e atual.

3.1 "1984" e o Big Brother de George Orwell

No clássico da literatura britânica "1984", o autor George Orwell idealizou um futuro distópico, onde em "1984", ano à frente do seu tempo, explorou um mundo que foi dominado por nações com políticas similares ao socialismo soviético. Nesse cenário, encontramos uma sociedade antidemocrática, sem pluralidade de partidos, sem o direito ao voto e tendo como líder o Grande Irmão. Dentro das casas das pessoas existe um objeto chamado de "teletela", uma espécie de televisão capaz de monitorar os indivíduos e se comunicar com eles, através de propagandas políticas que manipulam a sociedade a favor do Grande Irmão.

Outra característica explanada por George Orwell em sua obra, é um ministério da verdade, um órgão do governo onde o protagonista trabalha na função de alterar fatos históricos com a finalidade de manipular as informações. Sendo assim, o governo possui a tranquilidade de definir metas no início do ano, pois uma vez que estas não sejam alcançadas, o ministério da verdade se encarrega de alterar as notícias dos jornais passados, inserindo uma meta dentro do patamar alcançado naquele ano, garantindo assim que o governo cumpra com suas obrigações e a população acredite que um bom trabalho esteja sendo feito.

A manipulação através das mídias e do monitoramento social não só leva a população a crer na infalibilidade do Grande Irmão, como também faz com que acreditem em um inimigo inexistente. A criação de um inimigo faz com que as pessoas se concentrem na guerra, vez que suas vidas e sociedade dependem do sucesso na mesma, o problema é que a guerra em questão é uma fantasia do governo com o simples objetivo de mantê-los ocupados e fiéis ao Grande Irmão, que a todo custo tenta protegê-los.

O raciocínio binário é outra forma de fazer com que essa sociedade não possa quantificar um problema, sendo assim, eles trabalham com a limitação do idioma, de forma a extinguir palavras sinônimas e reduzindo o vocabulário a apenas uma palavra para cada significado. Uma ação do governo não pode ser medida como excelente, ótima ou boa, pois se um serviço prestado sofrer alterações pelo novo vocabulário ele só pode ser bom ou "desbom", não existindo qualquer nuância entre as duas avaliações, uma vez que o governo leva a população a crer que as metas foram alcançadas e os resultados satisfatórios, o governo sempre terá sua avaliação como boa.

É importante traçar um paralelo entre a ficção de George Orwell escrita no pós-guerra da década quarenta e o mundo atual. A sociedade brasileira em questão possui diversas características que comportariam uma adaptação de "1984", um monitoramento que ainda que não sendo por câmeras de vigilância, se dá através das redes sociais e smartphones, essas tecnologias são capazes de monitorar e armazenar informações sobre os indivíduos, montando assim um banco de dados sobre as personalidades, interesses, localização, deslocamento diário e até mesmo o que pensam sobre os mais variados assuntos.

É possível também notar o crescimento do raciocínio binário, onde automaticamente ao se identificar como contrário a uma ideia, o indivíduo é definido como pertencente a outro grupo específico sem se considerar uma pluralidade de possibilidades.

A criação de um inimigo em comum é outra característica facilmente notada na postura de governos, a manipulação que leva um parcela da sociedade a odiar um culpado é a mesma que leva os indivíduos a não enxergarem a responsabilidade no erro dos "Grandes Irmãos" que surgem.

Utilizando de uma ilustração histórica, situações como as empregadas em "1984", foram vistas na Alemanha nazista de Adolf Hitler, que ascendeu ao poder criando o mito de que todo o mal sofrido pela Alemanha era culpa dos Judeus, criando assim um inimigo a ser combatido, enquanto o sucesso no combate ao "inimigo" era crescente, o Füher ganhava poder e utilizava de outras artimanhas de manipulação. Uma das mais comuns praticadas pelo exército nazista foi a destruição de material cultural como livros, levando a própria população a queimá-los em atos patrióticos, enquanto que o real objetivo era destruir qualquer material capaz de disseminar informação e raciocínio críticos, sentenciando assim o fim do pluralismo de ideias.

3.2 "Vigiar e Punir", a evolução da sociedade diante da aplicabilidade das punições, por Michael Foucault.

O filósofo, historiador, teórico social, filólogo e crítico literário, Michael Foucault trouxe em alguns de seus trabalhos, formas de pensar sobre a sociedade, o comportamento social e o seu desenvolvimento. Entre algumas de suas obras, "Vigiar e Punir" trouxe um debate em quatro etapas sobre a pena: Suplício, Punição, Disciplina e Prisão. A ordem dos títulos é necessária para a compreensão da construção do raciocínio exposto por Foucault.

Iniciando sua narrativa através do "Suplício", o autor apresenta duas linhas de punição, um esquartejamento na idade média e a rotina em uma casa de detenção em Paris, no século XIX. O objetivo destas ilustrações passa pela intenção de demonstrar a evolução no conceito de punição.

Esse processo evolutivo sugere um amadurecimento humanístico no que se refere a pena, o conceito de penalização corporal pelo qual passavam os criminosos passa a ser uma punição psicológica, onde a privação da liberdade se torna o foco da ação de punir. O objetivo é proporcionar ao criminoso uma pena onde ele seja capaz de refletir sobre suas ações, passando assim por um processo de ressocialização para que voltar a sociedade como um cidadão melhor.

Se faz necessário a realização de uma correlação entre a obra de Foucault e o momento atual pelo qual passa a sociedade brasileira.

A crescente criminalidade somada a sensação de impunidade, provenientes da falta de eficácia em punir criminosos do baixo ao alto escalão, seja por conta do inchamento da malha carcerária, ou pela ineficácia das investigações criminais já citadas nesse trabalho. Vem gerando um sentimento de revolta e vingança por parte da população, que consequentemente se faz pensar que a evolução do suplício está chegando em uma nova etapa de sua evolução, ou o que poderia ser chamado de involução, vez que o clamor popular apela por penas capitais a criminosos, onde por vezes, os próprios populares conduzem a "justiça" com as próprias mãos ignorando as leis vigentes.

É necessário então, observar o comportamento social e tentar corrigi-lo para que o caos não se instaure em uma sociedade que negligência seus acordos sociais vigentes, trazendo à tona uma lei de Talião como bem ilustra o primeiro capítulo da lei:

> I - SORTILÉGIOS, JUÍZO DE DEUS, FALSO TESTEMUNHO, PREVARICAÇÃO DE JUÍZES:
> 1º - Se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, mas não pode dar a prova disso, aquele que acusou, deverá ser morto.
> 2º - Se alguém avança uma imputação de sortilégio contra um outro e não a pode provar e aquele contra o qual a imputação de sortilégio foi feita, vai ao rio, salta no rio, se o rio o traga, aquele que acusou deverá receber em posse à sua casa. Mas, se o rio o demonstra inocente e ele fica ileso, aquele que avançou a imputação deverá ser morto, aquele que saltou no rio deverá receber em posse a casa do seu acusador.
> 3º - Se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e, não prova o que disse, se o processo importa perda de vida, ele deverá ser morto.

> 4º - Se alguém se apresenta como testemunha por grão e dinheiro, deverá suportar a pena cominada no processo.
> 5º - Se um juiz dirige um processo e profere uma decisão e redige por escrito a sentença, se mais tarde o seu processo se demonstra errado e aquele juiz, no processo que dirigiu, é convencido de ser causa do erro, ele deverá então pagar doze vezes a pena que era estabelecida naquele processo, e se deverá publicamente expulsá-lo de sua cadeira de juiz. Nem deverá ele voltar a funcionar de novo como juiz em um processo.

A ineficácia da punição através do suplício ficou explicitada ao longo dos séculos. Mesmo que a lógica diga que a pena de morte fará com que haja menos assassinos no mundo, a realidade histórica prova que o medo da punição não extinguiu os crimes.

As sociedades mais desenvolvidas e isentas de criminalidade não alcançaram esse patamar através do medo e da força, mas sim da estruturação da educação e instrução social, onde cada cidadão se vê como parte do todo. O momento conturbado pelo qual passa o Brasil, exige que a sociedade faça escolhas, decidir entre o suplício e o progresso humanístico social é o enfoque que os debates devem ter para que enfim o problema seja resolvido em sua raiz e não mais paliativamente.

CONCLUSÃO

O presente trabalho levou em consideração estudos relacionados a grande evolução tecnológica presente na sociedade. O progresso dos mecanismos em questão, denotam a fragilidade do código penal e do sistema investigativo nacional. Criando obsolescência parcial ou completa em determinados casos.

A mesma tecnologia capaz de elucidar crimes com maior eficácia e celeridade, cria brechas para o surgimento de novas modalidades criminosas, um exemplo que por motivos evidentes não veio a ser citado nesse trabalho vem a ser a própria internet, capaz de proporcionar facilidade aos criminosos que roubam dados pessoais das vítimas, praticam extorsões, negociam serviços ilícitos com criptomoedas, as moedas virtuais irrastreáveis, entre outros crimes.

Motivado em discutir a segurança pública através da implementação de câmeras inteligentes e um banco de dados genético, como recursos de combate à criminalidade e fornecimento de material investigativo, através desses investimentos em inteligência. O trabalho se guiou por duas vertentes, a primeira, apresentou a proposta de forma informativa, relatando notícias que repercutiram

na mídia e apontando como tais tecnologias foram fundamentais para elucidação dos casos, com a finalidade de instigar o imaginário da sociedade amparada por tais mecanismos. Os resultados se mostram favoráveis e são capazes de fazer qualquer entusiasta desse desenvolvimento social, acreditar em um futuro onde o número de crimes tenha uma queda vertiginosa devido o novo controle social que suprime as ações criminosas.

Por outro lado, preocupado com o fato da legislação não acompanhar as demandas com a celeridade necessária, se propôs uma reflexão dos riscos de se implementar tais alternativas tecnológicas indiscriminadamente, sem uma regulamentação que ampare os direitos adquiridos pela sociedade através da Constituição Federal. Desta forma, apresenta-se a distopia de George Orwell, como uma ilustração de sociedade de controle, onde os mesmos mecanismos que antes apresentados no trabalho como solução para o caos da segurança pública, surgem como vilões, dando poder a Estados Totalitários, que utilizar os mecanismos para manipular e cercear a população.

Tendo a tecnologia como uma inevitável realidade e esses dois caminhos a se seguir, é notório que o preço a se pagar pela omissão custaria caro demais para sociedade. Cabe assim, difundir o conhecimento do que é real e o risco do imaginário se tornar real. Atribuindo a sociedade a função de cobrar uma regulamentação do uso consciente dessas tecnologias, impondo limites e garantindo os direitos básicos que hoje estão previstos na constituição.

Vale ressaltar que a demora no trâmite de regulamentações como essas, que principalmente estaria sendo realizada sobre uma perspectiva futura com fim de não entrarem em vigência já obsoletas, necessitariam então, vigorar como uma norma penal em branco, suportando assim novas emendas e atualizações que a mantivesse eficaz, mas ainda permanecesse garantindo os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Código de Hamurabi

Entrevista com os envolvidos no projeto "São Gabriel + Segura": https://www.youtube.com/watch?v=z4UTNrSrI9Y

Estatística populacional do IBGE:

https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir – Nascimento da Prisão. 20ª Edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

Matéria do site G1 sobre uma tentativa de assalto monitorada pela polícia, veiculada em 4 de abril de 2019:

https://g1.globo.com/sp/mogi-das-cruzes-suzano/noticia/2019/04/04/cameras-de-seguranca-mostram-parte-da-quadrilha-em-acao-em-guararema-veja-video.ghtml

Matéria sobre a implementação do banco de DNA no governo 2019-2023, comentada pelo Ministro da Justiça, Sérgio Moro:

https://exame.abril.com.br/brasil/banco-de-dna-ficara-completo-ate-final-do-governo-diz-moro/

Matéria sobre a criminalização da homofobia no G1:

https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/com-decisao-do-stf-brasil-se-torna-43o-pais-a-criminalizar-homofobia-diz-relatorio.ghtml

Matéria sobre o projeto "São Gabriel" + Segura", veículado pela RBS TV no dia 11 de agosto de 2018: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/videos/t/todos-os-videos/v/acao-comunitaria-reforca-seguranca-em-sao-gabriel/6939196/

MOORE, Alan. V de Vingança. 1ª Edição. Barueri: Panini Books, 2012.

ORWELL, George. 1984. 1ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

PENA, Sérgio. Segurança Pública: determinação de identidade genética pelo DNA. Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais. Belo Horizonte, Minas Gerais. 2005.

Matéria sobre o a investigação do caso Nicky Verstappen:

https://www.bbc.com/portuguese/geral-45320132

Reportagem e experimento reproduzido pelo Fantástico sobre o reconhecimento pessoal:
https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2019/05/05/experimento-testa-reconhecimento-de-suspeitos-e-um-procedimento-confiavel.ghtml

Reportagem, "Câmeras de reconhecimento facial ajudam a polícia a encontrar criminosos". Veiculada pelo telejornal Fantástico em 10 de março de 2019:

https://globoplay.globo.com/v/7444804/

Site do Projeto "São Gabriel + Segura": http://saogabrielsegura.com.br/

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ozéas Corrêa Lopes Filho
Universidade Federal Fluminense (UFF), Professor Doutor, Departamento de Direito Processual, Niterói, Brasil.
olopes@id.uff.br

Isadora Cardoso Amorim
Universidade Federal Fluminense (UFF), graduanda em Direito, Niterói, Brasil.
isadoracamorim@gmail.com

Thalita Almeida dos Reis
Universidade Federal Fluminense (UFF), graduanda em Direito, Niterói, Brasil.
thalita_reis@id.uff.br

Resumo: Neste artigo buscaremos traçar a dialética do Processo Penal diante dos princípios e garantias fundamentais fruto da luta pela construção de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, a proposta é analisar os pressupostos da execução provisória da pena e os princípios e direitos fundamentais que regem a atuação do Estado no exercício do *jus puniendi.* O propósito deste trabalho é analisar como o ordenamento jurídico brasileiro se posiciona em relação execução provisória da pena, considerando a proteção constitucional que confere ao princípio da presunção de inocência, bem como analisar como outros países latino-americanos e europeus lidam com a execução da pena face ao referido princípio. Desta forma, a comparação do caso brasileiro com ordenamentos jurídicos alienígenas será capaz de ilustrar como as diferentes expressões dadas ao princípio da presunção de inocência interferem no posicionamento de cada país frente à antecipação da execução da pena.

Palavras-chaves: execução provisória da pena; Estado Democrático de Direito; Direito Comparado; presunção de inocência; pressupostos da prisão.

INTRODUÇÃO

Assunto debatido incansavelmente no Brasil contemporâneo, a execução provisória da pena tem sido alvo de mutações constitucionais, projetos de lei e jurisprudência conflitante. Recentemente o tema ganhou especial destaque em razão de julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal (STF),

que alterou o entendimento até então dominante no país, resolvendo pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

Nesse contexto, o grupo de pesquisa "Democracia, Estado de Direito, Cidadania e Processo Penal" da Universidade Federal Fluminense, percebeu a necessidade de aprofundar os estudos acerca do referido tema. Em razão do atual e controverso debate, entendeu-se que seria produtivo realizar uma análise da execução provisória da pena à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com destaque para o princípio da presunção da inocência, comunicando a experiência brasileira com o Direito Comparado, especialmente no que tange à América Latina.

Desta forma, em síntese, o presente estudo perpassa pelos pressupostos da prisão no sistema jurídico brasileiro, por uma breve apresentação do processo penal brasileiro, pelo princípio da presunção de inocência, pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena no Brasil e por uma análise comparada da posição jurídica do Brasil no cenário mundial.

1. O processo penal brasileiro e o princípio da presunção de inocência

É preciso estabelecer, como pressuposto inicial, que o Processo Penal é uma garantia de proteção ao investigado/acusado, de forma que funciona como baliza ao poder de persecução estatal. Podemos, então, descrever o Processo Penal como o instrumento necessário para se chegar, legitimamente, à pena (LOPES JR, 2019, p.36). Não é possível falar em processo penal sem observar as garantias constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito.

O ordenamento jurídico brasileiro, fundamentado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, define um processo penal acusatório, fundado nos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e seus corolários, em destaque no artigo 5º, LVII e LXI, da CRFB/88, que norteiam a atuação estatal na persecução criminal. Ademais, o art. 3º-A, do Código de Processo Penal brasileiro, recentemente incluído no diploma pela Lei 13.964/19 ("Pacote Anticrime"), afirma expressamente que o processo penal terá estrutura acusatória. Em que pese tais fatos jurídicos, não se pode ignorar que o processo penal brasileiro ainda conserva consideráveis aspectos inquisitoriais, característicos do sistema inquisitório existente à época da elaboração do estatuto processual vigente.

O princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, CRFB/88, "revela uma norma de prova e de tratamento, visto que o ônus de demonstrar a real ocorrência dos fatos constitutivos do direito de punir do Estado cumpre integralmente à acusação" (MORAES, 2016, p. 624). No mesmo sentido, Aury Lopes Jr e Gustavo Henrique Badaró afirmam que a presunção de inocência "funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado" (LOPES JR e BADARÓ, 2016, p. 8).

Deste princípio decorrem duas regras práticas: probatória e de tratamento. A primeira diz respeito ao fato de que o ônus da prova compete à acusação, devendo o réu ser absolvido quando houver dúvida razoável acerca dos fatos em discussão (trata-se da máxima *in dúbio pro reo)*. A segunda sustenta que enquanto o acusado for presumidamente inocente, deverá ser tratado como tal. Esta última regra fixa a privação de liberdade como medida excepcional, devendo, a princípio, o indivíduo responder ao processo em liberdade.

2. Os pressupostos da prisão no sistema jurídico brasileiro

É no contexto exposto no tópico anterior que se insere a discussão acerca dos pressupostos da prisão no sistema jurídico brasileiro. É possível traçar um paralelo entre duas espécies de prisões admitidas pelo sistema jurídico vigente, a prisão-sanção e a prisão cautelar. A prisão-sanção é aquela que decorre de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, enquanto a prisão cautelar é aquela que visa garantir o normal desenvolvimento do processo, proferida a partir de uma ordem judicial fundamentada, mas cuja decisão ainda não transitou em julgado (LOPES JR, 2019, p. 587).

Ao abrigo do texto constitucional, quando não em flagrante[1], a prisão só pode se dar por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, respeitando os corolários do devido processo legal (art. 5º, LXI, CRFB/88). Nesse sentido, a prisão cautelar tem caráter instrumental, tendo em vista que é uma medida destinada a garantir a eficaz aplicação do poder de punir,

[1] A prisão em flagrante é conceituada por Renato Brasileiro de Lima como: "uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial" (LIMA, Renato Brasileiro, Manual de Processo Penal. Ed. 2020, p. 1027).

que, no entanto, só deve ser aplicada quando se verificar os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Tais requisitos podem ser rapidamente definidos como a probabilidade de ocorrência de um delito e o perigo que a liberdade do sujeito passivo causa ao processo, respectivamente (LOPES JR, 2019, p. 584).

No que tange à prisão sanção, isto é, a prisão enquanto pena, sob o amparo constitucional, a sua execução só pode ter início após sentença criminal condenatória transitada em julgado, sob pena de considerar-se o sujeito passivo como culpado antes do trânsito em julgado, em clara ofensa à literalidade do direito fundamental disposto no inciso LVII do artigo 5º, da Carta Magna.

Esta diferenciação, brevemente exposta, entre prisão cautelar e sanção, é essencial para que se compreenda os fundamentos e limites da atuação estatal no exercício de seu *jus puniendi* e para uma melhor análise da execução antecipada da pena no ordenamento jurídico brasileiro.

3. A inconstitucionalidade da execução antecipada da pena no Brasil e a (in)decisão do Supremo Tribunal Federal

O princípio da presunção de inocência, positivado no artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preceitua que: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". No mesmo sentido, o artigo 283 do Código de Processo Penal acrescenta: "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado".

As referidas normas estão em harmonia com dispositivos internacionais tais como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos de 1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que, de forma geral, contemplam o direito do cidadão de não ser declarado culpado enquanto houver dúvida sobre sua culpa.

Nesta seara, a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória é, historicamente, objeto de grande divergência inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, ao longo dos anos, alterou seu posicionamento diversas vezes, nunca alcançando unanimidade entre seus ministros. O debate se centraliza em se a antecipação da

execução da pena violaria ou não o princípio constitucional à presunção de inocência.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988 até 2009, portanto, durante os 21 anos de vigência da atual constituição brasileira, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que o trânsito em julgado não era requisito necessário para a prisão daquele que fosse condenado por decisão de segunda instância. Tal entendimento se extrai, dentre outros, do Habeas Corpus (HC) nº 72.061/RJ.

Entretanto, em 2009 no julgamento do HC nº 84.087/MG, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, fixou o entendimento no sentido da impossibilidade da execução antecipada da pena. No julgado sustentou-se que o princípio constitucional da presunção de inocência, deveria se aplicar até o trânsito em julgado da condenação, marco temporal fixado pela Constituição.

Anos depois, em 2016, o tribunal profere nova decisão, no bojo do HC nº 126.292/SP e, por maioria de 6 votos a 5, altera sua jurisprudência, permitindo a prisão a partir da decisão condenatória de segunda instância. À época a Corte entendeu que a execução antecipada da pena não fere o dito princípio, visto – dentre outros fundamentos – que a confirmação da sentença penal condenatória de segunda instância encerra a análise do mérito processual. A tese se pretendia dar eficácia ao direito penal e evitar a crença na impunidade, considerando, principalmente as diversas vias recursais disponíveis no ordenamento brasileiro e a morosidade da marcha processual.

Esta alteração jurisprudencial da Corte sofreu críticas e gerou certa insegurança jurídica. Observou-se que em decisões monocráticas os ministros que tiveram seus votos vencidos optaram por não sujeitar suas decisões ao posicionamento majoritário da Corte, julgando pela não execução antecipada da pena. Neste sentido, destacam-se os HC nº 137.063/SP, HC nº 147.452/MG e HC nº 153.466/PE.

Em 2019 houve o julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54 no qual o STF reestabeleceu, por maioria de 6 votos a 5, a impossibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Esta é a jurisprudência atual da Corte, que adotou interpretação literal do termo "*trânsito em julgado*", cunhado no dispositivo constitucional. Os votos majoritários apontaram, de forma geral, que a lentidão processual não justifica a supressão de garantias constitucionais e, ainda, que a

privação de liberdade deve ser sempre medida excepcional, não podendo o Estado agir de forma abusiva e autoritária em flagrante descompasso com a lei.

O entendimento é de que a antecipação da prisão em um processo ainda em curso representaria uma antecipação do tratamento de culpado ao réu. O intuito é "(...) impedir que aquele que ainda está sendo processado, com possibilidade de alteração da decisão judicial e reconhecimento de sua inocência, seja tratado como se já fosse um condenado definitivo, com sentença condenatória transitada em julgado" (LOPES JR e BADARÓ, 2016, p. 23). A decisão prezou pelo devido processo legal e o respeito ao marco temporal – limite hermenêutico – estabelecido no texto constitucional para o encerramento da presunção de inocência.

Em que pese o novo entendimento consolidado pelo STF no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, faz-se necessário destacar que o debate sobre a execução provisória da pena ainda tem mais alguns capítulos por vir em razão de novos debates jurídicos que tem se delineado. Em especial, destacam-se o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.235.340, com repercussão geral reconhecida pelo STF e a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 199/19, atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

Em 24 de dezembro de 2019 entrou em vigor no país a Lei nº 13.964, conhecida popularmente como "Pacote Anticrime". A referida legislação promoveu diversas mudanças no Código de Processo Penal e se destaca aqui a alteração no artigo 492, I, "e", que positivou a possibilidade de execução imediata das sentenças condenatórias proferidas pelo Tribunal do Júri, quando a decisão impuser uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão.

Nesse contexto se insere o RE 1.235.340/SC, interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina contra acórdão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que considerou ilegal a prisão fundada em condenação proferida pelo Tribunal do Júri. Evidentemente, a discussão da execução provisória da pena após sentença condenatória proferida em segunda instância, não se confunde com a execução provisória de decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, órgão de primeira instância. Entretanto, não se pode negar que há uma íntima e lógica relação entre ambos, vez que implicam no recolhimento ao cárcere de indivíduo que ainda não teve sua condenação definitiva transitada em julgado.

Desta forma, o referido recurso, que teve repercussão geral[2] reconhecida e aguarda julgamento pelo plenário, leva ao Supremo Tribunal Federal, novamente, a discussão acerca da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da execução imediata da pena. Interessante destacar que existem precedentes da 1ª Turma do STF que reconhecem a possibilidade de execução provisória no tribunal do júri, que não violaria a presunção de inocência em razão de sua compatibilidade com o princípio da soberania dos veredictos (neste sentido HC 118.770/SP e HC 140.449/RJ).

Ainda na contramão do entendimento ora consolidado pelo STF, a Proposta de Emenda à Constituição nº 199/19, proposta pelo partido Cidadania, visa alterar os artigos 102 e 105 da Constituição Federal a fim de transformar o recurso extraordinário e o recurso especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente. Esta alteração tem o objetivo de permitir a execução imediata das decisões das cortes de 2ª instância, ou seja, das decisões dos Tribunais Regionais Federais, bem como dos Tribunais de Justiça locais. A referida PEC ainda está em estágio de tramitação no Congresso Nacional, mas certamente reaviva o debate legislativo e popular sobre a execução provisória da pena.

4. O panorama da execução provisória da pena no Direito Comparado

O intuito no presente tópico é analisar se o entendimento atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal segue a tendência dos demais países, sobretudo, da América Latina e Europa. Para tanto, realizamos uma abordagem genérica acerca da execução provisória da pena nos demais países, sem adentrar em estudos profundos acerca da legislação específica de cada ordenamento jurídico, até mesmo, em razão da inviabilidade gerada pela amplitude do objeto ora em análise.

No panorama jurídico internacional a maior parte dos países reconhece o princípio da presunção de inocência, contudo, a amplitude deste varia de acordo com as influências de cada ordenamento (SILVA, 2018).

[2] A repercussão geral é um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário (vide art. 102, §3º, da Constituição Federal), que pode ser entendida como a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo, conforme previsto no art. 1.035, do Código de Processo Civil (CPC).

Um estudo realizado, em 2016, por Friescheisen, Nicida e Gusman, acerca da execução provisória da pena no panorama estrangeiro aponta que a maior parte dos países, em que pese considerarem a presunção de inocência como princípio regente do devido processo legal, não considera que a execução provisória da pena ofenda tal princípio, de forma que em certos ordenamentos é possível a execução imediatamente após a sentença de primeira instância; é o caso dos Estados Unidos da América. Por outro lado, em outros países, observa-se o duplo grau de jurisdição para iniciar o cumprimento da pena, como é o caso da Alemanha, Inglaterra, Portugal, França e Espanha.

No referido estudo, os autores sustentam que a "execução provisória não significa o fim de direitos processuais inerentes ao indivíduo". De forma que, grande parte da comunidade internacional "interpreta a presunção da inocência de modo a compatibilizá-la com a necessidade de efetividade estatal na resposta ao crime" (FRIESCHEISEN; NICIDA; GUSMAN, 2016, p. 25).

Na América Latina o referido estudo cita a Argentina, como exemplo de país que não exige o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, contudo, diante da reforma processual penal argentina que entrou em vigor em 2019, o artigo 375 passa a dispor que: "*sólo podrán ser ejecutadas las sentencias firmes*". Por ser uma alteração extremamente recente ainda não é possível aferir qual interpretação que as cortes jurisdicionais do país darão ao referido dispositivo, contudo, parece-nos clara a intenção do legislador em respeitar o princípio da presunção de inocência até a fase final do processo penal.

Ademais, o Chile é outro país latino americano que teve sua reforma processual penal já no século XXI e que blinda o princípio da presunção de inocência até que sobrevenha decisão final condenatória. O artigo 150, 3, do Código Processual Penal chileno esclarece que a presunção de inocência é uma garantia do acusado até o fim do processo, conforme se segue:

> El imputado será tratado en todo momento como inocente. La prisión preventiva se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto.

No caso Suárez Rosero Vs. Equador, na sentença de 12 de setembro de 1997, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou confirmando que "o processo termina quando é proferida sentença definitiva no assunto, com

o que se esgota a jurisdição (...)" e que "particularmente em matéria penal, este prazo deve compreender todo o procedimento, incluindo os recursos à instância superior que poderiam eventualmente ser apresentados".

Na Europa, é possível citar o modelo italiano como garantidor da execução da pena somente após o trânsito em julgado. A Constituição da República Italiana ressalta em seu artigo 27 que "*L'imputato non e` considerato colpevole sino alla condanna definitiva*".

No que toca ao direito espanhol, o artigo 3, do Código Penal, estipula que "*No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales".* Contudo, em seu texto, Friescheisen, Nicida e Gusman, aludem que o Tribunal Constitucional Espanhol reconheceu a compatibilidade do princípio da presunção de inocência com o da efetividade das decisões condenatórias, de forma que a sentença pode ser executada se o acusado for condenado em um processo no qual lhe foi garantido o contraditório e ampla defesa, ainda que penda recursos (FRIESCHEISEN; NICIDA; GUSMAN, 2016, p. 23).

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, verifica-se que a problemática envolvendo a possibilidade ou não da execução provisória da pena não se exaure apenas no debate jurídico acerca da violação ou não do princípio da presunção de inocência. A matéria tem ganhado cada vez mais destaque na sociedade brasileira, em que se nota um crescente anseio popular por uma maior eficiência no combate à criminalidade.

Interessante destacar que, este clamor popular por respostas mais rápidas e severas do poder punitivo surge em um país que tem em torno de 880 mil pessoas presas, de acordo com os dados do Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça. É uma aparente contradição, que recai em fatores como quem são as pessoas que efetivamente estão presas e quem são aquelas mais beneficiadas pelas falhas do sistema. Evidentemente, esta é uma discussão profunda para outra oportunidade, à qual não se pode fazer jus dentro do objeto deste trabalho.

Frise-se que apesar da discussão sobre o paradoxo temporal e a mora do Poder Judiciário nas ações penais, ser válida e complexa, não pode ser reduzida e pseudo-solucionada com a possibilidade de execução antecipada da pena, tendo

em vista que o lapso temporal do processo permaneceria igual, contudo, com acusados, presumidamente inocentes, encarcerados, aumentando o percentual de indivíduos encarcerados em nosso caótico sistema carcerário (LOPES JR. e BADARÓ, 2016, p.19).

Desta forma, entendemos, na mesma linha que sustenta o Professor Aury Lopes Jr. e o Professor Gustavo Henrique Badaró, no sentido de que o acusado goza da situação jurídica como inocente em todos os momentos da persecução penal, inclusive quando declarado culpado por sentença penal condenatória em segunda instância, enquanto pendente recurso da sentença até seu trânsito em julgado.

No que diz tange à análise da execução provisória da pena em ordenamentos jurídicos alienígenas, constata-se que o tema também é controvertido no panorama internacional. Observou-se que, seja na Europa seja na América Latina, não há um consenso sobre a melhor perspectiva jurídica para abordar o tema, o que releva sua complexidade.

Em relação ao ordenamento brasileiro, a Carta Magna é clara ao dispor que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". A expressão "trânsito em julgado" indica que o constituinte originário previu que a presunção de inocência deve vigorar até o fim do processo penal, enquanto couber recurso. A interpretação do dispositivo no sentido de permitir a execução provisória da pena se traduz em uma manobra interpretativa que vai além dos limites estabelecidos pela Constituição Federal, incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito que se tem atualmente no Brasil.

Por fim faz-se necessário pontuar de forma crítica que, as constantes alterações de entendimento da Corte Superior brasileira afetam consideravelmente a segurança jurídica, especialmente considerando que tais viradas jurisprudenciais têm ocorrido em curtos espaços de tempo. Tal fato tem provocado reações sociais e legislativas, tais como a Proposta de Emenda Constitucional nº 199/19 e o RE 1.235.340, que pretendem resgatar o debate no Superior Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Código Procesal Penal Federal. Decreto 118/2019. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/319681/norma.htm>. Acesso em: 23 de nov. 2020, 14:52:00.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº199, de 2019*. Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E2A23507FAD9F5AA8BA491EAEDF98B1A.proposicoesWebExterno2?codteor=1835285&filename=PEC+199/2019>. Acesso em: 23 de nov. 2020, 13:28:00.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Banco de Monitoramento de Prisões*. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em 18de nov. 2020, 13:28:00.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal*. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 17 de outubro de 2019. Disponível em: < https://migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191023-03.pdf> Acesso em: 23 de nov. 2020, 13:28:00.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Acesso em: 23 de nov. 2020, 13:28:00.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.235.340 Santa Catarina*. Reclamante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Reclamado: Joel Fagundes da Silva. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685_barroso.pdf> 23 de nov. 2020, 13:28:00.

CHILE. Codigo Procesal Penal. Ley nº 19.696. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595> Acesso em: 23 de nov. 2020, 14:52:00.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Suaréz Rosero vs Equador*. Sentença de 12 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-

content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>. Acesso em: 23 de nov. 2020, 14:52:00.

ESPANHA. Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> Acesso em: 23 de nov. 2020, 14:53:00.

FRIESCHEISEN, L.; NICIDA, M.; GUSMAN, F. *Execução Provisória da Pena.* Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf/view>. Acesso: em 19 nov. 2020, 09:25:00.

ITÁLIA. Constituzione della Repubblica Italiana, diciembre 2012. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf> Acesso em: 23 de nov. 2020, 14:53:00.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal* – 8ª ed. – São Paulo: Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Parecer Presunção de inocência:* do conceito de trânsito em julgado da sentença condenatória. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf> . Acesso em: 23 nov. 2020, 14:52:00.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal* -16ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional* - 8ª ed. - São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Renan Lourenço da. *A presunção de inocência e a execução provisória da pena no panorama jurídico internacional e estrangeiro.* Jus Navigandi, 2018. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/66925/a-presuncao-de-inocencia-e-a-execucao-provisoria-da-pena-no-panorama-juridico-internacional-e-estrangeiro> Acesso em: 24 de nov. 2020, 17:54:00.

DIREITO PENAL E DIVERSIDADE ÉTNICA:
o tratamento jurídico reservado aos indígenas no âmbito criminal brasileiro

Victor Hugo Streit Vieira
Universidade Federal do Paraná, Graduando em Direito, Curitiba, Brasil
victorhsvieira@hotmail.com

Luiz Henrique Eloy Amado
École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), Pós-doutorando, Paris, França
adv.luizeloy@gmail.com

Resumo: Esta pesquisa trata dos direitos e peculiaridades do tratamento do Estado brasileiro com relação aos indígenas investigados, processados e/ou presos. Com base na análise das questões de responsabilização criminal pela própria comunidade, culpabilidade, necessidade de laudo antropológico e consulta às comunidades, direito de intérprete, atenuação da pena e regime prisional diferenciado, o objetivo é apontar caminhos para a efetivação de um paradigma multicultural e de um Estado pluriétnicos. Apesar dos inúmeros textos legais, tratados e declarações que outorgam tratamento diferenciado aos indígenas, tanto nacional como internacionalmente, são constantes as violações desses direitos que fazem parte da universalidade dos direitos humanos. Isso se deve, principalmente, ao descompasso entre a legislação internacional e a nacional, com destaque para a permanência da visão integracionista no "Estatuto do Índio", que conflita com a mudança paradigmática prevista pela Constituição Federal de 1988. Portanto, faz-se necessário um apelo ao pluralismo jurídico e ao reconhecimento da diversidade étnica na esfera judicial, a partir de um repensar dos entendimentos tradicionais e de seus colonizados referenciais de legitimação, para que se possa reconhecer direitos. O método adotado é descritivo-analítico, utilizando análises documentais, bibliográficas e de jurisprudência, para expor as contradições e erros observados entre as disposições legais e a suposta justiça realizada pelo poder judiciário. Como principal resultado, identificou-se um caminho para a concretização do paradigma multicultural e pluriétnico na Resolução nº 287/2019, do Conselho Nacional de Justiça, a qual estabelece procedimentos para o tratamento das pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade.

Palavras chave: Indígena; Direito Penal; Direito Processual Penal; Diversidade Étnica; Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

O Brasil possui uma diversidade étnica significativa. Segundo o último censo oficial realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, existiam no Brasil aproximadamente 817.963 indígenas, dos quais 502.783 vivem na zona rural e 315.180 habitam as zonas urbanas brasileiras. Este censo revelou que em todos os estados da federação, inclusive no Distrito Federal, há povos indígenas. A Fundação Nacional do Índio (FUNAI), órgão indigenista oficial, vinculado ao Ministério da Justiça, aponta que são 305 povos diferentes, mais o registro de 274 línguas indígenas e de 114 grupos de indígenas isolados e de recente contato. Os povos indígenas estão presentes nas cinco regiões do Brasil, sendo que a região norte é aquela que concentra o maior número de indivíduos, 305.873 mil, sendo aproximadamente 37,4% do total, sendo o Amazonas o estado com o maior número de indígenas, representando 55% do total da região. A região nordeste conta com cerca de 25,5% da população e possui no estado da Bahia a maior concentração de indígenas. A terceira região com maior concentração de indígenas é a região centro-oeste. Sendo que o estado do Mato Grosso do Sul concentra 56% da população da região.

No atual contexto político brasileiro, os povos indígenas têm enfrentado demandas de várias ordens sociais, que vai deste a ausência de demarcação e proteção territorial até a sistêmica negativa de direitos sociais, como acesso à educação, saúde e previdência social com base nos direitos identitários previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Ao mesmo tempo, temos observado um número significativo de indígenas encarcerados. Dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020) apontam para 1.390 indígenas presos, sendo 1.325 homens e 65 mulheres. Os estados que concentram o maior número de indígenas presos é Mato Grosso do Sul, Roraima, Rio Grande do Sul, Acre e Pernambuco e Bahia. O levantamento apontou também as etnias indígenas com maior índice de encarceramento, sendo: Guarani Kaiowá, Macuxi, Terena, Kaingang, Jaminawa e Wapixana.

Tem-se ainda que vieses integracionistas ainda geram incompreensão e desprezo por parte dos tribunais. Apesar dos inúmeros textos legais, protocolos, pactos e declarações que outorgam tratamento diferenciado aos indígenas, tanto nacional como internacionalmente, são constantes as violações desses direitos, que fazem parte da universalidade dos direitos humanos. Isso se deve,

principalmente, ao descompasso entre a legislação internacional e a nacional, com destaque para a permanência da visão integracionista no Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), que conflita com a mudança paradigmática prevista pela Constituição Federal de 1988. É necessário, portanto, revelar e levar ao abandono e à transformação dos critérios utilizados pelo judiciário para definir a identidade étnica dos povos indígenas e reconhecer seus direitos. Faz-se apelo ao pluralismo jurídico e ao reconhecimento da diversidade étnica na esfera judicial, a partir de um repensar dos entendimentos tradicionais e de seus referenciais de legitimação colonizados.

A partir dessa realidade, o presente texto apresenta um panorama geral do tratamento jurídico dispensado ao indígena no âmbito da justiça criminal brasileira. Após breve exposição a respeito da política indigenista brasileira, a pesquisa trata dos direitos e peculiaridades do tratamento do Estado brasileiro reservado aos indígenas investigados, processados e/ou presos. Com base na análise das questões de responsabilidade criminal da própria comunidade, culpabilidade, necessidade de laudo antropológico e consulta às comunidades, direito de intérprete, atenuação da pena e regime prisional diferenciado, o objetivo é apontar caminhos para a efetivação de um paradigma multicultural e de um Estado pluriétnico.

O método adotado é descritivo-analítico, utilizando análises documentais, bibliográficas e de jurisprudência, para expor as contradições e erros observados entre as disposições legais e a suposta justiça realizada pelo poder judiciário. Importante consignar que o tema tratado não é novo. Autores como Tédney Moreira da Silva (2015; 2020), Berro & Rodrigues (2014), Dornelles & Veronese (2017), Ferreira (2017), Filho (2020), Lopes & Uchoa (2018), Silva, J. (2020) e Castilho & Moreira (2020) tem refletido sobre o assunto no âmbito acadêmico. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) também lançou a coletânea de textos reunidos no livro intitulado "Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil", organizado pelo advogado indígena Luiz Henrique Eloy Amado. De modo geral, isso demonstra a importância do tema trazido à baila nesta pesquisa e como é preciso colocá-lo no centro do debate sobre os direitos dos povos indígenas, cujo pressuposto é o regime pluriétnico estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Importante ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019. Tal normativa de caráter vinculante será detalhadamente analisada, pois estabelece procedimentos para o tratamento

das pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade, além de diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário.

1. BREVE PANORAMA DA POLÍTICA INDIGENISTA BRASILEIRA

Os povos indígenas foram drasticamente impactados pela política colonial durante os primeiros anos do processo de colonização portuguesa. Num primeiro momento, a Coroa Portuguesa, e depois o governo Imperial, interferiram na organização territorial dos povos indígenas. A política de aldeamento e catequização foram os instrumentos implementados para subjugar esses povos ao controle do Estado, o qual se desenhava concomitantemente à ocupação das terras originárias pelos não indígenas. Ao tempo que a máquina colonial se enraizou no território, por meio de ações estatais e religiosas, expedientes normativos eram "fabricados" no intuito de legitimar a posse de não indígenas, garantindo o "sucesso" do empreendimento colonial.

Na metade do século XVIII, foi implantado o Diretório dos Índios (1757)[1], que foi a primeira agência estatal indigenista, gestada ainda, no período colonial. Criada num contexto de reforma administrativa, levado a cabo pela Coroa Portuguesa, implicou na expulsão de ordens religiosas, o rigoroso controle dos agentes que estavam em contato com os povos indígenas e o confisco de propriedades privadas. Segundo Pacheco de Oliveira & Freire (2006, p. 70), o Diretório além de dispor sobre a liberdade dos indígenas, modificou administrativamente a organização das aldeias, após o afastamento das diversas missões religiosas.

[1] "A figura central foi o Marquês de Pombal, Sebastião José de Carvalho e Melo, que de 1750 a 1757 foi primeiro ministro do rei D. José I, um representante do despotismo iluminado de Portugal do século XVIII. Inspirado nos princípios do Iluminismo, o Marquês de Pombal perseguiu como objetivo a separação entre o Estado e a Igreja, evitando a discriminação aos marranos (cristãos novos) e limitando os processos de autos de fé. O "Diretório que se deve observar nas povoações dos índios do Pará e Maranhão" foi implantado em 1757 pelo governador do Maranhão e Grão-Pará Francisco Xavier de Mendonça Furtado, responsável igualmente pela demarcação da fronteira amazônica e irmão do Marquês de Pombal. Por um decreto real de 1758, tal política foi estendida à colônia do Brasil" (PACHECO DE OLIVEIRA & FREIRE, 2006, p. 70).

Se no período do Brasil Colônia e Império, a agência indigenista estatal estava instituída na figura do Diretório dos Índios e Diretoria Geral dos Índios (DGI), respectivamente, no período republicano entra em cena o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), criado por meio do Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, estando vinculado administrativamente ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC).

É importante consignar que neste período, o princípio que orientava as ações estatais direcionadas aos povos indígenas, tinha como fundamento a ideia de que o indígena era um ser transitório, que com a devida formação, atingiria a civilização, assimilando-se à sociedade regional. Dando continuidade ao projeto colonial, mas agora, sob o manto republicano fundado nos princípios do positivismo. De igual modo, é possível olhar para a vinculação administrativa do órgão indigenista aos respectivos ministérios, pois os ideários militares, da força de trabalho indígena e integração nacional sempre influenciaram em grande medida as tomadas de decisão.

A situação jurídica dos povos indígenas e do indígena individualmente tratado acompanhava essa visão integracionista, pois o Código Civil de 1916, também denominado Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, instituído pela Lei n° 3.071, de 1º de janeiro de 1916, incluía os indígenas no rol das pessoas incapazes para a prática dos atos da vida civil, nos moldes da legislação brasileira[2]. Este mesmo dispositivo estabelecia o regime tutelar para os indígenas brasileiros, remetendo a legislação específica ao modo de exercício do poder tutelar. Souza Lima (1995), com base nos trabalhos de Max Weber, Michel Foucault e de outros autores, elaborou a modalidade de exercício de poder de um Estado concebido como nacional, o qual chamou de poder tutelar. Dessa forma, o autor analisou a ação estatal junto aos povos indígenas submetidos a um regime de dominação juridicamente definido.

Sucedendo o SPI foi criada a Fundação Nacional do Índio (Funai), por meio da Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967. "A Funai, foi instituída com o objetivo de exercer o monopólio tutelar, provendo os indígenas de todas as ações

[2] Nota-se que a legislação não fala nem em indígena ou índio, mas usava a designação silvícola, ou seja, o selvagem ou aquele que habita a selva. Neste sentido, "os índios selvagens eram os alvos principais da ação do Serviço não só por obstaculizar o avanço sobre o interior ou se acharem em guerra, mas também por oferecerem as melhores oportunidades para o trabalho de civilização" (SOUZA LIMA, 1995, p. 125).

de Estado necessárias, consoante as ideias de proteção tutelar as comunidades indígenas, inclusive as suas terras e aos seus ritmos culturais específicos representando-as juridicamente" (SOUZA LIMA, 2015, p. 439). Entretanto, não houve mudança no tratamento jurídico destinado aos povos indígenas. Em 1973, sobreveio a Lei n. 6.001, de 21 de dezembro de 1973, também conhecido como Estatuto do Índio, que em seu art. 1º preceitua, em relação aos indígenas, "o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional". Ou seja, consagrando a perspectiva integracionista do Estado Brasileiro, no sentido de incorporar os índios à chamada comunhão nacional.

Um dos principais aspectos da política indigenista levada a cabo pelo Estado brasileiro foi a criação de reservas indígenas nas primeiras décadas do século XX, provocando uma profunda ruptura no modo de vida dos povos indígenas, especialmente no que tange ao território ocupado na organização político-social. Neste sentido, pequenos espaços de terra eram reservados e os povos eram confinados neles, sendo alvo das ações estatais que visavam, paulatinamente, integrá-los à sociedade não indígena.[3]

Nota-se ainda que o princípio orientador da relação Estado e povos indígenas era a visão integracionista e a ideia de que aos poucos os indígenas seriam "branqueados" e deixariam de ser detentores de direitos étnicos. Por isso, as reservas indígenas eram criadas seguindo critério do SPI e eram exíguos espaços de terras, pois tinha-se em mente que logo seus ocupantes deixariam de ser indígenas e não necessitariam de terras. A implantação de reservas beneficiou de igual modo os fazendeiros da região, que na ânsia de instalar suas fazendas e se apropriar dos territórios indígenas logo tiveram extensas áreas de terras para ocupar, visto que o SPI havia confinado os indígenas nas pequenas reservas de terras, liberando todas as demais para o agronegócio.

Rompendo com o princípio integracionista que antes orientava a relação do Estado brasileiro com os povos originários, a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma ordem jurídica baseada na plurietnicidade. O artigo 231, caput, reconheceu aos povos indígenas o direito à "organização social, línguas, crenças e tradições", ou seja, se antes a orientação era para integrar, após a adoção da Carta Magna entrou em vigor novo comando, determinando o respeito ao modo

[3] Para saber mais sobre o impacto do confinamento em Mato Grosso do Sul, Brasil, consultar os textos de Brand (1997) e Eloy Amado (2019).

de ver e entender o mundo a partir da perspectiva indígena. Esse reconhecimento inaugurou também uma nova política de autodeterminação (BERRO; RODRIGUES, 2014, p. 43).

Em outras palavras, reconheceu-se o Estado pluriétnico. O artigo 231 da Constituição, alinhado com os artigos 210 e 215 da mesma forma, incluem os padrões culturais dos povos indígenas e demais comunidades tradicionais presentes no país. Nas palavras de Deborah Duprat (2002, p. 41), a "Constituição de 1988 representa uma clivagem em relação ao sistema constitucional pretérito, uma vez que reconhece o Estado brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação".

No cenário internacional houve de igual modo um avanço significativo. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) revogou a Convenção n. 107, de 05 de junho de 1957, que tratava da "proteção e integração das populações indígenas". Em substituição, foi aprovada a Convenção n. 169, de 07 de junho de 1989, e internalizada no Brasil por meio do Decreto n. 5.051/2004, atualmente consolidado na Lei n. 10.088/2019. Assim como a Constituição de 1988, este novo tratado de igual modo superou o paradigma integracionista, trazendo conceitos básicos que devem orientar a relação estatal com os povos indígenas, especialmente quanto a aspectos referentes ao respeito à identidade cultural, à consulta e à participação desses povos, bem como seu direito de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento, na medida em que afetem suas vidas, crenças, instituições, valores espirituais e a própria terra que ocupam ou utilizam.

Portanto, não há dúvida que a opção do Estado brasileiro foi de respeito à pluralidade étnica dos povos indígenas. Isso é possível constatar no desenvolvimento da política indigenista pós 1988, especialmente no âmbito da saúde e educação, onde expedientes normativos foram paulatinamente baixados com vista a contemplar as especificidades culturais, muito embora devemos reconhecer que existem ainda muitos desafios[4]. No que tange à política de regularização dos territórios indígenas é possível constatar tais mudanças, tendo

[4] No que tange à educação escolar indígena, temos observado nos últimos anos uma gama de normativas sendo implementadas com vista a garantir a educação específica, intercultural, diferenciada e bilíngue. O mesmo ocorre com o subsistema criado para prestar assistência à saúde indígenas. Tais sistemas possuem respaldo constitucional e, embora ainda necessitam de muito aprimoramento, são direitos sociais garantidos a partir da Carta Magna de 1988.

em vista que o texto constitucional outorgou nova forma de reconhecimento, inovando com a categoria "terra tradicionalmente ocupada".[5] Desta forma, elegeu novos contornos para o reconhecimento de direitos coletivos, embora ainda persistam muitos empecilhos de ordem jurídica, econômica e política a conclusão da demarcação das terras indígenas no Brasil[6].

No campo da política criminal também ainda observam-se diversos obstáculos. De acordo com Tédney Moreira da Silva (2015, p. 16-17), autor de dissertação paradigmática acerca do tratamento jurídico-penal reservado ao indígena, a criminalização de indígenas, tal qual promovida pelas agências doutrinárias, judiciais e policiais contemporâneas, constitui-se numa tática política de neutralização ou supressão da diversidade étnica. Silva nomeou tal processo de "penalidade civilizatória", entendendo que a integração dos indígenas à dita "sociedade nacional" completa-se, resultando no desaparecimento destes sujeitos de direitos. Desta forma, há a necessidade de se reconhecer, dentre as garantias fundamentais do indígena no âmbito do devido processo legal, a sua especificidade cultural.

2. RECONHECIMENTO DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL INDÍGENA

O significado da autodeterminação dos povos indígenas, direito conquistado na Constituição de 1988, envolve reconhecer e respeitar a existência de diversas formas de ser, viver e ver o mundo. Isso inclui o reconhecimento de que cada povo, ou até mesmo cada comunidade indígena, possui um sistema jurídico próprio composto por normas de conduta social, as quais

[5] Sobre tal tema, cf. Pacheco de Oliveira (2012).

[6] Recente relatório publicado pelo Cimi (2020) aponta que os povos indígenas habitam 1.290 terras indígenas, sendo 408 homologadas e 821 em processo de regularização e/ou reivindicadas. As terras indígenas – demarcadas ou não – em sua quase totalidade, encontram-se invadidas, depredadas e em processo de profunda devastação. Há, também, a inaceitável condição de centenas de comunidades indígenas que vivem sem terra, nas margens de rodovias ou acampadas em diminutas parcelas de terras estaduais ou municipais, em áreas degradadas e contaminadas pela poluição ou por agrotóxicos. Omissão e morosidade na regularização de terras são os aspectos que marcam os procedimentos demarcatórios. Podemos citar ainda as ações judiciais que tentam impor limites aos direitos e iniciativas legislativas que tumultuam a política indigenista e acabam servindo como uma espécie de freio ao alcance dos direitos constitucionais.

majoritariamente não são escritas e não se confundem com o direito estatal. São elas que regem sua organização social, familiar, econômica e territorial, bem como as relações de trabalho, o exercício do poder e das funções sociais e, ainda, a solução de conflitos e a aplicação de sanções (BERRO; RODRIGUES, 2014, p. 45).

Tais sistemas jurídicos são baseados em um conjunto disperso de usos, práticas e costumes e, ainda que não se apresente como um conjunto de normas positivadas, tais práticas jurídicas existem e coexistem concomitantemente nas sociedades indígenas. São formas de organização que fogem do modelo ocidental do direito associado à figura do Estado e à sua codificação escrita, recebendo o nome de direito consuetudinário por alguns autores (FILHO, 2020, p. 238-240).

Desta forma, no que tange ao sistema jurídico penal, ainda que exista certo consenso acerca do caráter monopólico do poder coativo do Estado, o qual lhe atribuiria a exclusiva titularidade do poder de punir (jus puniendi), apresenta-se inquestionável a existência da jurisdição penal também fora do Estado (BERRO; RODRIGUES, 2014, p. 46).

A responsabilização penal dos indígenas feita pela própria comunidade e a validação estatal da punição aplicada configuram amplo tema, o qual abrange o respeito, no que tange à diversidade cultural, aos direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico nacional e aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos (LOPES; UCHOA, 2018, p. 22).

Por esse ângulo, o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), em seu art. 57, reconhece a existência de sistemas jurídico-penais indígenas, admitindo a aplicação de sanções penais ou disciplinares contra os membros de suas comunidades, de com acordo com as instituições próprias, desde antes da adoção da política indigenista de reconhecimento da autodeterminação.

No mesmo sentido, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) estabelece em seu art. 9.1 que deverão ser respeitados métodos tradicionais aos quais os povos interessados recorrem para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros, desde que sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente. É ainda previsto, no art. 9.2, que as autoridades e os tribunais, ao se pronunciarem sobre questões penais, deverão levar em conta os costumes desses povos. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos

Povos Indígenas[7] (ONU, 2008) também reconhece o direito de tais povos conservarem e reforçarem suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais (arts. 5º e 34).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) firmou entendimento no mesmo sentido. Como o art. 231 da Constituição Federal reconhece aos indígenas sua organização social, de acordo com o órgão a ordem constitucional brasileira também reconhece o direito de esses povos regularem suas condutas, práticas de justiça e formas de solução de conflitos. Ainda que possuam conhecimento de algumas leis e normas jurídicas não indígenas, isso não faz com que sua vida social seja organizada por tais normas (CNJ, 2019, p. 14).

Nesta acepção, o CNJ (BRASIL, 2019) estabeleceu em sua Resolução 287/2019, dentre as garantias específicas dos indígenas submetidos à justiça criminal, a aplicação preferencial de mecanismos de responsabilização próprios da comunidade indígena, devendo a autoridade judicial adotar ou homologar tais práticas de resolução de conflitos (art. 7º).

Antes mesmo da publicação desta normativa pelo CNJ, já houve decisão do Tribunal de Justiça de Estado de Roraima (TJ-RR)[8] que, apesar de não encontrar muito eco no restante da jurisprudência pátria, foi paradigmática ao afastar condenação de indígena já punido pela comunidade. O juízo reconheceu o pluralismo jurídico que deriva da diversidade cultural brasileira, nos moldes do art. 231 da CF/88 e do art. 57 do Estatuto do Índio. Também foi reconhecida a garantia fundamental do *ne bis in idem*, princípio ausente no ordenamento interno, mas previsto no artigo 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, a qual dispõe que "o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos" (OEA, 1969).

---

[7] Ao contrário da Convenção nº 169, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas não é um instrumento vinculante ao Estado, servindo como fonte interpretativa de direitos. Ela é tida como o mais amplo instrumento internacional concernente aos direitos dos povos indígenas, uma vez que dá proeminência sem precedentes a direitos coletivos no direito internacional de direitos humanos e estabelece um parâmetro universal de padrões mínimos para a sobrevivência, dignidade e bem-estar dos povos indígenas. Também elabora, quanto aos padrões de direitos humanos já existentes, a forma com que se aplicam à situação específica dos povos indígenas.

[8] TJRR – ACr 0090.10.000302-0, Rel. Des. MAURO CAMPELLO, Câmara Única, julg.: 18/12/2015, DJe 17/02/2016, p. 13.

Como um claro exemplo de aplicação das noções do pluralismo jurídico no processo penal, a decisão do TJ-RR conferiu ao julgamento da comunidade indígena o mesmo status do que a da própria jurisdição estatal, não se atendo aos fatos em si (no caso, um homicídio), mas dando total legitimidade ao julgamento indígena para a busca daquilo que a doutrina conhece por "verdade real" (FERREIRA, 2017, p. 121-122).

De acordo com o artigo 10.2 da Convenção nº 169, a regra dos processos criminais com réus indígenas é o não encarceramento. Tendo isso em vista, a Resolução CNJ 287/2019 ainda estabeleceu em seu artigo 9º que, apenas excepcionalmente, quando não for o caso de responsabilização pela própria comunidade (art. 7º) e havendo expressa indicação desta de que o tratamento mais adequado é a punição estatal, ou então inexistindo comunidade indígena, o poder judiciário pode emitir sentença condenatória aplicando penas restritivas de direitos que sejam adaptadas às condições e aos costumes indígenas. É também recomendado que, no caso de aplicação de multa pecuniária, haja a conversão desta em prestação de serviços à comunidade, os quais podem ser cumpridos dentro da comunidade, quando for autorizado pela mesma (CNJ, 2019, p. 26).

Não sendo o caso de aplicação das disposições dos artigos 7º e 9º da Resolução CNJ 287/2019, seu artigo 10º dispõe que o judiciário deverá aplicar, para condenação a penas de reclusão e de detenção, o regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 do Estatuto do Índio, o qual será tratado adiante neste ensaio.

O respeito aos costumes e tradições também deve se dar na aplicação de medidas cautelares por parte do judiciário. Quanto a estas, devido à presunção da inocência, a regra é a não aplicação de qualquer medida que restrinja direitos no curso do processo penal. O art. 8º da normativa do CNJ determina que, se for comprovadamente necessária sua imposição, a autoridade judicial deve adaptar a medida cautelar às particularidades culturais dos povos indígenas, mesmo nos casos relativos à aplicação da Lei Maria da Penha (CNJ, 2019, p. 26).

Por fim, é preciso esclarecer que, sempre que assim desejarem, os povos indígenas poderão resolver seus litígios através do sistema jurídico e do aparato judicial estatal, seja pela falta de coercibilidade de suas decisões perante a comunidade ou por entender que em determinada situação o direito estatal é mais justo (BERRO; RODRIGUES, 2014, p. 46). Nesta acepção, a Convenção nº 169 assegura aos povos indígenas, em seu art. 2.2.a, o gozo, "em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades previstos na legislação nacional para os

demais cidadãos" (OIT, 1989), o que também já era estabelecido no parágrafo único do artigo 1º do Estatuto do Índio.

3. RESPONSABILIDADE PENAL DO INDÍGENA

Quanto à responsabilização penal do indígena no âmbito estatal, caso esta venha a ocorrer, o tratamento jurídico-penal conferido pelo judiciário brasileiro aos indígenas ainda continua, na prática, seguindo disposições anacrônicas do Estatuto do Índio em alguns casos, pois neles resume-se a culpabilidade ao critério da inimputabilidade, a partir da já ultrapassada divisão entre indígenas isolados, integrados ou em vias de integração (DORNELLES; VERONESE, 2017, p. 646), conforme disposto no artigo 4º do referido diploma legal (BRASIL, 1973).

Tal critério implica que os indígenas que houverem resistido ao processo de integração à sociedade têm sua responsabilidade penal reduzida ou afastada graças à sua inimputabilidade (desenvolvimento mental incompleto ou retardado), enquanto que aqueles que apresentam indícios de integração passam a ser imputáveis (SILVA, T. M., 2015, p. 48).

Ocorre que há um flagrante caráter assimilacionista na expressão "desenvolvimento mental incompleto ou retardado" quando o indígena é enquadrado como inimputável, pois abre margem ao entendimento de que haverá um desenvolvimento mental completo, tal qual o das crianças e adolescentes, a partir da vivência e da internalização dos valores da sociedade nacional (FILHO, 2020, p. 249).

Diante da inadequação do critério da inimputabilidade, a doutrina latino-americana buscou a exclusão da culpabilidade na figura do erro de proibição, previsto no artigo 21 do Código Penal brasileiro, o que teria por resultado a isenção ou a diminuição da aplicação da pena ao indígena que age de acordo com seus valores culturais (BERRO; RODRIGUES, 2014, p. 56).

Nesta toada, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 558-559) apontam para o erro culturalmente condicionado como uma espécie de erro de proibição, considerando que os povos indígenas muitas vezes não internalizam as regras normativas por não fazerem parte da cultura na qual foram educados. O erro culturalmente condicionado se daria quando, devido ao condicionamento

cultural do agente, este não possa compreender a norma, entendida como o conhecimento da norma mais a internalização de seu valor.

Como exemplos de tal tipo de erro, têm-se: o indígena que masca a folha sagrada da coca desde criança e não consegue internalizar o fato de a posse dela ser proibida; o incentivo de alguns povos à relação sexual entre adultos e adolescentes como um ritual de iniciação para a fase adulta, mesmo sendo considerada como estupro, pela legislação ordinária, a relação sexual consentida com menores de quatorze anos; crimes praticados por indígenas contra o meio ambiente em terras indígenas que sobrepõem áreas de proteção ambiental (FILHO, 2020, p. 250).

Outra alternativa ao tratamento penal do indígena é o critério da inexigibilidade de conduta diversa, presente no artigo 22 do Código Penal. Apesar de o dispositivo tratar de coação irresistível e obediência hierárquica, ele seria aplicado para o indígena nos casos em que este atue em conformidade com os valores de seu povo (FILHO, 2020, p. 250). É preciso levar em consideração que muitas condutas tipificadas como crime pelo Estado não somente não são consideradas como reprováveis para determinados povos indígenas, como, pelo contrário, são comportamentos socialmente exigidos. É o caso do interdito de vida de neonatos entre os povos Yanomami ou Suruwaha, equivocadamente considerado por alguns juristas como crime de infanticídio (BERRO; RODRIGUES, 2014, p. 48).

Contudo, de acordo com Tédney Moreira da Silva (2015, p. 199), não é prudente determinar aprioristicamente o tratamento de investigados ou acusados indígenas, sendo possível afirmar a incidência de um ou outro instituto previsto pela legislação penal apenas através da casuística. Assim, é possível considerar um indígena como inimputável, caso seja afetado por transtorno mental ou se menor de dezoito anos, conforme dispõe, respectivamente os artigos 26 e 27 do Código Penal. Não se pode, no entanto, dizer que assim o seja somente por ser indígena. Pode haver inexigibilidade de conduta diversa, em razão de sua cultura, mesmo que o indígena entenda o caráter ilícito da conduta, a qual pode ainda ser considerada atípica ou, em determinados casos, ser atingida pelos efeitos do erro de proibição.

Ocorre que, para avaliar essas diversas variáveis, os magistrados precisam de ferramentas que lhes permitam compreender outras culturas, o que não pode se dar a partir de uma observação subjetiva e etnocêntrica por parte dos julgadores, visto que não possuem "a expertise exigida para a compreensão

das especificidades culturais dos diversos povos indígenas que compõem a sociedade brasileira" (BERRO; RODRIGUES, 2014, p. 54). Para a avaliação de tais variáveis existem dois instrumentos que devem auxiliar a autoridade judicial a construir seu juízo: o laudo pericial antropológico e a consulta às comunidades indígenas, abordadas a seguir.

4. MUDANÇA EPISTEMOLÓGICA NA TOMADA DE DECISÃO: NECESSIDADE DE LAUDO ANTROPOLÓGICO E CONSULTA À COMUNIDADE

A Convenção nº 169 da OIT (1989) prevê que devem ser levados em conta os costumes dos povos indígenas a respeito de questões penais quando autoridades e tribunais se pronunciarem sobre o assunto (art. 9.2), assim como devem ser consideradas as suas características econômicas, sociais e culturais quando sanções penais forem impostas pela legislação geral a membros desses povos (art. 10.1). Tais disposições só podem ser cumpridas, no âmbito do processo penal, caso haja a produção de laudo antropológico e seja efetuada consulta à comunidade.

Neste sentido, o artigo 6º da Resolução CNJ 287/2019 prevê que a autoridade judicial deve solicitar o laudo antropológico de ofício quando receber denúncia ou queixa em desfavor de pessoa indígena, ou a requerimento das partes. Com o intuito de oferecer subsídios para que a autoridade judicial decida a respeito da responsabilidade da pessoa acusada, devem ser incluídos no laudo a qualificação, a etnia e a língua falada pelo indígena, sua capacidade de se comunicar em português, bem como suas circunstâncias pessoais, culturais, sociais e econômicas. Importante ainda apontar que, superada a teoria que questionava sobre graus de assimilação à comunhão nacional, a condição de indígena é definida pela autodeclaração, sendo esta suficiente para o respeito dos costumes, tradições e organização social indígena em todo o processo criminal (CNJ, 2019, p. 27).

Desta forma, informações que indiquem, por exemplo, atividades laborais desempenhadas, acesso à educação formal, posse de carteira nacional de habilitação e exercício da condição de eleitor, não prejudicam a identificação da pessoa como indígena. Esta ressalva ganha imensa importância tendo em vista que, mesmo após o advento da Constituição de 1988, os tribunais brasileiros comumente dispensam o laudo antropológico. A jurisprudência mostra que o

entendimento dos magistrados sempre foi o de que, através da análise de elementos formais como os acima mencionados, possuíam condições de verificar se o indígena é perfeitamente capaz de compreender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com tal entendimento (BERRO; RODRIGUES, 2014, p. 54).

Para não se resgatar e reforçar o olhar etnocêntrico que até então moldou as relações interétnicas, o laudo antropológico deve ser a base epistêmica a partir da qual o juízo analisa os delitos que envolvam indígenas (SILVA, T. M., 2020, p. 9). Esta perícia não tem como fim atribuir a identidade étnica do sujeito, pois, como previamente apontado, o indígena possui direito à autodeterminação. É um exame que serve como uma ferramenta intercultural que visa situar a identidade étnica na ordem de manifestações da vontade do agente, verificando sua influência na determinação da conduta ilícita e, assim, fornecendo ao julgador "um quadro mais completo de todas as variáveis que compõem o mosaico da ação ou omissão humana e a responsabilidade penal eventualmente atribuída" (CASTILHO; MOREIRA; SILVA, 2020, p. 151).

Por sua vez, a consulta às comunidades, estabelecida em diversos dispositivos da Resolução CNJ 287/2019, possui uma dupla dimensão de direito individual à ampla defesa e de direito coletivo à participação (CNJ, 2019, P. 29). O processo criminal envolvendo indígenas necessariamente tem efeitos sobre toda a comunidade, ainda que seja voltado contra a figura do indivíduo. Isso pode se dar tanto pela possível estigmatização da comunidade devido à criminalização da conduta de um membro, quanto por impactos financeiros derivados do processo ou pelas funções comunitárias que deixarão de ser exercidas graças a eventual condenação. A consulta à comunidade permite não somente maior fundamentação e contextualização na tomada de decisões, como configura ato de respeito ao direito da comunidade como um todo de ser ouvida. Tal medida é, portanto, uma mudança metodológica e mais um reflexo da paradigmática mudança epistêmica proporcionada pela Constituição Federal de 1988 (CNJ, 2019, P. 17).

5. DIREITO DE INTÉRPRETE

Em conformidade com respeito à pluralidade étnico-cultural, os povos indígenas possuem o direito a contar com um intérprete tanto na fase policial, quanto na judicial, o que configura, para além de uma garantia processual do

indivíduo, um direito coletivo (SILVA, J. I., 2020, p. 57). A negação do direito linguístico à língua tradicional e a imposição da língua portuguesa são sutis mecanismos através dos quais os agentes do Poder Judiciário expressam o racismo que historicamente inferioriza, marginaliza e exclui esses povos (SILVA, J. I., 2020, p. 71).

A Resolução CNJ 287/2019 dispõe, em seu artigo 3º, § 2º, que a partir da autodeclaração do indígena a autoridade judicial deve indagar seu grau de conhecimento da língua portuguesa. Para fins processuais, o objetivo desta medida não é saber se a pessoa é capaz de se comunicar e estabelecer relações sociais a partir do português, mas verificar se há potencial prejuízo ao seu direito à defesa se tiver que acompanhar o processo apenas nesta língua. Isto se torna especialmente relevante diante do fato de que, segundo o Censo 2010, pessoas indígenas de 15 anos ou mais de idade possuem taxa de alfabetização abaixo da média nacional, sendo que, entre aquelas que residem em terras indígenas, 32,3% são analfabetas (CNJ, 2019, p. 22).

Mesmo em processos nos quais os indígenas possuem conhecimento do português e conseguem responder a questões formuladas nesse vernáculo, não se pode afastar automaticamente a necessidade de intérpretes. As autoridades judiciais devem se atentar para o fato de que "possuir conhecimento do idioma e ser capaz de estabelecer comunicação não significa que a pessoa indígena tenha competência linguística equivalente à de pessoas não indígenas" (CNJ, 2019, p. 22).

O direito do indivíduo acusado ao intérprete em procedimentos criminais é previsto em diversos tratados internacionais do qual o Brasil faz parte, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14º) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.2.a), bem como no próprio Código de Processo Penal brasileiro (art. 193). Quanto aos povos indígenas, especificamente, o artigo 12 da Convenção nº 169 da OIT diz que devem ser tomadas medidas que garantam que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em processos legais. Caso necessário, o dispositivo legal dispõe que deve-se disponibilizar intérpretes ou outros meios eficazes (OIT, 1989). A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas também estabelece que os Estados devem proporcionar serviços de interpretação para garantir a proteção dos direitos desses povos (art. 13.2) (ONU, 2008).

Diante disto, em seu art. 5º a Resolução CNJ 287/2019 (BRASIL, 2019) consagrou a garantia da presença de intérprete em todas as etapas do processo em que o indígena figure como parte em diversas situações, como nas quais a língua falada não for a portuguesa, ou quando houver dúvida acerca do domínio e entendimento daquela. Já o art. 15 da referida norma estabeleceu, no sentido de propiciar a efetivação das outras garantias previstas no diploma, que os tribunais devem estruturar cadastro de intérpretes especializados nas línguas faladas pelas etnias presentes na região. O mesmo vale para peritos antropólogos. Quanto aos intérpretes, tais profissionais não devem limitar-se a manejar o idiota, sendo necessário que compreendam a cultura e o contexto em que ele se insere, o que torna interessante que pessoas indígenas desempenhem esse papel (CNJ, 2019, p. 24).

6. ART. 56 DO ESTATUTO DO ÍNDIO: ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME ESPECIAL DE SEMILIBERDADE

Para além da avaliação da imputabilidade dos indígenas ou da necessidade de produção de laudo antropológico, os Tribunais também vieram costumeiramente empregando o denominado "grau de aculturação ou integração" para aferir a aplicabilidade ou não das disposições do art. 56 do Estatuto do Índio. Este prevê que, aos indígenas que pratiquem delitos penalmente tipificados, a atenuação da pena (art. 56, *caput)* e o regime de semiliberdade (art. 56, parágrafo único). A jurisprudência brasileira é permeada por decisões em que se entende que indígena alfabetizado, eleitor e falando fluentemente a língua portuguesa é integrado à comunhão nacional, configurando hipótese de não aplicação do art. 56 (WAGNER, 2018, p. 131).

A atenuação da pena normalmente é concedida somente aos indígenas isolados e, em alguns casos, aos indígenas em vias de integração, sem que sequer haja, em muitos casos, a produção de laudo antropológico que defina seu grau de adaptação. (SILVA, T. M., 2015, p. 195). Há, no entanto, posicionamentos doutrinários que defendem a aplicação obrigatória da atenuante, sendo que a questão do grau de integração considerada somente para graduá-la (DORNELLES; VERONESE, 2017, p. 646).

Tédney Moreira da Silva (2015, p. 194) defende que ambos os direitos subjetivos estabelecidos pelo artigo 56 devem ser aplicados a todos os indígenas, independentemente de seu grau de integração "sociedade nacional", uma vez que

em tal artigo não há menção de que isso seria requisito para o reconhecimento desses direitos. Entendimentos contrários reforçam critério superado e inconstitucional, o que significa a perpetuação da intolerância e da incompreensão etnocêntrica (WAGNER, 2018, p. 143).

Nesta toada, o artigo 10º da Resolução CNJ 287/2019 esclarece que, em casos de condenação do indígena à pena de detenção ou reclusão, tendo sido excepcionalmente impossível a aplicação das penas restritivas de direitos, deverá ser aplicado pelo judiciário, "sempre que possível e mediante consulta à comunidade indígena, o regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 da Lei nº 6.001/1973" (BRASIL, 2019).

De acordo com o próprio CNJ (2019, p.31), houve recepção, pela ordem constitucional vigente, do regime de semiliberdade previsto no art. 56, parágrafo único do Estatuto do Índio, na medida em que tal disposição dê efetividade à excepcionalidade extrema do encarceramento indígena. É preciso que o local de cumprimento desse regime leve em conta as circunstâncias específicas de cada local e as particularidades culturais do indígena condenado. A autoridade judicial ainda deverá construir, em conjunto com a Funai e levando em consideração a consulta à comunidade indígena, as mais adequadas condições de cumprimento, tendo como norte o dever constitucional de respeito aos costumes e à organização social dos povos indígenas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste rápido panorama da legislação indigenista brasileira, no que tange à política criminal, percebe-se que há um conjunto de normas que garante o respeito à especificidade étnica dos povos indígenas. Tais garantias encontram respaldo desde normas infralegais, até no próprio texto constitucional e em inúmeros tratados internacionais. No entanto, constata-se que há um grande desafio para a efetividade desses direitos fundamentais que esparram justamente na incapacidade dos agentes estatais, especialmente do poder judiciário, em compreender e lidar com a pluralidade étnica existente no Brasil. Denota-se que o antigo princípio da integração que por séculos orientou a política indigenista ainda persiste no imaginário de muitos operadores do direito, refletindo o resquício colonial presente no modo de olhar e entender os povos originários.

Entretanto, a partir de toda a análise exposta, verifica-se que a Resolução CNJ 287/2019 indica um prenúncio de abertura à interculturalidade no cenário político-criminal brasileiro (CASTILHO; MOREIRA; SILVA, 2020, p. 158). Tal

prenúncio se concretizará na medida em que sua aplicação seja efetivada pelos tribunais pátrios.

Prima-se, portanto, diante da realidade pluriétnica e multicultural brasileira, que o pluralismo seja tratado com especial atenção pelos juristas, pois há o dever constitucional de se proteger a diversidade cultural de seu povo, compreendendo o direito dos diferentes grupos étnicos que o compõem. É preciso dispor de um direito multicultural e pluralista, que reconheça a existência e admita a executoriedade dos sistemas jurídicos indígenas, assim como poder contar com um Poder Judiciário capacitado para lidar com a interculturalidade (BERRO; RODRIGUES, 2014, p. 60).

REFERÊNCIAS

BERRO, Maria Priscila Soares; RODRIGUES, Priscilla Cardoso. A autodeterminação como mecanismo de realização dos direitos culturais: uma análise da responsabilidade penal do indígena à luz do direito brasileiro. In LEISTER, Margareth Anne; MORAIS, Fausto Santos de; SILVA, Juvêncio Borges (coord). *Direitos fundamentais e democracia I*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 36-65.

BRAND, Antonio. *O confinamento e seu impacto sobre os Pãi/Kaiowá*. 1993. Dissertação (Mestrado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

BRASIL. *Lei nº 6.001*, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 287*, de 25 de junho de 2019. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. 2019.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de; MOREIRA, Elaine; SILVA, Tédney Moreira da. Os direitos dos acusados indígenas no processo penal sob o paradigma da interculturalidade. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 7, nº 2, jun 2020, p. 141-160. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/463>. Acesso em: 28 out. 2020.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). *Relatório de Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados 2019*. Disponível em: < https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Manual Resolução 287/2019*: procedimentos relativos a pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade. 2019.

DORNELLES, Ederson nadir Pires; VERONESE, Osmar. A (in)visibilidade e a criminalização dos indígenas no Brasil: um olhar além do preconceito. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 636-650, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2017.5482>. Acesso em: 01 jul. 2020.

DUPRAT, Deborah. *O Estado pluriétnico*. In: Antonio Carlos de Souza Lima; Maria Barroso-Hoffmann, (orgs.). Além da tutela: bases para uma nova política indigenista, III. Rio de Janeiro: Contra Capa; LACED, 2002, p. 41-47.

ELOY AMADO, Luiz Henrique. *Vukápanavo: o despertar do povo Terena para os seus direitos: mobilização indígena e confronto político*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Museu Nacional – UFRJ. Rio de Janeiro, 2019.

FERREIRA, André da Rocha. A concessão de autonomia penal às comunidades indígenas: aplicabilidade constitucional do artigo 57 do Estatuto do Índio. Mestrado em Ciências Criminais. Pontifício Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Porto Alegre, 2017.

FILHO, Gabriel Barbosa Gomes de Oliveira. Panorama do tratamento penal dos povos indígenas no Brasil. In: ELOY AMADO, Luiz Henrique (org.). *Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil*. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 237-256.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). *Quem são*? Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao>. Acesso em: 29 nov. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *O Brasil Indígena*. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/>. Acesso em: 29 nov. 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; UCHOA, Cibele Alexandre. A garantia do ne bis in idem e o reconhecimento dos direitos culturais dos indígenas. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 20, n. 2, p. 11-26 , maio/ago. 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Nota Técnica n. 77/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ*. Disponível em: <http://sei.autetica.mj.gov.br>. Acesso em 26 mai. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas***.** Rio de Janeiro: UNIC, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais*. 1989. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2020.

PACHECO DE OLIVEIRA, João. *Terras indígenas. Antropologia e direito. Temas antropológicos para estúdios jurídicos*. In: SOUZA Antonio Carlos de (Org.). *Antropologia e direito. Temas antropológicos para estudos jurídicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012, p. 369-374, v. 1.

PACHECO DE OLIVEIRA, J. & FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. 2006. *A presença indígena na formação do Brasil*. Brasília, Rio de Janeiro: MEC/ Secad/ Laced/Museu Nacional. 2006

SILVA, Tédney Moreira da. *No banco dos réus, um índio:* Criminalização de indígenas no Brasil. 2015, 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília (DF), 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18728>. Acesso em: 30 out. 2020.

SILVA, Tédney Moreira da. A Necessidade de Perícia Antropológica de Indígenas no Processo Penal. In: ELOY AMADO, Luiz Henrique (org.): *Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil*. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 9-27.

SILVA, Julia Izabelle da. Língua e racismo institucional na CPI do genocídio/MS: o caso Paulino Terena e o direito dos povos indígenas ao uso da língua tradicional em procedimentos judiciais. In: ELOY AMADO, Luiz Henrique (org.): *Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil*. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 9-27.

SOUZA LIMA, A. C. *Um Grande Cerco de Paz. Poder Tutelar, Indianidade e Formação do Estado no Brasil*. Petrópolis: Vozes. 1995.

WAGNER, Daize Fernanda. Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil: paradoxos insustentáveis. *Revista Direito FGV*, jan-abr. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2NwEjZt>. Acesso em: 29 nov. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 9 ed, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Agradecimento: o coautor Luiz Henrique Eloy Amado agradece o apoio da CAPES, entidade do Governo brasileiro voltada para a formação de recursos humanos (Bolsista Capes - processo n° 88887.370345/2019-00).

5

PAINEL 5
Gestão empresarial, ética e democracia

A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS PATENTES EM BIOTECNOLOGIA GENÉTICA E OS DESAFIOS TRANSNACIONAIS

Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa
Universidade Veiga de Almeida
Rio de Janeiro, Brasil
alexandrabgc@gmail.com

Resumo: Diante do fenômeno da globalização econômica, cada vez mais a indústria e as relações de comércio ultrapassam as fronteiras nacionais, não sendo cabível que um inventor, uma empresa ou um instituto de pesquisa estejam limitados ao seu próprio país, quando da proteção de seus ativos tecnológicos. Sendo assim, a patente, como instrumento apropriado para a consecução da tarefa de proteção de novas tecnologias, não deve ser obtida apenas em nível nacional, mas também internacional. Este estudo tem por objetivo demonstrar que a escolha por um sistema forte que estimule e garanta a inovação é essencial; e deve-se buscar principalmente a sincronia com o sistema global. É a necessidade de se olhar para fora. Sendo assim, este estudo envolve discussões que transcendem uma mera regulamentação nacional, sendo importante notar o grau de influência transnacional. Debates compreendendo diferentes países se fazem fundamentais; ou seja, a Teoria do Transconstitucionalismo torna-se útil na resolução de problemas nacionais. O desenvolvimento do trabalho se deu em dois itens: o primeiro sobre a regulamentação jurídica das patentes em biotecnologia genética no Brasil e o segundo sobre os desafios transnacionais. Quanto à natureza, trata-se de uma pesquisa básica que objetiva gerar discussões e conhecimentos novos úteis para o avanço da ciência. Exploratória quanto aos objetivos proporcionando uma maior familiaridade com o assunto e quanto aos procedimentos técnicos trata-se de uma pesquisa bibliográfica. O estudo, por fim, é baseado no método dedutivo, em que premissas levantadas a partir dos autores do estudo teórico, forneceram um fundamento para a conclusão de que não se pode pensar em propriedade industrial como um instrumento isolado de proteção de um bem jurídico sem considerar sua inserção em uma complexa rede de relações econômicas, sociais e morais.

Palavras chave: Patentes; Biotecnologia; Transconstitucionalismo; Direito Fundamental; Globalização.

INTRODUÇAO

A propriedade intelectual, quando analisada no campo da biotecnologia, em especial a proteção pelo instrumento patentário, sustenta discussões, em todo o mundo, envolvendo a humanidade, independentemente de raça, sexo, religião, entendimento doutrinário ou político, pois a ideia de patentear seres vivos confronta-se diretamente com a questão ética, socioeconômica e, até mesmo, cultural, diante dos limites da invenção e da inovação, que são ultrapassados (IACOMINI, 2017, p.1).

É visível que a humanidade vem sofrendo com as alterações provocadas pela biotecnologia, que, com toda certeza, em muitos casos, pode alterar a vida humana e até beneficiá-la. O que se tem notado é a falta de limites. São muitos os questionamentos éticos suscitados, aliados às legislações nacionais e internacionais, para que se alcance uma espécie de controlador da ciência ao que for considerado como ofensivo à dignidade do ser humano. Os avanços biotecnológicos, com suas inúmeras possibilidades de intervenção na natureza, têm suscitado a necessidade de interlocução constante com diversas áreas do conhecimento, visando à busca de um posicionamento que se paute, antes de tudo, pela valorização da liberdade e da dignidade humana.

A diversidade biológica e genética tornou-se insumo básico para os avanços biotecnológicos, assumindo caráter estratégico como matéria-prima das biotecnologias avançadas. A manipulação genética permite potencializar os usos e aplicações da biodiversidade, ampliando o interesse de diversos segmentos econômicos e sua utilização como insumo à geração de produtos inovadores, e exigindo novas políticas públicas para promover e regulamentar as modernas atividades das respectivas tecnologias. O controle das tecnologias que permitem agregar valor à biodiversidade passa a ocupar lugar de destaque no jogo de forças políticas e econômicas internacionais, envolvendo tanto o acesso aos recursos da biodiversidade como os instrumentos de proteção à propriedade intelectual, com impactos não somente no desenvolvimento das biotecnologias modernas, quanto nos conhecimentos tradicionais de populações locais. Genericamente, enquanto a biodiversidade se encontra majoritariamente concentrada em países em desenvolvimento, os principais conhecimentos que fundamentam as modernas biotecnologias estão ainda amplamente concentrados em economias avançadas (ZUCOLATO; FREITAS, 2013, p.10)

De acordo com seus recursos naturais e seu grau de desenvolvimento tecnológico, os países apresentam interesses específicos, e muitas vezes divergentes, na proteção à biodiversidade e às informações biotecnológicas. Deste modo, especialmente a partir do avanço da biotecnologia, a questão da biodiversidade deixa de ser meramente ecológica, tornando-se tema central nos debates econômicos e tecnocientíficos entre nações.

Através do mapeamento da informação codificada em genes, das tecnologias de clonagem e da engenharia genética, tornou-se possível o desenvolvimento e a fabricação de produtos, independentemente do território de origem dos insumos. Portanto, se em um primeiro momento o acesso à biodiversidade é relevante na geração de invenções, em um segundo, sua utilização e apropriabilidade tornam-se independentes do local de origem das matérias biológicas naturais, reduzindo-se, em parte, a importância e o poder de negociação de países com rica biodiversidade (ALBAGLI, 2017, p.10).

É nesse contexto que ganha especial relevo o tema da Propriedade Intelectual a serviço do desenvolvimento. A Propriedade Intelectual é, por natureza, campo interdisciplinar de conhecimentos que envolvem aspectos culturais, tecnológicos, econômicos e jurídicos. A informação tecnológica, a transferência de tecnologia, o *know-how* adquirido, são instrumentos poderosos de política industrial e determinantes para o desenvolvimento de qualquer país. O desafio, então, é estabelecer diretrizes precisas que levem o sistema de propriedade intelectual ao cotidiano das empresas, universidades, centros de pesquisas e inventores isolados.

Surge, então, a necessidade de se oferecer proteção às criações intelectuais, que fazem os Estados atuarem em dois níveis. Por um lado, elaboram uma legislação nacional e, por outro, tentam estabelecer convenções internacionais.

Não obstante o desenvolvimento científico no campo da biotecnologia conseguir alcançar resultados considerados significativos em múltiplos setores, em particular no âmbito alimentício, agrícola e médico, muitas são as questões sobre as implicações e consequências éticas e econômicas de tais avanços, vez que as patentes sobre organismos vivos são permitidas em alguns ordenamentos jurídicos; isto é, são admitidas como propriedade intelectual, o que coloca os destinos da genética exclusivamente nas mãos de algumas poucas e poderosas corporações multinacionais.

Este estudo tem por objetivo demonstrar que a escolha por um sistema forte que estimule e garanta a inovação é essencial; deve-se buscar principalmente a sincronia com o sistema global. É a necessidade de se olhar para fora. Sendo assim, este estudo envolve discussões que transcendem uma mera regulamentação nacional, sendo importante notar o grau de influência transnacional, buscando responder a seguinte problemática: Debates compreendendo diferentes países se fazem fundamentais; ou seja, a Teoria do Transconstitucionalismo torna-se útil na resolução de problemas nacionais?

Quanto à natureza, trata-se de uma pesquisa básica que objetiva gerar discussões e conhecimentos novos úteis para o avanço da ciência. Exploratória quanto aos objetivos proporcionando uma maior familiaridade com o assunto e quanto aos procedimentos técnicos trata-se de uma pesquisa bibliográfica. O estudo, por fim, é baseado no método dedutivo, em que premissas levantadas a partir dos autores do estudo teórico, possibilitam enfrentar o problema na intenção de verificar a hipótese de que não se pode pensar em propriedade industrial como um instrumento isolado de proteção de um bem jurídico sem considerar sua inserção em uma complexa rede de relações econômicas, sociais e morais.

1. A Regulamentação Jurídica das Patentes em Biotecnologia Genética no Brasil

A propriedade industrial vem ocupando, nos últimos tempos, posição de relevância no cenário econômico internacional, assim como a biotecnologia. A indústria biotecnológica precisa de importantes investimentos econômicos para seu desenvolvimento; por isso, faz-se necessária a garantia de exploração com exclusividade pelo titular dos direitos sobre essa invenção, por meio do sistema de patentes.

Segundo Cruz (2015, p.351), a manipulação e o controle biológico e genético por parte da tecnociência contemporânea, desde o final do século XX, tanto dos seres humanos como dos demais organismos, sob a direção e a agenda, majoritariamente, de corporações e empresas que possuem como objetivo precípuo gerar lucros, levantam questões ético-filosóficas e conceituais extremamente profundas e desafiadoras. O que está em pauta, na atualidade, com a engenharia biológica ou genética, e suas promessas, é a própria natureza, a essência e o destino da vida humana e orgânica sobre a terra.

Todavia, sem uma proteção eficaz, o resultado inventivo introduzido no mercado poderá ser facilmente reproduzido e comercializado por terceiros que não tiveram qualquer participação relativa aos custos de elaboração, e assim, os inventores não encontram estímulo econômico suficiente para o desenvolvimento de atividade de pesquisa e, como consequência, novas soluções técnicas não serão elaboradas ou serão realizadas em quantidade inferior àquela desejada.

O Direito de Patente possui duplo benefício: aquele de estimular a atividade inventiva por meio do direito de exclusividade e, por outro lado, o de favorecer a disseminação no mercado de informações sobre aquela nova tecnologia. Outrossim, a patente, diferentemente das formas alternativas de proteção, permite recuperar, mesmo que num segundo momento, o que foi investido, assegurando uma chance de retorno econômico, que corresponde, ao menos em parte, ao valor social da invenção. Sendo assim, a concessão de uma reserva legal, por um período de tempo previsto em lei, constitui um preço que a sociedade precisa estar disposta a pagar, a fim de promover o incentivo à atividade inventiva.

Segundo Falce (2006, p.34-35), na falta de um regime de proteção, os inventores tenderiam a manter em segredo o fruto do seu esforço, por temerem a apropriação e a indevida exploração por parte de terceiros que não contribuíram com os relativos custos de elaboração. Como consequência, a coletividade não teria acesso ao conceito fechado na invenção e, portanto, não poderia gozar dos benefícios diretamente concedidos ao novo conhecimento, assim como não poderia usufruir das suas vantagens.

Ainda segundo Falce (2006, p.35), a teoria econômica chega à conclusão de que o regime de patente, que subordina a concessão do direito de exploração com exclusividade à obrigação de descrever de forma suficiente e necessária sobre a invenção com a devida publicação, constitui um instrumento jurídico idôneo para promover o acesso às informações incorporadas na invenção, de forma a desincentivar os respectivos titulares a manter em segredo o resultado dos seus esforços, ao mesmo tempo em que estimula a recorrer ao sistema de licença para promover a difusão, ocasionando, com isso, o desfrutamento econômico do resultado inventivo.

O desenvolvimento científico no campo da biotecnologia vem permitindo alcançar resultados significativos em diferentes setores, em particular no âmbito da indústria de alimentos, na agricultura e na área médica. Desta

forma, é igualmente importante o aspecto referente ao Direito de Propriedade Industrial sobre as invenções, a sua constituição e o seu exercício nos diferentes instrumentos jurídicos nacionais e internacionais.

A proteção jurídica das invenções em biotecnologia é assegurada por meio da concessão de um pedido de patente que assegura o monopólio para a exploração exclusiva de determinada invenção que utiliza material biológico. No atual ordenamento jurídico, a patente é condição *sine qua non* para qualquer tipo de exploração comercial e industrial de uma invenção, principalmente no setor biotecnológico, em que a inovação está diretamente ligada à existência e à efetividade de um instituto patentário. E é exatamente por isso que parte dos debates sobre tecnologia é voltado para este instituto.

Nos últimos anos, a ciência aplicada à área biotecnológica tem se tornado uma das mais importantes fontes de lucro das empresas e, como consequência, polo de atração de muitos investimentos. A patente se torna, assim, instrumento nodal para assegurar a remuneração dos investimentos realizados, acima de tudo, numa visão monopolística, e não tanto na sua função social, que, de qualquer forma, lhe é própria. Na verdade, o efeito econômico-social é sempre aquele de colocar o objeto da patente à disposição da sociedade para que qualquer interessado possa reproduzi-lo após o término da proteção (CAFORIO, 2006, p.256). Em outras palavras, a patente tem por finalidade servir como instrumento de desenvolvimento econômico, uma vez que o Estado, por meio dela, concede direitos privativos e monopólio temporário sobre o produto resultante de determinada ideia inventiva e, em contrapartida, o inventor garante a divulgação do invento e, dessa forma, dinamiza a livre concorrência e, consequentemente, o progresso econômico, científico e tecnológico.

O Direito de Patente não possui somente a função de assegurar o retorno dos investimentos realizados pelo seu titular, mas sobretudo de garantir o fluxo dos investimentos, uma vez que, atualmente, o patrimônio mais importante de uma empresa é o seu conhecimento técnico e científico, enquanto a produção vem sendo considerada como bem secundário (CAFORIO, 2006, p.256).

As invenções envolvendo genes humanos possibilitaram o desenvolvimento de conceitos e análises de determinadas situações de conflito provenientes da evolução das ciências e das técnicas, mormente nos campos das atividades de biotecnologia e da genômica, as quais, paulatinamente, vêm contribuindo para a instituição de um novo *modus vivendi* para a sociedade em

geral, resultando numa ruptura e adaptação das estruturas sociais projetadas já há alguns séculos na longa história da humanidade, o que indica necessidade de remodelamento de determinadas categorias do Direito para o atendimento das demandas decorrentes desta nova realidade (DIAFÉRIA, 2018, p.1).

A análise da problemática que envolve o patenteamento de genes humanos ou, de forma mais ampla, de seres vivos, tomou por referência o grande potencial de desenvolvimento de novas alternativas terapêuticas para enfermidades genéticas, bem como de produção de uma gama variada de novos produtos e processos, seja por instituições públicas, universidades, seja por instituições privadas.

Nos dias atuais, é certo que o acesso e uso do patrimônio genético, em seu estado natural, isolado e destacado do corpo humano, é requisito essencial para a promoção do progresso econômico, científico e tecnológico nos campos da biotecnologia e da genômica (DIAFÉRIA, 2018, p.1).

Certamente, com a evolução da biotecnologia, o sistema de patentes vem sofrendo alterações no cenário internacional, alcançando importância estratégica, pois o resultado das pesquisas que envolvem seres vivos suscitam o nascimento do questionamento acerca do patenteamento da vida e da real necessidade de adequação das regras e princípios para o direito de patentes em biotecnologia no Brasil; ou seja, faz-se necessária uma nova sistemática na regulamentação da propriedade intelectual no Brasil, no que diz respeito à biotecnologia; a funcionalização da propriedade não pode impedir ou impactar negativamente no desenvolvimento econômico e científico do país.

Cabe ressaltar que a legislação brasileira apresenta peculiaridades que poderão dar margem à ocorrência de restrições nas pesquisas nesse campo. Portanto, a necessidade de se buscar elementos para uma proteção jurídica eficiente à biotecnologia genética no Brasil mostra-se fundamental, uma vez que, no plano jurídico, as invenções biotecnológicas não apresentam nenhuma diferença substancial em respeito às invenções inanimadas (mecânicas, químicas, etc.). As invenções biotecnológicas podem satisfazer os requisitos do sistema de patentes: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. A dificuldade surge, do ponto de vista ético, em aceitar a ideia do patenteamento da vida, o que vale dizer das invenções biotecnológicas.

O ordenamento jurídico nacional aceita patentes para microrganismos geneticamente modificados. Plantas e animais (o todo ou parte), bem como

sequências de DNA de qualquer espécie de ser vivo, não são objeto de patente, a partir da constatação de que a vida não é um invento, o que coloca os seres vivos fora da lista conceitual das patentes.

A Lei nacional é extremamente restritiva ao patenteamento de organismos vivos. Ao vedar terminantemente o patenteamento de partes e do todo de seres vivos, a Lei de Propriedade Industrial Brasileira gera um radicalismo que impede a pesquisa e o desenvolvimento local, principalmente na área farmacêutica, levando pesquisadores brasileiros a buscarem proteção em outros países com legislações mais liberais, e com isso, conforme aponta Dias e La Cerda (2016, p. 516 e 520),

> acaba por prevalecer aspectos religiosos e políticos de inserção do Brasil dentro do comércio internacional de intangíveis [...]. As restrições impostas pelo artigo 18 são baseadas em conceitos políticos e filosóficos presentes à época da promulgação da LPI, que, no caso do inciso III, dizia respeito às controvérsias religiosas sobre biotecnologia [...]. Entende-se que a interpretação ao inciso III e do Parágrafo Único do artigo 18 da Lei 9.279/96 deve ser restritiva, seguindo os ditames filosóficos existentes à época de sua análise e não mais prevalecentes atualmente [...]. Nos anos 80 havia um temor, pelos países subdesenvolvidos, do controle dos recursos genéticos de plantas pelos países desenvolvidos, o que afetaria a competitividade das pesquisas nos países subdesenvolvidos baseadas na manipulação genética de seres vivos, além do elevado pagamento de *royalties* pelo uso dessas tecnologias. Esse argumento foi influente na restrição de uma proteção maior aos inventos da biotecnologia nos países subdesenvolvidos.

Existe uma tendência para mudança da LPI no sentido de uma maior abertura da Lei, assim como para restringi-la ainda mais. Não se sabe se o Brasil está preparado para competir em pé de igualdade nessa área com os pedidos internacionais, uma vez que, nos dias atuais, aproximadamente 80% dos pedidos em biotecnologia são PCTs internacionais. No Brasil, a cultura da propriedade intelectual ainda está se formando, e com o desenvolvimento da indústria biotecnológica brasileira é possível projetar a necessidade de modificação do artigo 18 da Lei de Propriedade Industrial.

Cabe dizer que, no Brasil, o desenvolvimento das biotecnologias depende do aprimoramento de diversos fatores adicionais à existência de recursos naturais, como políticas públicas de promoção às inovações biotecnológicas. Especificamente, faltam financiamentos a longo prazo, profissionais qualificados na área de biologia e engenharia, e um segmento

privado que tenha resiliência financeira e técnica para atuar em parceria com outras instituições de pesquisa.

Ao se adotar uma política de proteção fraca ou muito restritiva da propriedade intelectual, o Brasil acaba por optar pelo não incentivo de sua própria inovação. Desta forma, o maior desafio do Estado é proporcionar os mecanismos de desenvolvimento econômico ao agente inovador. O desenvolvimento econômico brasileiro necessita de um sistema nacional de inovação que, permanentemente, se posicione em relação à educação, ciência e tecnologia.

2. Desafios Transnacionais sobre a Regulamentação da Propriedade Intelectual

Diante do fenômeno da globalização econômica, cada vez mais a indústria e as relações de comércio ultrapassam as fronteiras nacionais, não sendo cabível que um inventor, uma empresa ou um instituto de pesquisa estejam limitados ao seu próprio país, quando da proteção de seus ativos tecnológicos. Sendo assim, a patente, como instrumento apropriado para a consecução da tarefa de proteção de novas tecnologias, não deve ser obtida apenas em nível nacional, mas também internacional.

Não se pode pensar em propriedade industrial como um instrumento isolado de proteção de um bem jurídico sem considerar sua inserção em uma complexa rede de relações econômicas, sociais e morais. O pluralismo cultural e religioso gera mudanças na configuração social e jurídica das sociedades ocidentais, o que aumenta a complexidade do tema.

Sendo assim, ordens jurídicas diferentes interagem cada vez mais entre si, e o Direito Constitucional Nacional deve aprender com o discurso constitucional internacional. (JACKSON, 2004, p.20). Deste modo, este estudo envolve discussões que transcendem uma mera regulamentação nacional, sendo importante notar o grau de influência transnacional. Discussões entre diferentes países se fazem necessárias, ou seja, a Teoria do Transconstitucionalismo torna-se útil para ajudar na resolução de problemas nacionais.

Quando se trata de direitos fundamentais ou direitos humanos, os problemas deles decorrentes ultrapassam fronteiras, de modo que o Direito Estatal Constitucional passou a ser uma instituição limitada para resolvê-los. O tratamento desses problemas deixou de ser um privilégio do Direito Constitucional do Estado, passando a ser enfrentado legitimamente por outras

ordens jurídica; ou seja, problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, o que exige soluções fundadas no entrelaçamento entre elas, em um aprendizado recíproco. A fragmentação dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrentá-los isoladamente a cada caso. Impõe-se, pois, um diálogo ou uma conversação transconstitucional (NEVES, 2016, p.120 – 122).

Diante dessa questão supra, a ideia de transconstitucionalismo suporta a busca por harmonização das relações entre diferentes ordens jurídicas. Para tanto, tem-se como pressuposto que o Direito, como um sistema funcional da sociedade moderna, prolifera ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário: lícito ou ilícito (NEVES, 2016, p.115).

Locchi é do mesmo entendimento, mas faz menção a um pluralismo jurídico, para essa autora, em virtude da complexidade das ordens jurídicas contemporâneas, tanto em nível nacional como global, o pluralismo jurídico parece ser uma ferramenta conceitual útil para enquadrar algumas das muitas articulações dessa complexidade. O pluralismo jurídico seria uma ampla área de discussão e troca, em que profissionais (filósofos, antropólogos, juristas, etc.) realizariam e manteriam debates sobre muitas questões legais importantes. O pluralismo jurídico seria uma categoria-chave para reconhecer e promover o direito conectado a uma pluralidade de instituições sociais (LOCCHI, 2015, p. 74 – 84).

Ainda segundo essa autora, se toda instituição é uma ordem legal, a igual dignidade e autonomia não implica seu isolamento, e toda ordem legal deve ter suas próprias regras de interação com as externas.

A multiplicidade de ordens diferenciadas no interior do sistema jurídico não deve implicar em um isolamento recíproco, mas em uma relação de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens. Nesse sentido, fala-se de conversação ou diálogo entre cortes. Essa conversação não deve levar a uma ideia de cooperação permanente entre ordens jurídicas, pois são frequentes os conflitos entre perspectivas judiciais diversas. No limiar, toda conversação entre cortes no fundo carrega em si um potencial de disputas (NEVES, 2016, p.115 – 117).

No transconstitucionalismo as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo das suas estruturas normativas, que são autovinculantes e dispõem de

primazia. Faz emergir uma "fertilização cruzada", uma vez que as cortes se citam reciprocamente não como precedentes, mas como autoridade persuasiva.

A relação transconstitucional entre ordens jurídicas resulta, sobretudo, do fato de diversas ordens jurídicas pertencerem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial, o qual pretende se reproduzir primariamente como base em um mesmo código binário, a diferença entre lícito e ilícito, e por se tratar de ordens normativas dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial, o Direito. Também pode se falar de um aprendizado normativo entre elas, tendo em vista que estão subordinadas ao mesmo código binário. Sendo assim, o que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a problemas jurídicos constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos se submetem ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a conversação constitucional é indispensável (NEVES, 2016, p.125 – 129).

O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor se adequando às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico hierárquico da sociedade mundial. Entre cortes de diversos Estados, vem-se desenvolvendo, de maneira cada vez mais frequente, uma conversação constitucional mediante referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados (NEVES, 2016, p.131 e 166).

Em regra, o transconstitucionalismo tende ao desenvolvimento de mais de duas ordens jurídicas, sejam elas da mesma espécie ou de tipos diversos. Essas situações complexas apontam para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas.

Cabe ressaltar que a Diretiva Europeia 98/44/EC, que trata do patenteamento em biotecnologia, surgiu das decisões e, portanto, do entendimento de Cortes de diferentes Estados, a fim de solucionar problemas relacionados ao patenteamento da vida. A União Europeia permite o patenteamento de material biológico, ou seja, uma invenção relativa a um elemento isolado do corpo humano, ou produzido diversamente, através de um procedimento técnico com aplicação industrial, não é excluída do patenteamento,

desde que o direito atribuído não se estenda ao corpo humano e suas partes. Esta última parte trata dos limites éticos ao patenteamento da vida.

A possibilidade de se patentear invenções biotecnológicas que envolvem seres vivos tem sido assunto controverso, tanto no plano nacional quanto no internacional. No topo da discussão internacional, o artigo 27 do Acordo TRIPS estipula os pré-requisitos para a obtenção da patente. Para a Europa, a Diretiva 98/44/CE é a base regulamentadora para proteção de invenções biotecnológicas. Essa diretiva foi lançada para assegurar, em todo o território da União Europeia, a proteção da propriedade intelectual no campo das invenções biotecnológicas e, ao mesmo tempo, eliminar as diferenças existentes, capazes de comprometer o livre comércio e colocar em risco o funcionamento do mercado interno, além de tornar a União Europeia competitiva em face de economias como Estados Unidos e Japão (SIMON, 2005, p.474).

Existe uma progressiva tentativa de harmonização não só em relação às fontes, mas também aos problemas e soluções. Em razão deste processo que caminha em direção à criação de um sistema global para os artefatos biológicos, tem-se a expansão transnacional do direito de propriedade, seja industrial ou intelectual.

É bastante claro que a Europa é, em grande medida, um caso especial. As sociedades europeias compartilham de valores comuns no que diz respeito ao modelo social.

Já os Estados Unidos, desde o caso Chakrabarty, entendem ser passível de patenteamento produtos extraídos de alguma forma da natureza, desde que presentes os requisitos de patenteabilidade, não configurando, assim, como meras descobertas. A partir do caso Myriad, o entendimento passou a ser de que o produto simplesmente isolado não possui mais a proteção reconhecida por ser entendida como descoberta. Existe, então, uma tendência em não se admitir o patenteamento quando se tratar de descobertas, ou seja, de produtos encontrados em seu estado natural na natureza, de produtos que não sofreram qualquer intervenção do homem de forma a modificar as suas características.

Em suma, a globalização judicial é o termo usado para descrever o fenômeno dos juízes dos tribunais superiores (internacionais, regionais ou nacionais) que em uma conversa global referem-se e emprestam uns aos outros informações.

A globalização gerou uma homogeneização dos problemas jurídicos e das respostas jurídicas a esses problemas. Em termos de globalização, os problemas jurídicos do Primeiro e do Terceiro Mundo tendem a se aproximar, em particular no domínio dos Direitos Humanos e em certas áreas do Direito Penal, mas problemas de Direito Econômico tendem a surgir de formas semelhantes, especialmente em sociedades e economias avançadas, assim como em países prestes a se tornar industrializados.

A tendência dos diferentes sistemas jurídicos (União Europeia e Estados Unidos), é aquela de reforçar o direito de exclusividade e reduzir progressivamente a margem de liberdade na utilização, por terceiros concorrentes, da invenção protegida. A expansão do regime proprietário serve para proteger a inovação, uma vez subtraídos de qualquer regime de apropriação, através do fortalecimento das faculdades exclusivas com a consequente erosão das margens de liberdade.

É certo que o método do transconstitucionalismo não pode ter como ponto de partida determinada ordem jurídica, muito menos as ordens dos mais poderosos, mas sim os problemas constitucionais que se apresentam enredando as diversas ordens.

Cabe ao Brasil olhar para essas duas posições a fim de dialogar com elas de forma a servirem de parâmetro para modificações na legislação brasileira, com o intuito de flexibilizá-la e permitir uma proteção maior aos inventos da natureza, tendo em vista a sistematização ali estabelecida para a compreensão do patenteamento de materiais genéticos.

Existe, hoje, a necessidade de se colocar em sintonia a legislação brasileira, em matéria de propriedade industrial, com os demais países, com o intuito de criar incentivo para a pesquisa brasileira em biotecnologia, com a possibilidade de instituições, empresas e pesquisadores nacionais patentearem o resultado de seus atos inventivos. Porém, o sistema de direitos de propriedade intelectual deve ser claro quanto às possibilidades de patenteamento em biotecnologia pautarem-se na vedação à proteção para descobertas para garantir o desenvolvimento científico.

É certo que a disciplina do patenteamento em biotecnologia ainda, em grande parte, está sendo construída, em nível nacional e internacional, através de ajustamentos jurisprudenciais e normativos.

CONCLUSÃO

Percebe-se que o sistema de propriedade industrial vive um momento de "fronteira", debatendo-se entre as novas necessidades da indústria biotecnológica, que clama pela concessão ampla de patentes para esse setor, e a necessidade de preservar a lógica do sistema, isto é, privilegiar invenções e não descobertas. Ademais, é evidenciado um profundo dilema ético, a respeito da propriedade da vida humana.

A patente é a única garantia confiável de que dispõe o inventor, de forma a obter o retorno financeiro de seu trabalho, razão pela qual lhe é garantido monopólio temporário. Já há muito tempo que as invenções no campo da tecnologia são protegidas por patentes e não são aplicáveis às descobertas.

Não obstante o Brasil não possuir uma política patentária favorável ao fomento de pesquisas em biotecnologia, o país possui expressivo potencial científico, mesmo que deficiente em seus recursos de proteção industrial aos inventos biotecnológicos; no entanto, o patenteamento em biotecnologia não deve se fundamentar na simples busca ao progresso científico, mas também pelos benefícios concernentes ao desenvolvimento do potencial nacional inovador, gerando crescimento e desenvolvimento.

O fortalecimento do instituto da patente decorre da implementação de políticas de fomento de pesquisa, gerando, como consequência, o desenvolvimento tecnológico. A proteção da propriedade industrial, nos tempos atuais, é inquestionável. O inventor e o detentor de uma tecnologia, entre outras atividades econômicas, dependem desse ramo do Direito para melhor desempenho de sua atividade. Como país em desenvolvimento, evidencia-se a urgente necessidade de se olhar para fora e perceber o entorno, visando, deste modo, a reduzir possíveis assimetrias e compensar atrasos. Sendo assim, este estudo envolve discussões que transcendem a mera regulamentação nacional, sendo importante notar o grau de influência não apenas internacional, mas transnacional, de forma a concluir que não se pode pensar em propriedade industrial como um instrumento isolado de proteção de um bem jurídico sem considerar sua inserção em uma complexa rede de relações econômicas, sociais e morais. Existe a necessidade se se olhar para fora a fim de aprender com a experiência do outro. A experiência das Cortes e dos sistemas jurídicos estrangeiros pode lançar uma luz para solucionar problemas jurídicos normativos comuns e uma maneira de testarmos a compreensão das nossas próprias tradições (morais, políticas, legislativas, etc.) ao examiná-las na reflexão das outras.

Enquanto não houver um alinhamento interno com marcos regulatórios internacionais, não se chegará a marcos regulatórios que contemplem as necessidades nacionais. Propriedade intelectual, P&D e comercialização são temas que se encontram interligados e precisam ser tratados de forma conjunta para que os marcos regulatórios e as políticas que os amparam ganhem consistência e credibilidade de forma a gerar debates em nível legislativo.

REFERÊNCIAS

ALBAGLI, Sarita. *Da Biodiversidade à Biotecnologia:* A Nova Fronteira da Informação. Disponível em: <http://scielo.br/pdf/ci/v27n1/02.pdf, 1998. Acesso em: 26 ago. 2017.

CAFORIO, Giusseppe. *I Trovati Biotecnologici tra i Principi Etico-Giuridici e il Codice di Proprietà Industriale.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.

CRUZ, Murilo. *A Norma do Novo*. Fundamentos do Sistema de Patentes na Modernidade. 3ª ed. Revista (e-Book), Disponível em: file://F:/livro_2015_a_norma_do_novo_fundamentos.pdf, 2015.

DIAFÉRIA, Adriana. *Patenteamento de Genes Humanos e a Tutela dos Interesses Difusos*. Disponível em: http://www.ghente.org. Acesso em: 15 jan. 2018.

DIAS, José Carlos Vaz; CERDA, Clarisse De La. A Decisão Norte-Americana do Caso Myriad: novos paradigmas para a proteção patentária do código genético humano e biotecnologia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. p.513-535, v.13, n.3, 2016.

FALCE, Valeria. Lineamenti Giuridici e Profili Economici della Tutela dell´Innovazione Industriale. *Quaderni Romani di Diritto Commerciale*, Serie SAGGI 10. Milano: Giuffrè, 2006.

IACOMINI, Vanessa. Os Direitos de Propriedade Intelectual e a Biotecnologia. *In*: *Propriedade Intelectual e Biotecnologia.* Universidade de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br> Acesso em: 09 ago. 2017.

JACKSON. Vicki C. Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse. *In*: *Montana Law Review.* v. 65. Georgetown Law Faculty Publications, 2004.

LOCCHI, Maria Chiara. Brief Reflections on Legal Pluralism as a Key Paradigm of Contemporary Law in Highly Differentiated Western Societies. ***Revista Brasileira de Direito***, Passo Fundo, v. 10, n. 2, p. 74-84, fev. 2015.

Disponível em:
<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/635>.
Acesso em: 15 abr. 2018. doi:https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v10n2p74-84.

NEVES. Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SIMON, Jügen. Biotecnologia e Lei de Patentes sob Perspectiva Europeia. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas Implicações Ético-Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ZUCOLATO, Graziela Ferrero; FREITAS, Rogério Edivaldo. *Propriedade Intelectual e Aspectos Regulatórios em Biotecnologia*. Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

O CONSUMIDOR E OS BANCOS COMERCIAIS NO DIREITO INTERNACIONAL:
condutas anticoncorrênciais

Daniel Marinho Corrêa
Universidade Estadual de Londrina – UEL, servidor do TJPR
Londrina, Brasil,
damc@tjpr.jus.br

Resumo: O desenvolvimento do trabalho atenta-se as atividades bancárias e financeiras, as quais necessitam ser complementadas por outras perspectivas disciplinares no que infere a ciência jurídica, derivando da percepção de que o mercado de consumo de crédito possui uma estrutura institucional complexa e em transformação constante. No que cumpre a intensidade das transformações, elas ocorrem contemporizando as ações e estratégias de grupos de interesse, as decisões de autoridades e do governo, as oscilações de opinião pública, os avanços tecnológicos, científicos e, como se não bastasse, diante de um mundo globalizado, surgem peculiaridades pelas regras internacionais, revelando um parâmetro de utilidade na sociedade de consumo que acolhe a facilitação do crédito e o suposto risco. A partir do método científico dedutivo, o caminho a ser percorrido é a simetria das legislações dos países de diversos blocos econômicos, de modo a aproximá-las eliminando normas responsáveis por discrepâncias nocivas. Sendo plausível, diante da importância assumida pela economia como fonte de critérios para a atuação do Estado, ressaltar os interesses públicos que atuam na estabilidade do poder de compra da moeda e da estruturação do Sistema Financeiro Nacional visando o interesse da coletividade. Reunindo-se conceitos doutrinários, dessa complementariedade nasceria a colaboração entre os órgãos e a eficiência no tratamento das questões de estabilidade e concorrência no que diz respeito ao setor bancário.

Palavras-chave: Direito Bancário; Direito do Consumidor; Direito Empresarial; Direito Concorrencial; Direito Internacional.

INTRODUÇÃO

As relações negociais sofreram inúmeras transformações no decorrer da história da humanidade. No século XIX, iniciou-se um período, em que, a regra era o afastamento do Estado das relações de produção, sociais, econômicas e culturais (Estado Liberal ou Estado mínimo) onde as relações negociais se desenvolviam entre particulares. No século XX, os movimentos socialistas

impulsionaram os governos, de modo que a crise industrial capitalista (agravada pela recessão de 1929) impôs um novo modelo econômico, que buscasse equilíbrio macroeconômico.

Nesse modelo, o Estado deixa de ser mero espectador e passa interferir na economia, bem como nas relações negociais dos particulares, formulando políticas econômicas e investindo em infraestrutura básica, segurança, saúde e educação. Este Estado Social sucede a financiar e estimular setores para gerar empregos e renda a parcela da sociedade menos favorecida. Contudo, essas políticas públicas do Estado de bem-estar social (*welfare state*) propiciou o incremento das dívidas públicas.

No final do século XX, com a globalização, surge um novo capitalismo, ocorrendo uma maior abertura comercial entre os países e a formação dos blocos econômicos, onde as relações negociais passam além da seara entre particulares, sendo também entre estes e o Estado, bem como entre Estado e Estado.

No que tange ao Brasil, vemos a estagnação da nossa economia, decorrente das mudanças econômicas originadas pela crise do capitalismo no mundo (iniciada em meados 2008 e culminada pela pandemia do novo coronavírus em 2020) e a consequente desvalorização do preço das *commodities* no mercado internacional.

O poder econômico destaca-se no sistema financeiro por intermédio do sistema bancário, este tem como função não apenas de atender as necessidades de crédito da população, mas também em dar segurança e fomento ao desenvolvimento do país. Atualmente, a sociedade ocidental se fundou em um sistema econômico, social e cultural, baseado no consumo de bens e serviços, os quais elevaram o crédito para fator primordial em busca da satisfação consumerista.

Nesse sentido, a situação financeira das pessoas físicas e jurídicas brasileiras tornou a atividade bancária extremamente relevante em nosso país, principalmente a concessão de crédito, que não para de crescer. Em tempos de pandemia, esse cenário não é visto só no Brasil.

Diante do aumento da oferta de crédito e do desenvolvimento das operações bancárias, as Constituições Federais dos Estados soberanos, incluso o Brasil com a Carta Magna de 1988, fizeram com que o modelo de Estado liberal abandonasse a sua posição de mero espectador das atividades bancárias, para adotar um modelo jurídico e uma política mais protecionista, interventora.

Realizada a opção pelo método dedutivo e em face das peculiaridades surgidas pelas regras de Direito Internacional, que revelam um parâmetro de utilidade na sociedade de consumo que acolhe a facilitação do crédito e o suposto risco, serão apontados caminhos para o reequilíbrio entre os parceiros contratuais internacionais no tocante a relação de vendedor e consumidor, que culminem no controle das condutas anticoncorrenciais.

1 DIREITO BANCÁRIO E O CONSUMIDOR: DA HISTÓRIA AO DIREITO INTERNACIONAL

O Direito Bancário respalda-se na conotação pública, no interesse coletivo para que o Estado produza a partir do controle financeiro delimitações a sua política de progresso econômico e social, por ser submetido a normas de Direito Privado e Público insere-se as operações bancárias no plano econômico de prestação de serviços. Segundo Nelson Abrão (2007, p. 2), o Direito Bancário é um "direito técnico, por ter mecanicidade, formalismo e repetividade", nesse sentido surgem peculiaridades pelas regras internacionais, revelando um parâmetro de utilidade na sociedade de consumo que acolhe a facilitação do crédito e o suposto risco.

Ressalta-se que o Direito Bancário é conceituado como ramo do Direito Privado, seu surgimento remonta-se ao desenvolvimento das primeiras relações comerciárias, as práticas bancárias eram conhecidas desde a antiguidade, havendo operações de empréstimos desde a Babilônia, Egito e Fenícia.

As operações bancárias se desenvolveram com mais fervor no período greco-romano, momento em que foram conhecidas grande parte das operações praticadas pelos Bancos contemporâneos. Dentre essas atividades, citamos o manejo de depósitos de moedas e de valores, os empréstimos com juros, a garantia, a realização de pagamentos e o funcionamento de contas bancárias em nome de clientes, ressaltando que os templos dos deuses eram locais que abrigavam as operações bancárias.

Nesse mesmo tempo, no Direito Romano, o comerciante era responsável pelos vícios da coisa, a não ser que esses fossem por ele ignorados, passando ser responsável o vendedor que mesmo desconhecesse do defeito e ainda se tivesse ciência do vício, deveria devolver o que recebeu em dobro.

Na idade média, houve o florescimento de feiras em diversas cidades italianas, surgindo profissões para prática de troca de moedas, posteriormente evolui-se para o cometimento creditício. Ressalta-se o nascimento da figura dos banqueiros, logo em seguida no ano de 1171 fundou-se o primeiro local para a prática fiduciária, chamado de Banco de Veneza, sendo que a associação das experiências decorrentes da articulação financeira desenvolveu o crescimento e sedimentou a técnica de constituição de empresas.

Em meados do século XVIII, surgi o Estado Liberal em contraposição ao Estado Absoluto, assegurando o poder limitado, os direitos individuais e políticos, a defesa da livre iniciativa e livre concorrência. A intensificação do tráfego mercantil juntamente as expedições marítimas, fez com que os recém-formados Estados alterassem a função dos bancos de tomadores de créditos depositantes para distribuidores de créditos.

Nesse período, as leis eram feitas para dar sustentação ao livre comércio, estando o Direito regido pelos Princípios da Autonomia da Vontade e da Obrigatoriedade Contratual. Diante deste contexto, em 1773 nos EUA, houve manifestações contra o imposto cobrado pela Inglaterra sob o chá no porto de Boston, assim, em 1776 ocorre nos EUA a Revolução Americana, que contestou a forma do sistema colonial-mercantilista britânico, a população norte-americana até então só poderia comprar produtos manufaturados da Inglaterra, nos tipos e preços estabelecidos, o que ocasionou a insurgência contra esses desmandos ficando conhecida assim como a revolução dos consumidores.

Com o advento da Revolução Industrial no século XIX, o capitalismo liberal consolidou-se, a maquinofatura foi substituída pela máquina, as pessoas deixaram de trabalhar em suas casas e passaram a trabalhar nas fábricas, as empresas passaram enriquecer e o crescimento da população fez surgir dezenas de cidades, a produção aumentou significativamente e a responsabilidade passou a ser do fabricante, neste período, os bancos atingiram o seu apogeu, aparecendo grandes banqueiros com o fim de estenderem seus serviços em nível internacional.

Assim, o período da Revolução Industrial, segundo Leonir Batisti (2008, p. 149) "determinou a passagem do sistema artesanal para o fabril" o que transformou drasticamente a estrutura de produção, sendo o grande colaborador para o desenvolvimento do Direito do Consumidor. O comércio internacional ganhou maiores proporções, surgindo os comerciantes intermediários entre produção e consumo que, "a partir desse marco, a evolução foi incessante, novas

tecnologias, novos produtos, levaram a sociedade a entronizar o consumo como uma característica de vida" (BATISTI, 2008, p. 150).

O crescimento comercial fez com que fosse inserida na mentalidade do consumidor, ideias de que precisava de objetos que até o momento nunca sentira necessidade de adquirir em sua vida cotidiana. Logo, o produtor querendo escoar sua produção e manter seu crescimento econômico, estimulou de forma artificial a necessidade do consumidor em comprar determinado objeto, havendo um redimensionamento dos estabelecimentos bancários em adotarem técnicas para absorção da demanda.

Em 1808 no Brasil, o primeiro banco foi fundado, chamando-se Banco do Brasil, estando em seu estatuto numerada suas operações, entre elas o desconto de letras de câmbio nacionais e estrangeiras, depósito geral de prata, ouro, diamantes e dinheiro.

No século XX, surge o Estado Social em contrapartida a exploração de grande parte da população, em suas características emergem o poder limitado do governante, a garantia dos direitos individuais, políticos, direitos sociais e econômicos. Diante do Estado Social, começaram em todo mundo surgir legislações específicas protetoras do consumidor, a percussora foi a Suécia em 1910, depois vem os EUA, que no ano de 1914 criou a *Federal Trade Commission*. Nesse período, a insolvência de certos bancos e os apelos feitos ao crédito pelo Estado para crescimentos e políticas de expansão, fizeram com que as instituições bancárias sofressem interveniência e controle de organismos estatais:

> Data de após a Primeira Guerra Mundial a grande revolução monetária, que se pode equiparar a que ocorreu, em astronomia, com a descoberta de Copérnico de que a Terra não era o Centro do Universo. Admitiu-se, assim, em virtude das obras de Irving Fisher e de Ludwig von Mises, já acima referidas, a instabilidade e a variação do poder aquisitivo da moeda, que repercutiram, no campo jurídico (WALD, 2002, p. 25).

A Grande Depressão da década de 30 impulsionou o surgimento de leis para restringiram o monopólio dos bancos no setor financeiro, criando restrições à maneira de funcionamento e diversificando o modo de cobrança dos produtos. Dentre estas leis vigentes no legislativo norte-americano, a *McFadden Law* de 1927, a *Banking Law* de 1933 e a *Glass-Steagall Law* de 1933 limitaram as atividades dos bancos comerciais, banindo juros e permitindo ao Banco Central a estipulação de exigências (REED, 1995, p. 17).

A partir da década de 60 nos EUA, a consolidação da figura do consumidor trouxe questões como a exposição de bens e serviços de maneira satisfatória, certificando que o consumidor esteja informado das condições, qualidade e preço dos bens alocados no mercado, neste período os bancos passam por transformações técnicas com inclusão da informática e políticas financeiras.

No início da década de 80 o Brasil sofreu grandes transformações nos serviços financeiros a partir da inflação impactante nas taxas de juros, o que alterou consubstancialmente a demanda por investimentos e poupanças. As mudanças que ocorreram em questão internacional e econômica frente ao sistema financeiro vigente, fez com que as instituições bancárias concorressem para acatar as preferências do consumidor, surgindo uma clientela desvinculada de fidelidade.

Na conjuntura internacional, em meados de 1985, a Organização das Nações Unidas, estabeleceu objetivos, princípios e normas para que os governos membros desenvolvessem políticas de proteção aos consumidores, visando sua segurança, saúde, educação e proteção aos interesses econômicos.

Assim, foi nesse contexto de transformações na arena financeira que a Constituição Federal Brasileira de 1988 foi elaborada consagrando a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica. Conquanto o legislador constituinte ao compor o modelo de bem-estar social para o Estado brasileiro, cuidou de traçar diretrizes visando assegurar a equivalência entre as partes contratantes promovendo o equilíbrio e o tratamento isonômico no sentido de afastar a preponderância de interesses de uma parte sobre a outra, aproximado a igualdade na troca de direitos e obrigações.

Não há como tratar internacionalmente do assunto desenvolvido sem falar dos blocos econômicos que nos circundam, sendo formados por modelos de integração cuja finalidade é "buscar um propósito preponderantemente econômico" e "conseguir um mais elevado grau de desenvolvimento" (BATISTI, 2008, p. 106).

O aumento das relações comerciais reativa a economia, intensificando a concorrência, gerando crescimento do produto, gerando um processo de integração internacional. Essas inter-relações entre os Estados soberanos dão origem à formação de blocos econômicos (FRANCA FILHO, 2002, p. 65).

Insurgindo a partir da maturidade da integração um Direito Comunitário, nesse sentido fora concebida a União Europeia, que mais tarde tornou- se a Comunidade Europeia que em seu ordenamento jurídico e em sua formação calcou-se em regras previstas em tratados, regulamentos e diretivas, sendo o primeiro objeto do Direito Comunitário primário e o segundo e terceiro do Direito Comunitário secundário.

As estruturas internacionais têm favorecido o debate e a integração entre os Países e são tidas como eficazes formas de alcançar patamares superiores de desenvolvimento e justiça social. Consolidadas as formas diplomáticas de relação entre os povos, elas promovem diversidade no crescimento, estabelecem normas de conformidade entre regiões do mundo, assemelhando as relações internacionais.

A legislação comunitária em sua essência procura dar personificação aos grandes ideais da União Europeia, ou seja; liberdade, prosperidade, paz, segurança, justiça, desenvolvimento econômico e social. Cumpre dizer que não há confusão com o Direito de Integração, responsável por estabelecer os mesmos objetivos econômicos e comerciais.

O mais importante instrumento normativo utilizado na harmonização do Direito bancário junto à Comunidade Europeia são as diretivas, por sua vez tornam-se parte das legislações nacionais antes que sejam diretamente vinculantes aos estados-membros da Comunidade. Assim, quer no âmbito público ou privado, a atividade financeira tem trazido consequências ao universo jurídico. Nesse contexto, insta dizer que o direito bancário se encontra em permanente modificação para adaptar-se à realidade, há que se notar que é um direito sem fronteiras com caráter normativo universal, identificando-se com diversos ordenamentos jurídicos.

A autonomia da vontade das partes faz presente no Direito Bancário, e esta é julgada como o mais importante elemento de conexão no comércio internacional, encontrando-se seu limite no que se destina às relações de consumo. Os critérios e métodos adotados para a garantia dos direitos consumeristas contenda na diversidade de sistemas jurídicos, de tradições culturais, de contextos institucionais e políticos da sociedade. Diante da diversidade que preconizou na defesa dos interesses pessoais, houve o surgimento de uma política comunitária, a fim de que os consumidores adquirissem confiança necessária ao desempenho de um mercado único.

Foi no ano de 1975 que os chefes dos estados-membros da Comunidade Europeia inovaram ao apresentarem o primeiro programa de ação relativa à proteção dos consumidores, cujo teor fazia referência a cinco categorias de direitos fundamentais, ou seja, direito à proteção da saúde, à segurança, aos direitos econômicos, à reparação de danos e à representação.

O Tratado de *Maastrich* que passou a vigorar em 1992 foi o marco para a substituição da Comunidade Europeia pela forma atual União Europeia. Em 1993, com a integração das fronteiras, a Comunidade europeia passou a ser constituída por mais de 350 milhões de consumidores, surgindo regras especiais para gerir o funcionamento do mercado. Sendo que a partir de julho de 1997, houve a introdução de medidas efetivas para um elevado nível de proteção, havendo reconhecimento jurídico para política consumerista.

Nesse momento histórico foram elaborados novos programas para cuidarem da representação e informação dos consumidores. As primeiras medidas adotadas foram em questão da segurança de brinquedos e de produtos em geral, como também das cláusulas abusivas contidas em contratos, venda e garantia dos bens de consumo e questões atinentes a serviços financeiros.

Surgiram novos desafios econômicos que decorreram da integração europeia, havendo que estruturarem algumas prioridades entre os anos de 1996 e 1998, dentre elas citamos o auxílio à Europa Oriental para elaboração de uma política em prol dos consumidores, a educação e acesso a informação de toda a sociedade referente a serviços financeiros.

Dentre outros fatores que trouxeram consciência a comunidade, destaca-se o Conselho Europeu de Luxemburgo e o Tratado de Amsterdã. Em meados do ano 2000, fora instaurada uma ação política dos consumidores que tinha como propósito adaptar à evolução dos produtos e serviços financeiros, os interesses econômicos dos consumidores em diversas políticas comunitárias, como telecomunicações, transportes e política agrícola. A harmonização das normas de proteção ao consumo que transcorrem na União Europeia "ocorre através de um sistema mais avançado, que é o sistema de Diretivas, onde as mesmas traçam as finalidades que devem ser alcançadas pelas legislações internas dos Membros" (MARAN, 2003, p. 98).

Seguindo esse raciocínio, emergem questões atinentes ao Mercosul, que ao tentar vencer os obstáculos em defesa do consumidor, espelha-se na União Europeia, pois sua legislação ainda é escassa e bastante deficitária em sua

harmonia legislativa, que "é mais ampla do que a expressão pode aparentemente induzir. Com efeito, não apenas as leis dos Estados-partes podem ser harmonizadas, mas também as normas regulamentares e medidas administrativas" (MARAN, 2003, p. 98). No entanto, a proteção consumerista é um de seus grandes ideais observados a diversidade de sistemas jurídicos, de tradições socioculturais, e de contextos institucionais e políticos.

No sentido de integração entre o bloco econômico do Mercosul, a defesa do consumidor foi contemplada pela resolução nº 126 de 1994, originando o Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo, visando unificar um regulamento comum entre seus signatários, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.

A corrente adotada no Protocolo teve caráter mais restrito, enunciando que não se considera consumidor o que não se constitui destinatário final, ou seja, não é consumidor quem adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los em processos de produção ou transformação para comercialização ou prestação de serviços.

Ainda hoje, os países do bloco citado possuem ordenamentos jurídicos próprios a respeito do tema. Há que se fazer uma comparação entre os outros países e o Brasil, onde a Argentina tem lei especial, de certa forma menos protetiva que a lei brasileira, no Uruguai, o conceito de consumidor apresentado pelo legislador não deixou margem para nenhuma interpretação errônea e no Paraguai o conceito de consumidor é próximo ao da lei brasileira, não estando explicito o sentido da expressão destinatário final.

O caminho a ser trilhado é a harmonia das legislações dos países do bloco, de modo a aproximá-las eliminando normas responsáveis por diferenças prejudiciais. O mais sensato seria tomar como paradigma o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, por outro lado, há que se pensar que uma lei demasiadamente protetora dos interesses dos consumidores pode dificultar a entrada e o consumo de mercadorias e serviços entre os países que não possuam nível compatível em preocupação com produtos e consumidores.

2 ECONOMIA, DIREITO E CONCORRÊNCIA: UMA TRICOTÔMIA SISTÊMICA

Economia e o Direito, embora desenvolvam-se separadamente, sempre se relacionam. Utiliza-se aqui, o conceito de Direito trazido por Eros Roberto Grau (2002, p. 16) "quer significar sistema de princípios (normas) coercitivamente impostos a determinado grupo social por qualquer organização, social, dotada de poder para tanto".

Por outro lado, no que tange ao conceito de economia o referido autor a pontua como "ciência que trata das leis que governam a produção, a circulação e o consumo das riquezas." Ainda, para ele "a economia, é eminentemente social, pois o homem não desenvolve qualquer atividade objetivando a satisfação das suas necessidades, a não ser dentro da sociedade e com a ajuda direta ou indireta desta" (GRAU, 2002, p. 16-17).

Como se sabe, a Economia capitalista desenvolve-se com a consolidação da propriedade privada, por outro lado, após o triunfo da burguesia (Revolução Francesa), consolidou-se o direito privado, por intermédio do Código Civil. A relação, se dá, de modo que, o diploma civilista é constitutivo da própria Economia, posto que regula as regras econômicas, assim a chamada mão invisível do mercado é o Código Civil, que cria, regula e dá existência a economia. Com isso, o Estado, por intermédio do Direito, deixa sua posição de não interveniente (modelo liberal clássico), para uma forma de interversão na Economia, seja por intermédio da regulação dos mercados ou da força de trabalho, mas sempre garantindo a existência e a manutenção da propriedade privada (MOREIRA, 1987, p. 31-46).

Essa relação de coordenação entre Economia e Direito fica evidente com o fato de que o direito comercial, hoje chamado de empresarial, e o civil, surgiram antes do direito constitucional (ou direitos sociais). O Brasil é um exemplo de tal fato, onde o Código Comercial surgiu antes do Civil. Já na seara constitucional, somente após 1934 é que o Brasil entrou na fase do constitucionalismo moderno, passando a ocorrer a concessão de uma série de diretos sociais, trabalhistas e previdenciários. Tais fatos são em decorrência da conjuntura econômica de 1850, que buscava, tão somente, a regulamentação das atividades comerciais.

Portanto, a influência do Direito na Economia, principiou-se com a intervenção através do Código Civil e, posteriormente, com as conquistas sociais, foi que o direito constitucional passou a influenciar a Economia. Há ainda, face a mutualidade da relação, a influência da Economia no Direito. Em sua obra, "O que é uma Constituição", Lassalle (2002) afirma que existem fatores reais de poder que influenciam o Direito[1].

Existe, portanto, uma mútua influência condicionante entre a realidade econômica e realidade jurídica, porém, possuindo ambos, como visto, tempos diferentes um do outro. Os entes financeiros sempre atuaram a partir de uma concepção de Estado Liberal, onde não havia interferência na relação entre os particulares, sempre prevalecendo o contrato como lei entre as partes. Por sua vez as modificações históricas minaram o Direito Privado, realizando a sua fragmentação e inclusão de preceitos, validades e interpretações junto à constitucionalização do Direito Civil.

A Constituição Federal de 1988 operou uma inversão ao normativismo brasileiro, entrelaçando o interesse da República com a dignidade da pessoa humana, deixando interposto ao Direito Privado a abolição da postura patrimonialista que nos últimos tempos prosperou. De fato, a forma de organização estatal e sua intervenção modificaram-se acentuadamente no século XX, o interesse público existente na relação empresarial financeira, motivou a constitucionalização de questões atinentes aos princípios sociais.

É notório que o novo panorama constitucionalizado do direito privado atingiu as relações aqui estudadas, procedendo com o abandono de um desenvolvimento teórico assentado na vontade individual dos contratantes, passando a um ideal de favorecimento da pessoa humana nas relações jurídicas e, especialmente, nas contratuais, onde a vontade contratual deixou de ser o núcleo, cedendo espaço a outros valores jurídicos fundados no bem-estar social.

Com razão, o paradigma da autonomia da vontade junto ao detrimento da tutela da pessoa na sua dimensão privada, encontra legitimidade no Código Civil, no entanto estará em descompasso com a Constituição, assim, o estado do bem-estar social justifica a intervenção sempre que o interesse público exigir em sacrifício as relações interprivadas.

[1] Para Lassalle (2002, p. 26): "Os fatores reais de poder que atua no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes."

Deflagraram-se a ideia da função social do contrato que passou a ser expressamente determinada na Carta maior, delimitando que um dos alicerces da República consiste no valor social da livre iniciativa, onde é tida a análise em que o contrato não só interessa às partes, mas também a toda sociedade.

A Constituição Brasileira ao romper com o significado de comportamento contratual do individual para o coletivo, elencou em seus primeiros artigos, a dignidade da pessoa humana, a formação de uma sociedade livre, justa, solidária, e a erradicação da pobreza como valores fundamentais a serem perseguidos. Merece relevo, a Constituição chamada de cidadã ao se perfazer do modelo coletivo e instituir seu modelo estatal de proteção a sociedade, promovendo a defesa do consumidor ao status de direito e garantia constitucional, nesse sentido são os artigos 1º, inciso III, 3º, inciso I, 5º, inciso XXXII e 170, inciso V.

De fato, sorrateiramente aboliram-se as contratações desproporcionais que vinham a desequilibrar a relação contratual, acarretando a possibilidade de modificação ou revisão contratual. Ressalta-se que a Constituição previu a defesa do consumidor, elegendo essa à categoria de princípio geral da atividade econômica, havendo equidade na defesa do consumidor junto aos princípios basilares estabelecidos para o modelo econômico e político brasileiro.

3 DAS CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS: DESAFIOS DE CONTROLE

No campo das transgressões contra a ordem econômica não satisfaz a demonstração da prática de uma assentada atividade para ultimar pelo episódio de infração. Logo, apura-se também a potencial produção de consequências no mercado, a razoabilidade e o poder econômico do representado.

O artigo 36, § 3.º da Lei n. 12.529/2011 enumera diversas condutas que, *a priori*, configurariam infrações à ordem econômica. Por outro lado, esse rol é puramente exemplificativo[2], e não taxativo, de modo que essas práticas apenas

[2] Para Fábio Ulhoa Coelho (1995, p. 52) "a caracterização da infração contra a ordem econômica é feita pela indispensável conjugação dos dois dispositivos. A conduta empresarial correspondente a qualquer um dos dois incisos do art. 21 somente é infracional se o seu efeito, efetivo ou potencial, no mercado estiver configurado no art. 20".

configurarão uma infração no caso de gerar efeitos previstos no referido dispositivo.

Logo, o núcleo do dispositivo posto na referida legislação conecta a um episódio infracional contra a ordem econômica, de modo a ser capaz de brotar as consequências positivas nos seguintes incisos: "I – limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante".

Outra característica dessas infrações é a obrigação de comprovar que a sociedade empresária averiguada detém "poder de mercado", que versa sobre a posição de dominação da respectiva atividade empresarial no mercado, implicando no comportamento dos demais concorrentes ou, ainda, abstendo-se à autoridade dessas últimas, por intermédio de um comportamento (FARIA, 1992, p. 32). Ou seja, é o poder dessas instituições em fixar preços além do nível de competição. Mas esse poder não se imprime, tão somente, nessa precificação; podendo ocorrer em uma venda casada, por exemplo (POSSAS, 2001, p. 124).

Para Paula Forgioni (1997, p. 109) "é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido pelo agente no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado". No Brasil o parágrafo 2.º do art. 36, caput, da Lei 12.529/2011 traz a definição legal dessa dominação.

Assim sendo, diante da importância direcionada a defesa dos consumidores, face as concentrações bancárias, surge-se a necessária regulação e intervenção estatal nessa seara. A onda de concentrações de empresas pela qual vêm passando os mercados de todo o mundo nas últimas décadas, especialmente após o fenômeno que se vem chamando de globalização, é um processo facilmente constatável em todo o mundo.

Ressalte-se, entretanto, que são indispensáveis os mecanismos de defesa da concorrência, pois as concentrações acarretam, por consequência, o aumento do poder econômico, de modo que o abuso pode surgia a partir desse ponto, posto que coloca nas mãos de seus detentores a possibilidade de implementar políticas e executar ações propensas a aniquilar a concorrência existente e a embaraçar a entrada de novos concorrentes, visando à dominação ao mercado, o que é sem dúvida danoso ao interesse da coletividade:

> Sobre a concentração de empresas, em geral, e as formas específicas indicadas, muito já foi dito sendo apenas oportuno lembrar, em consonância com as opiniões dos estudiosos nacionais e estrangeiros, que ela representa uma tendência global da economia. E o direito brasileiro antitruste, como a maioria das leis conhecidas, pune e reprime não a concentração do poder econômico em si, mas o abuso que dela pode fazer o seu detentor. A concentração econômica, pelo poder de mercado que lhe confere, é acompanhada de perto pelo legislador e pelos órgãos criados exatamente para apurar e reprimir o seu uso abusivo. Tal abuso é traduzido, geralmente, pelas práticas cujos efeitos são conhecidos como 'domínio de mercados', 'eliminação total ou parcial da concorrência' e 'aumento arbitrário de lucros' (VAZ, 1993, p. 325).

Assim, praticadas as necessárias políticas de defesa da concorrência, não há razão para a aversão que muitas vezes surge no seio da sociedade em relação ao processo de concentrações de empresas. Compreender a natureza das transformações no mercado e adaptar a regulamentação e as leis para tanto é outro dos grandes desafios do Estado, mais particularmente de sua autoridade monetária, o Banco Central. Razão pela qual são adotadas medidas para evitar o risco sistêmico e garantir a credibilidade do sistema:

> As medidas adotadas pelos governos para lidar com o risco sistêmico seguem em geral três direções. A primeira é a de estabelecer um emprestador de última instância, geralmente o banco central do país, que tem a incumbência de fornecer liquidez em momentos de crise, tanto a bancos individuais quanto ao sistema como um todo. A segunda é a de criar esquemas de garantias de depósitos. Tipicamente, depósitos de valores mais baixos são cobertos por um seguro, total ou parcial, o que diminui as chances de corridas aos bancos na eventualidade de eles perderem a confiança de seus clientes. O problema com essa rede de segurança é que ela incentiva os bancos a assumirem riscos maiores, o que é chamado de perigo moral ("moral hazard"). As medidas na terceira direção são aquelas que procuram resolver esse problema. São elas regulação e supervisão. Umas das regras mais importantes criadas pelos reguladores é a exigência de que os bancos adotem certos padrões de adequação de capital. Com isso os bancos são obrigados a fazer provisões de capital para proteger seus depositantes e credores na eventualidade de seus ativos perderem valor (COUTINHO, 1999, p. 215).

Logo, essa política deve ser orientada para manter a solidez do sistema, a defesa disso diz respeito aos pontos em que existe "potencial conflito entre objetivo de segurança e objetivo concorrencial, não seja desconsiderado o último objetivo, como se tem ultimamente feito. Até porque a criação de um verdadeiro sistema concorrencial favorece e não prejudica a solidez do setor" (SALOMÃO

FILHO, 1999, p. 55). Por outro lado, com relação à função do Banco Central, o autor entende que:

> Os agentes têm uma série de preocupações com relação às consequências de fusões e aquisições. Dentre elas destacam-se o acúmulo de poder econômico, político e social que pode influenciar o processo de tomada de decisões das autoridades governamentais, a concentração de propriedade que pode resultar em "self-dealing" e conflitos de interesses, e o aumento indevido de poder de mercado que pode resultar em práticas anticompetitivas. Por outro lado, esses agentes precisam também avaliar até que ponto a fusão ou aquisição proporciona um aumento de eficiência naquele mercado, o que geralmente é utilizado como argumento para justificar a operação, e se essa eficiência poderia ser obtida de outra maneira. Finalmente, precisam comparar as potenciais eficiências com o prejuízo à concorrência porventura existente (SALOMÃO FILHO, 1999, p. 221-222).

Ademais, há um evidente desequilíbrio entre os parceiros contratuais internacionais no tocante a relação de vendedor e consumidor, havendo posicionamento bastante vulnerável nesta relação, já que as regras que permeiam os contratos de consumo internacionais estão calcadas no fim de proteger o vendedor. Conclui-se, que o consumidor não poderá ser prejudicado, em questões inertes como segurança, qualidade e garantia, só porque adquiriu produto ou serviço proveniente de outro país ou fornecido por empresa com sede no exterior.

CONCLUSÕES

Passando assim as coisas, o estudo do Estado Liberal possibilita a explicação das transformações ocorridas e permite projetar as novas modificações inseridas no Estado Social que se revela diante dos direitos sociais, econômicos e individuais.

A atividade econômica passou a ser restringida pelas normas legais diante de um Estado com postura intervencionista, prevalecendo o interesse coletivo sobre a vontade individual, caracterizando o surgimento da categoria dos interesses coletivos que marcam o texto Constitucional de 1988.

Analisando o modelo econômico do século XX, verifica-se que este engloba um mercado competitivo que exige políticas para atender o crescente consumo, no paradigma de aumento da circulação de capitais e títulos onde os

bancos comerciais são intermediários das operações e contratos que realizam para atenderem às ideias da autonomia privada, atualmente temperadas pelos valores sociais inseridos no Estado Social de Direito.

Dignos de consideração, ainda, são os benefícios que muitos atos de concentração podem trazer ao mercado, como um maior investimento em tecnologia e no desenvolvimento de produtos e serviços. Ademais, diante de tudo isso, o Estado não pode ficar inerte, razão pela qual é necessário um constante monitoramento das atividades bancárias, sem que, com isso, se configure intervencionismo ou regulamentação irrelevante.

Essa política deve ser orientada para preservar a solidez desse conjunto, mantendo um verdadeiro sistema concorrencial global. Para isso, é essencial que haja harmonia entre a defesa da concorrência e a regulação do sistema bancário, devendo a autoridade competente decidir-se sempre pelo que for mais conveniente ao bem comum, segundo as diretrizes da política econômica.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 10ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BATISTI, Leonir. *Direito do consumidor para o Mercosul: enfoque jurídico e econômico dos blocos de integração*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COUTINHO, Paulo César; OLIVEIRA, André Rossi de. *Regulação prudencial e concorrência no setor bancário*. In: Seminário Internacional Sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário. Coletânea de trabalhos apresentados. Brasília, 1999.

FARIA, Werter. *Direito da concorrência e contrato de distribuição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1992.

FORGIONI, Paula A. *Posição dominante e seu abuso*. Rev. Direito Econômico. vol. 26. 1997.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

MARAN, Mara Suely Oliveira e Silva. *Publicidade e proteção do consumidor no âmbito do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2003.

MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Lisboa: Caminho. 1987.

REED, Edward W.; GILL, Edward K. *Bancos comerciais e múltiplos*. São Paulo: Makron, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Condutas anticoncorrenciais no setor bancário*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 114, 1999.

POSSAS, Mário Luiz; PONDÉ, João Luiz; FAGUNDES, Jorge. *Política de defesa da concorrência e práticas restritivas verticais*. Revista Arché interdisciplinar. vol. 10. n. 29. Rio de Janeiro, 2001.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WALD, Arnoldo. *O novo Direito Monetário*: Os planos Econômicos, os Contratos, o FGTS e a Justiça. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

O *COMPLIANCE* AMBIENTAL: entre certificações e soluções

Daniela Juliano Silva
Universidade Federal Fluminense
Professora Adjunta do Departamento de Direito Privado, Niterói/RJ, Brasil.
danielajulianosilva@id.uff.br

Resumo: O presente estudo pretende refletir a respeito dos caminhos para a construção da denominada "cultura de *compliance*", que tem servido às empresas na elaboração e individualização de um desenho corporativo mais transparente e ético, de respeito à lei e zelo pela reputação empresarial. O *compliance* traz novo fôlego ao discurso acerca da moral e da responsabilidade social da empresa, sendo indispensável à competitividade em um mercado globalizado. Tal "onda" tem funcionado como verdadeira garantia, reforçando compromissos empresariais, com relações mais positivas entre corporações, investidores, mercado e sociedade. Por meio de uma metodologia historiográfica e dedutiva, objetiva-se refletir a respeito do *compliance*, sob o viés ambiental, ponderando a respeito da eficácia de seus programas de implementação, para além dos modismos de ocasião e projetos validados às custas de caros processos de certificação. Busca-se um olhar acerca da efetividade das iniciativas firmadas sob a bandeira da sustentabilidade e seu real impacto na mudança de cenários e da cultura empresarial.

Palavras-chave: *Compliance*. Meio ambiente. Programas de Integridade.

INTRODUÇÃO

O discurso a respeito da necessidade de se construir uma "cultura de *compliance*" no Brasil ganhou fôlego, neste século, desde que nos afundamos, no que teria sido o segundo maior caso de corrupção do mundo. Em enquete conduzida pela ONG Transparência Internacional[1], que elegeu o escândalo da Petrobras como o segundo maior caso de corrupção do mundo, desencadeou-se a pressão internacional a respeito da aderência do Brasil a convenções internacionais anticorrupção, a Operação Lava Jato e uma onda de normativas

[1] Com 11.900 votos, o caso dos pagamentos de propina e desvio de recursos que envolveu a Petrobras, só perdeu para o caso de corrupção envolvendo o ex-presidente ucraniano Viktor Yanukovych, que desviou milhões para conta privada. Notícia disponível em: https://observatorio3setor.org.br/noticias/petrobras-tem-2o-maior-caso-de-corrupcao-do-mundo-e-povo-que-paga/. Acesso em Outubro de 2020.

clamando por mais ética e transparência nas relações negociais. Nesse cenário surgiu, com o costumeiro e já excessivo atraso, a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), trazendo em sua esteira o Decreto n. 8.420/15, que cristalizou a necessidade da construção dos denominados "programas de integridade", transformado o *compliance* em tema da vez e abrindo um nicho próprio de negócios e uma verdadeira corrida para aprimoramento. Nenhuma matéria ou instituição escapou desse "efeito *compliance*".

Empresas, instituições financeiras, Organizações da Sociedade Civil e a própria Administração Pública parecem fascinados pelos ideais éticos e noções de sustentabilidade redesenhadas sob o viés de uma governança corporativa pautada no *compliance*. "Boa governança", "boas práticas", "responsabilidade social" são termos invariavelmente atrelados a esse universo e que, sem ressalvas ou senso crítico, alimentam a dinâmica em estudo, apresentando-se como uma aposta de resgate e construção da reputação das instituições, não só no Brasil, como no mundo. O movimento não é novo. Não é de hoje, que as empresas são questionadas a respeito de suas condutas e responsabilidades na construção de uma dita "ética empresarial"[2]. No mais, citada "onda" moralizadora, tem funcionado como verdadeira garantia, reforçando compromissos empresariais, com relações mais positivas entre corporações, investidores, mercado e a sociedade.

A conexão do tema com a ideia de "estar conforme determinada regra ou norma", construiu grande proximidade com todos os ramos ciência jurídica, no que usualmente se vê menção ao *compliance* nas esferas do Direito empresarial, bancário, trabalhista, concorrencial, criminal, tributário, fiscal e ambiental. Nesse universo, como objeto do presente estudo, lança-se um olhar crítico a respeito do tema sob o viés ambiental.

A prevenção de riscos, uma das linhas mestras da política do *compliance*, casa perfeitamente com a construção de programas de integridade que prezam pela ideia de comprometimento das empresas com a sustentabilidade e se torna aliada no momento de eventual responsabilização por danos ambientais. A

[2] André Comte-Sponville (2011, p. 42), em sua obra, "O capitalismo é moral?", de 2004, assevera: "De fato, há vários anos chegou até nós, como acontece com frequência, uma moda vinda de além-mar, que podemos chamar de moda da ética empresarial – que nunca é nada mais que a versão empresarial do "retorno da moral" que acabo de evocar. De que se trata? Também neste caso, trata-se muito mais de discursos do que comportamentos".

construção da dita "*compliance* ambiental" é tema de relevância, na medida que segue como pauta tanto no Legislativo quanto no Judiciário brasileiro, sendo objeto da PL 5442/2019 e repercutindo nos autos de Ação Civil Pública por dano ao meio ambiente, ajuizada pela Advocacia Geral da União e pelo IBAMA, donde se exigiu da ré a adoção de programa de integridade ambiental, para fins de implantação e execução de controles internos e de regularidade das operações.

No mais, ademais esse promissor panorama, apresenta-se como verdadeiro problema desta pesquisa, o questionamento a respeito do que efetivamente se tem alcançado em termos não só de resultados, mas também de mudança comportamental com os programas de integridade construídos em torno da questão ambiental. O meio ambiente deve ser visto e tratado com a centralidade que merece, como instrumento de transformação, fazendo a diferença na vida dos mais diferentes atores sociais e não, como bandeira de uma vazia responsabilidade social empresarial.

A tendência de construção dos denominados "programas de integridade", parecem servir mais às benesses que podem ser eventualmente obtidas (diminuição do valor de multas, assinatura de Termos de Ajustamento de Condutas), uma vez obedecidas regras de certificação que generalizam efeitos e padronizam comportamentos. Referidos programas, sem os quais as instituições da atualidade parecem não sobreviver, apresentam-se como verdadeiro "salvo-conduto", como garantia de um comportamento probo, havendo verdadeira corrida por profissionais que atuem nessa área, bem como propostas de trabalho e políticas públicas construídas nessas bases. Na prática, os programas parecem se ocupar unicamente do cumprimento de requisitos ("*tick the box*"), sujeitos às auditorias de conformidade legal e intermináveis protocolos para obtenção de certificações internacionais. Essa dinâmica custa caro e é naturalmente excludente, sendo acessível a poucos.

Sob citada hipótese, o presente estudo desenvolve-se em três frentes: primeiramente, volta-se a uma imperativa reflexão acerca da responsabilidade social empresarial como ponto de partida para as ponderações a serem desenvolvidas sobre o *compliance*, percebendo-se a evolução do tema que, ao sabor do tempo, altera sua terminologia, mas cristaliza as mesmas essências e possui objetivos comuns; em um segundo tópico, com base em brevíssima base histórica, apresenta-se ao leitor os pontos centrais a respeito do desenvolvimento do *compliance*: conceito, as influências da normativa internacional sobre a construção da legislação brasileira e os caminhos até a construção da Lei n.

Federal n. 12.846/13, apelidada de "Lei Anticorrupção", e seu decreto regulamentador n. 8.420/2015; por fim, em um terceiro momento, reconhecendo que os discursos de *compliance* afetam todas as esferas possíveis, busca-se um olhar do tema sob o viés ambiental.

Por meio de uma metodologia historiográfica e dedutiva, a construção dessas reflexões encontra um cenário de modismos, certificações, devendo ser sempre revista sob o ponto de vista de seu real papel, sob pena de reforçar as mesmas dinâmicas exploratórias e ofensivas ao meio ambiente.

1. A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL MUITO ANTES DO *COMPLIANCE*

Antes de se efetivamente adentrar no objeto do presente estudo, retoma-se a temática da responsabilidade social da empresa, de modo que se possa constatar o caminho que a construção de uma cultura empresarial mais proba e condizente com relações mais transparentes e interconectadas não surge de um dia para noite. Não nasce com a dinâmica dos programas de integridade e das lógicas de *compliance*. A urgência de se reconhecer uma nova relação entre empresa – fornecedores – consumidores e poder público, não é privilégio do modismo que acompanha o objeto deste estudo.

É necessário desde logo pontuar que a terminologia "responsabilidade social" se encontra geralmente associada ao ambiente empresarial/corporativo, sendo praticamente automática a correlação entre os mesmos. O Banco Mundial, de modo bastante didático, conceituou a Responsabilidade Social Empresarial (RSE) como sendo, "o compromisso empresarial de contribuir para o desenvolvimento econômico sustentável, trabalhando em conjunto com os empregados, suas famílias, a comunidade local e a sociedade em geral para melhorar sua qualidade de vida, de maneiras que sejam boas tanto para as empresas como para o desenvolvimento[3]".

Uma teoria acerca da responsabilidade social empresarial teria surgido na década de 50, tendo por expoente teórico Howard Bowen (1957). Segundo esse autor, os negócios seriam centros vitais de poder e decisão e, uma vez que as

[3] BANCO MUNDIAL. *Public sector roles in strengthening corporate social responsibility: a baseline study*. Washington, 2002. Disponível em: http://www.worldbank.org/privatesector/csr/. Acesso em: Outubro de 2020.

ações das empresas atingem a vida dos cidadãos em muitos aspectos, nada mais correto do que as mesmas se preocuparem com o impacto que provocam, devendo se empenhar para incorporar novos valores à gestão de seus negócios.

No mais, como bem afirma Maria Alice Nunes Costa (2011, p. 67), "Ser responsável está na ordem do dia", no que aproveita para questionar: "O que significa, atualmente, ter responsabilidade e solidariedade?" (COSTA, 2011, p. 67). A discussão é cercada de nuances que leva inclusive certos autores, como Strydom (*apud* Domingues, 2002, p. 53), a afirmarem que a responsabilidade estaria tomando o lugar da justiça. Existe ainda uma vertente filosófica (moral) da responsabilidade, que a reconhece como a capacidade de chamar para si as consequências dos próprios atos. Sob o ponto de vista jurídico, o termo "responsabilidade" está carregado de um conteúdo reparatório, que prevê sanções e indenizações. Percebe-se que o tema é permeado por tantas variáveis que quaisquer outras digressões ainda não servirão para esgotar o tema.

De toda forma, nos interessa uma abordagem da responsabilidade que nos leve a uma concepção marcada por uma ética solidária e fraterna, baseada na perspectiva de uma responsabilidade coletiva, alimentada pelo discurso do bem-estar social (GOODIN, 1998). Esse viés, tampouco facilita nosso trabalho, vez que também existe uma variada gama de opiniões acerca do comprometimento social x responsabilidade individual x liberdade[4].

Nessa medida, configura-se atraente a concepção das "redes de solidariedade", nos moldes do construído por Rainer Randolph (1993). Tais redes, que se firmam especialmente no campo da esfera pública, evidenciam uma grande diversidade de relações, englobando os grupos mais heterogêneos e alterando consideravelmente a relação Estado-Sociedade. Granovetter (1981) ressalta a relevância das redes para a inclusão social e Wellman (1991) atenta para

[4] Segundo Amartya Sen (1999), seria contraproducente qualquer afirmação de que a responsabilidade social deve substituir a responsabilidade individual, uma vez que uma divisão de responsabilidades que imponha a uma pessoa o fardo de cuidar dos interesses de outra pode levar à perda de importantes referenciais humanos, tais como, a motivação, o envolvimento e o autoconhecimento. Além disso, segundo citado autor, se um indivíduo for privado de suas liberdades substantivas (que se referem às capacidades básicas e de igualdade de oportunidades), também será privado não só de seu bem-estar, mas da percepção do que venha a ser uma vida responsável. Nesta medida, verifica-se que existe uma tênue linha que liga a noção de responsabilidade às liberdades mínimas, não havendo que se falar em um sujeito verdadeiramente responsável diante da plena ausência de um mínimo existencial.

o fato de que as redes sociais de solidariedade se prestam ao enfrentamento da insegurança econômica e da ineficiência dos serviços públicos.

Esta perspectiva mais pautada na solidariedade também nos leva a caminhos tortuosos que induzem toda sorte de pensamento. Os discursos a favor da fraternidade, de onde bebe a solidariedade, ressoam pelo mundo contemporâneo. Com a fraternidade[5], alcançamos um outro patamar de humanidade, uma nova "geração" de direitos humanos, a dos denominados "direitos humanos de terceira geração", firmada na perspectiva do coletivo, do olhar do outro. Conceber o universo empresarial, construído sob o modelo econômico capitalista é por demais auspicioso.

Nesse sentido ganha relevância o trabalho de André Comte-Sponville ao questionar: "O capitalismo é moral"? que nos conduz exatamente pelos caminhos do moralismo que desagua hoje na lógica de *compliance*. Em citada obra o autor reflete sobre "a moda da 'ética empresarial'" (COMTE-SPONVILLE, 2011, p. 41) ou melhor, "(...) essa moda da moral", detalhando que "(...) não é apenas uma questão **de** moda. É também uma questão **na** moda(...)" (grifo nosso) (COMTE-SPONVILLE, 2011, p. 42) e ensina:

> De que se trata? Também nesse caso trata-se muito mais de discursos do que comportamento. Ouço muito dizer: 'A ética (subentendido, nesse contexto, a ética empresarial) melhora o clima interno da empresa, logo a produtividade'; 'A ética melhora a imagem da empresa e, logo, as vendas'; 'A ética melhora a qualidade da produção ou do serviço, logo, de novo, as vendas' (...) resumindo, a ética é eficiente, a ética vende! 'Ethics pays', dizem do outro lado do Atlântico: a ética compensa. Alguns chegaram a forjar o curioso neologismo 'markética', para designar o filho, bizarramente formado, dos estranhos amores entre o marketing e a ética (Ob. cit., p. 42).

Reflete o autor com base em parâmetros exemplificativos que, no fim das contas, somos movidos por decisões que muitas vezes levam em consideração mais o aspecto econômico do que o aspecto moral, uma vez que: "(...) nossa ação, por mais conforme que seja à moral, não tem entretanto, como diria Kant, nenhum valor moral – já que é levada a cabo por interesse e que o

[5] Interessa ao presente estudo a concepção de fraternidade, conforme lecionada por Baggio (2008, p. 23), nos seguintes termos: "A fraternidade, porém, pressupõe um relacionamento horizontal, a divisão dos bens e dos poderes, tanto que cada vez mais se está elaborando – na teoria e na prática - a ideia de uma solidariedade horizontal, em referência à ajuda recíproca entre sujeitos diferentes."

próprio valor da moral de uma ação, como todos sabem, é o desinteresse" (COMTE-SPONVILLE, 2011, p. 44). Reconhece o papel do lucro na finalidade das empresas e reitera que a moral tem seu lugar na empresa, mas seria, precisamente, no indivíduo (COMTE-SPONVILLE, 2011, p. 197)[6].

Ante todos os ensinamentos percebe-se o apelo à moral na medida em que se apresenta como o verdadeiro capital reputacional na empresa. Foi nessas bases que se desenvolveram, desde a década de 90, os modelos de *compliance*, estruturados de acordo com o setor da atividade empresarial e a complexidade das atividades da empresa. Espera-se das empresas, em todo o mundo, a construção de "programas de *compliance*" que, "primam pela análise criteriosa da adequação dos processos, da cultura e da disciplina organizacional, recursos humanos e tecnologia, e na aplicação de controles rigorosos, preventivos e detectivos no gerenciamento dos Riscos, por meio de uma atuação conjunta com os gestores na avaliação, gestão e monitoração dos mecanismos de medição de informações de desempenho" (BLOK, 2018, p. 22).

Percebe-se nas reflexões deste capítulo a atraente lógica presente nos discursos de responsabilidade social empresarial e como as dinâmicas de *compliance* são uma evolução natural e terminológica do tema. Não é de hoje que busca-se impingir uma certa "humanidade" ao ambiente empresarial. Os programas de *compliance* somente se prestariam a tal papel se pautados na motivação correta: os indivíduos, no que se alinha com o desenvolvimento do pensamento de Comte-Sponville. O compromisso da alta cúpula das empresas não é o suficiente se não estiver em conjunto com o entendimento de fornecedores e colaboradores. As vantagens do *compliance* devem ser sentidas no relacionamento e no desenvolvimento do negócio, não como mais um investimento a gerar gastos. Os programas não podem ser vistos como passivo, ante os altos custos de implementação, mas como ativo formador e garantidor do capital reputacional da empresa.

Diante da "matemática" dos programas de *compliance*, vez que usualmente apresentam-se como uma verdadeira lista de exigências e regras de certificação internacional, importante levar em considerações o fator humano que compõe a noção de meio ambiente e deve ser o fator basilar dos negócios. Feitas essas reflexões preliminares a respeito da responsabilidade social

[6] Conclui que: "A moral tem seu lugar *na* empresa, mas não é o lugar *da* empresa: é o lugar, repito, dos indivíduos que trabalham ou dirigem a empresa" (grifo no original) (COMTE-SPONVILLE, 2011, p. 197).

empresarial fica o questionamento: o que realmente vem a ser o *compliance* e qual o contexto de se seu desenvolvimento? É o aprofundamento que se fará no tópico seguinte.

2. *COMPLIANCE* – HISTÓRICO, CONCEITO E DESENVOLVIMENTO

Em uma estrutura repleta de anglicismos[7] (*accountability*, *stakeholders*, *shareholders*, *due diligence*, *hotlines*) que deixam evidente seu histórico e suas origens (e também refletem nosso apego às terminologias em inglês)[8], mas que, em verdade, serve bem pouco para se conectar com o capital humano que encabeça os programas de integridade em que se baseiam toda a dinâmica deste estudo.

O próprio costume de se interpretar o termo *compliance*, do verbo em inglês "*to comply*", que significa, em suas diversas acepções – conformar-se, aquiescer, observar, odedecer, respeitar, submeter-se – reflete, portanto, a ideia de "agir de acordo" ou "em conformidade com algo", em contrapartida da etimologia da palavra *compliance*, derivada do latim *complere*, cujo significado está ligado à "vontade de fazer o que foi pedido" (BLOK, 2018, p. 28), diz muito sobre o desenvolvimento do tema.

Há de se reconhecer que os norte-americanos foram pioneiros no uso do termo, tendo surgido no universo das instituições financeiras americanas, quando do descortinamento de escândalos financeiros em Wall Street (2002). Exteriorizou-se, especialmente, na expressão "risco de *compliance*", então definida como um risco legal, de sanções regulatórias, de perda financeira ou perda de reputação, que uma organização pode sofrer como resultado de falhas no cumprimento de leis, regulamentações, códigos de conduta e das boas práticas

---

[7] Elisa Rodrigues Alves Larroudé, em dissertação de Mestrado (2006) intitulada "*Accountability* de organizações do espaço público não estatal: uma apreciação crítica da regulação brasileira", na tentativa de dar significado ao termo "*accountability*" brilhantemente leciona: "A transposição do conceito de *accountability* para o contexto da América Latina vem sendo tema de especial preocupação para o *Centro Latino Americano de Administración para el Desarrollo* (CLAD), para quem o termo alude, em sua acepção original, "*al cumplimiento de una obligación del funcionario público de rendir cuentas, sea a un organismo de control, al parlamento o a la sociedad misma*" (CLAD, 1999, p. 329, ênfases no original) e não encontra um equivalente direto e preciso nos idiomas latinos. A conclusão oferecida para tanto é que "*si un idioma es incapaz de expresar conceptos […] con una sola palabra, ello se debe a que la idea que subyace a esos conceptos no forma parte de la cultura vigente*" (grifo nosso) (CLAD, 1999, p. 329)".

[8] Em espanhol tem-se o uso do termo "cumplimiento", na Itália, "conformitá" (BLOK, 2018, p. 28).

(COIMBRA *et al*, 2010, p. 42). Desse histórico, seus desdobramentos e conceitos, cuida o tópico seguinte deste estudo.

Nesse viés e por conta desse peso histórico, a ABBI - Associação Brasileira de Bancos Internacionais e a FEBRABAN - Federação Brasileira de Bancos, desenvolveu um estudo intitulado "Função *Compliance*"[9], de modo a servir de norte para sua implementação nas instituições financeiras brasileiras. Referido documento apresenta conceitos fundamentais para a compreensão do tema, afirmando, logo de início, que "*compliance* está relacionado ao investimento em pessoas, processos e conscientização"[10].

As lógicas de *compliance* nascem em um ambiente em que a corrupção deixa de ser tratada como *modus operandi*[11] e passa a ser tratada como um problema endêmico. Nesta medida, falar do histórico de desenvolvimento da matéria é esbarrar na própria construção da dinâmica da corrupção que, diga-se, desde logo, "não se trata de um fenômeno circunscrito a um tipo de cultura ou grau de desenvolvimento" (BUZELATO, 2018, p. 19).

Um divisor de águas definitivo para o tema foi o escândalo de *Watergate*, que gerou a renúncia do então Presidente, Nixon, e cujos desdobramentos culminaram no nascimento da primeira lei anticorrupção transnacional: a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), de 1977, denominada de "Ato Contra Práticas Corruptas no Exterior (APCE)". Citada norma penaliza o ato de subornar autoridades estrangeiras em transações comerciais seja por nacionais ou por empresas sujeitas à jurisdição norte-americana. Também reitera a exigência de controles contábeis e a manutenção de registros das operações internas e realizadas no exterior pelas companhias de capital aberto, donde surge a dinâmica da *accountability*, com mais transparência na prestação de contas. Por fim, citada

---

[9] In: "Função Compliance" (2009). Disponível em: http://www.abbi.com.br/download/funcaodecompliance_09.pdf. Consulta em: Nov. 2019.

[10] *Função Compliance*, 2009, p. 08.

[11] O caráter perverso da corrupção, especialmente no sistema político, não foi, por algum tempo, um consenso. A escola funcionalista americana dos anos 1960/1970, ressaltava a vantagem de certa dose de corrupção, conforme se depreende das lições de Vanessa Buzelato (2018, p. 28): "A análise funcionalista dos teóricos americanos dos anos 1960 e 1970, afastando as questões morais, identifica uma contribuição da corrupção aos sistemas burocráticos destinados ao imobilismo, bem como nos países socialistas e naqueles em desenvolvimento. Para esta escola teórica, *'a corrupção representa o óleo necessário para acionar mecanismos emperrados ou enfraquecidos'*".

lei representa o início do incentivo ao desenvolvimento dos programas de *compliance*.

O Brasil tem todo um histórico de corrupção para chamar de seu, fazendo parte essencial papel na formação de nossa sociedade patrimonialista. Luciano Raposo Figueira (*apud* COSTA, 2013, p. 47), relata como poucos o cenário do Brasil colônia: "A confusão das leis, a morosidade e os caprichos da máquina legal, e a justaposição de funções administrativas, suas remunerações desniveladas, a acumulação de cargos pelos mesmos oficiais e as recorrentes contradições no teor dos códigos legais aparentam desordem, mas são flagrantes das condições de organização típicas do Estado Moderno em fase de centralização. Inexistia, então, um regime jurídico ordena- do e organograma que obedecesse à distribuição racional de funções, méritos, divisão calculada de tarefas e carreiras pontuadas pelo mérito. Tampouco se firmara, ao tempo da colonização no Brasil, a dicotomia entre público e privado".

Toda a história brasileira é marcada por escândalos de corrupção, desaguando recentemente na denominada "Operação Lava Jato", tratada como referência de combate à corrupção no Brasil, marcando um novo momento na relação entre o público e o privado, priorizando-se o comportamento ético e maior transparência. É nesse panorama que surge a Lei n. Federal n. 12.846/13, apelidada de "Lei Anticorrupção", que, segundo sua ementa, "dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira". Por conta desta configuração, atrela-se a terminologia "*compliance*" como sinônima de responsabilização, na ideia de imposição de sanções.

Complementa a lógica da Lei Anticorrupção, o Decreto n. 8.420/2015. De fato, a lei em referência inaugura uma nova onda legislativa no país, tendo em vista os sucessivos casos de corrupção envolvendo empresas públicas, privadas e o Poder Público. Instaura-se assim, uma onda legislativa moralizadora, com o fino propósito de impor um ritmo mais ético e um nível de responsabilização mais objetivo, nas relações firmadas entre o público e o privado.

O rigor da dita "Lei Anticorrupção" evidencia-se, especialmente, na opção por uma tipificação aberta dos atos lesivos à Administração, em sendo não só aqueles praticados contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro e os compromissos internacionais firmados pelo governo brasileiro, mas também, pela ofensa aos princípios da administração. De modo mais objeto, a lei destina-se a punir empresas envolvidas em práticas relacionadas à corrupção, com a

aplicação de multas de até 20% do faturamento, não se excluindo a reparação integral dos danos causados pela companhia. É certo que a punição e responsabilização por danos ao erário não é nenhuma novidade em nosso ordenamento jurídico.

Por conta da necessidade de se dar significado prático à norma e prestar a devida honra à efetividade, a Lei Anticorrupção acaba chamando mais atenção pelas sanções que abarca, do que para a necessidade de uma verdadeira mudança comportamental. Antes da necessária imposição de programas de *compliance* as empresas agiam de forma reativa, ou seja, somente quando surgiam notícias de casos de corrupção. Com citada norma, as empresas passam a desenvolver programas internos para informar seus colaboradores e funcionários a respeito da legislação, implementando códigos de conduta e canais de denúncia. É o que a lei denominou de "procedimentos internos de integridade", e se firmou como "programas de integridade" através do respectivo decreto regulamentador.

A urgência de se reconhecer uma nova relação entre empresa, seus fornecedores, consumidores e poder público, alcança não só as esferas da Ciência Jurídica (criminal, tributário, fiscal, trabalhista), mas também, a temas caros a toda humanidade como acontece com a questão do meio ambiente. Dedica-se, assim, o tópico seguinte, às reflexões a respeito do reconhecido "*compliance* ambiental".

3. O COMPLIANCE AMBIENTAL

A questão ambiental é demanda urgente e ponto de referência donde se deve partir todo o ambiente negocial. A sociedade, os consumidores buscam produtos e marcas preocupados com a preservação ambiental e conectados a práticas sustentáveis que evitem ou mitiguem externalidades negativas. Fornecedores, órgãos governamentais, o terceiro setor também se estruturam de forma que a sustentabilidade seja preocupação permanente. O meio ambiente, como viés indissociável de nossa própria existência[12], não passou incólume às influências do tema objeto deste estudo.

[12] Vale a lição de Fernando Almeida (2002, p. 28): "A noção de sustentabilidade pode ser melhor entendida quando atribuímos um sentido amplo à palavra 'sobrevivência'. O desafio da sobrevivência - luta pela vida - sempre dominou o ser humano. Inicialmente, no enfrentamento dos elementos naturais; e, mais tarde, sobretudo agora no século XXI, no enfrentamento das conseqüências trazidas pelo imenso poder de transformação desses elementos acumulado pelo homem. No mundo atual,

Com robusta legislação ambiental e texto constitucional inspirado, todos os agentes sociais e políticos encontram-se cientes da importância do cumprimento das normas vigentes e de um discurso pautado em práticas sustentáveis. A nível empresarial, essa preocupação ambiental garante visibilidade, aumenta o valor de mercado das marcas e se constrói por meio da prevenção de riscos, de modo a evitar demandas futuras. Invariavelmente, a importância da *compliance* ambiental, em termos de práticas corporativas, diz respeito, a esse último aspecto: ao receio de responsabilização nas esferas civil e criminal, por eventuais danos causados ao meio ambiente em razão das atividades empresariais.

É, portanto, nesse cenário, que surge o termo "*Compliance* ambiental" que, nas palavras de Marcela Blok (2018, p. 196), "tem o escopo de monitorar e assegurar que as empresas estejam cumprindo rigorosamente às leis e normas ligadas ao meio ambiente, aplicáveis a cada negócio, prevenindo e controlando riscos inerentes" e acrescenta:

> O programa de compliance ambiental será responsável pela identificação dos pontos vulneráveis da empresa no âmbito de sua área de atuação, sendo, para tanto, importante que todos os setores e pessoas pertencentes ao quadro empresarial estejam cientes da esfera de abrangência do programa e incluídos nos esforços para cumprimento da legislação ambiental. Assim, a grande vantagem do compliance consiste na antecipação a eventuais irregularidades e, por conseguinte, em evitar acontecimentos danosos ao meio ambiente e problemas com órgãos fiscalizadores de proteção ambiental, autuações e aplicações de sanções, bem como litígios.

Destaca-se, da lição acima trasladada, o aspecto preventivo dos programas de integridade, elemento tão caro à questão ambiental, na medida em que, certamente, dá-se preferência a um dano ambiental que pode ser evitado a um que deverá ser remediado. Além disso, perceba-se o peso dado à conformidade legislativa e, portanto, o relevante papel daqueles que detém o conhecimento acerca das leis ambientais e do seu universo institucional.

---

a percepção de que tudo afeta a todos, cada vez com maior intensidade e menor tempo para absorção, gerou o processo de redefinição, conceitual e pragmático – porque não há mais tempo a perder - do desenvolvimento clássico consumidor de recursos naturais, no qual o homem é incluído como mero animal de produção; e levou à formulação do conceito de desenvolvimento sustentável".

Em paralelo a esse universo normativo, seguem normas que englobam um sistema internacional de reconhecimento e certificações, construído em torno da *International Organization for Standardization* – ISO[13], organização que desenvolve e publica normas uniformizadoras internacionais. Referidas normativas, apresentam um conjunto de requisitos que, uma vez implementados por aquelas que buscam se adequar, garantiriam certa confiança na capacidade da organização de fornecer produtos e serviços que não só atenderiam as expectativas de seus clientes, mas também estariam em conformidade com as leis e regulamentos aplicáveis.

A conformidade, que pressupõe um projeto organizacional muito bem desenhado, vez que procedimento dotado de diversas fases e dos mais variados protocolos, garante a certificação ISO. A certificação funciona como um indicador de boas práticas gerenciais e aqueles que a obtém ostentam orgulhosos seus certificados nas paredes de seus escritórios. A certificação é um projeto constante, que passa, após sua concessão inicial, a sucessivos processos de validação. As normas ISO ganharam visibilidade no mundo todo e, muito mais do que uma iniciativa mundial para a padronização de certas posturas em prol da qualidade, tornou-se um objetivo de muitas empresas que as confundem com os ideais do *compliance*.

Ademais suas louváveis pretensões, os processos de certificação são caros e cheios de minúcias, que demandam tempo, comprometimento, treinamentos de todos os envolvidos. Não há de se confundir, ainda que inegáveis os pontos de aproximação, os programas que levam ás certificações ISO, da construção dos programas de integridade que alimentam a dinâmica do *compliance*. Nesta medida, merece a detida análise crítica, o Projeto de lei n. 1588/2020 que pretende o reconhecimento de um sistema de certificação dos programas de *compliance*.

Pensar os programas de *compliance* como processos de certificação enfraquece o engajamento com o que é realmente importante em termos de cultura empresarial: proximidade com as realidades e necessidades de cada empresa. O Brasil é um país onde micro e pequenas empresas prevalecem, exigir programas caros e difíceis de serem implementados, afasta a essência do *compliance*. É preciso, acima de tudo, oportunizar a todas as corporações a chance de "ser" e "estar" *compliance* (BLOK, 2018, p. 10).

[13] Detalhes em: https://www.iso.org/home.html.

Em termos ambientais, nesse universo de certificações e indicativos, cite-se a *ISO 14.000*, norma que especifica os requisitos para a construção de um Sistema de Gestão Ambiental e impulsiona o desenvolvimento de uma estrutura protetiva do meio ambiente. Essa dinâmica não deixa de ter o seu valor, no que vale a lição de Flávia de Souza Marchezini (2018):

> Ao trazer a integração das métricas de avaliação, certificação e emissão de relatórios de sustentabilidade, com atenção aos pactos internacionais, trabalhando-as de forma sistêmica, atende aos padrões globalizados e incentiva a atração de *steakholders*, viabilizando oportunidades de negócios com entidades éticas e ambientalmente responsáveis, mas não se esquece dos atores, do tratamento humanitário de colaboradores e parceiros, de ações voltadas à acessibilidade e isonomia.

Decerto que as métricas de avaliação representam interessante referencial no desenvolvimento dos programas de integridade que envolvem a temática ambiental. Uma ferramenta que destaca nesse universo, é o Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE, que oferece uma análise comparativa de performance, sob o viés da sustentabilidade corporativa. Prima, essencialmente, nos referencias da eficiência econômica, equilíbrio ambiental, justiça social e governança corporativa[14]. Esse instrumento reúne indicadores a respeito das empresas e grupos comprometidos com a sustentabilidade, verificando o efetivo comprometimento com o desenvolvimento sustentável, com a transparência e com as contas (*accountability*), além de apontar o desempenho organizacional nas dimensões econômico-financeira, social, ambiental e de mudanças climáticas. Em termos de programas de *compliance*, a presença desses referenciais se mostra mais interessante do que os sistemas de certificação.

A reflexão que se deve fazer a respeito desses sistemas seria o que efetivamente faz parte da vocação e do funcionamento da empresa e o que faz parte de parâmetros internacionais que em nada se conectam com a realidade do negócio. Como alerta Cristiane Marrara (*et al*, 2019, p. 65), "(...) há a necessidade de se entender como é o funcionamento de cada empresa em seus aspectos culturais, pois cada uma delas é um microcosmo por si só". Assevera, para a necessidade de uma "tropicalização dos programas de *compliance* com base em leis

[14] Mais detalhes em: http://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/indices/indices-de-sustentabilidade/indice-de-sustentabilidade-empresarial-ise.htm.

estrangeiras", de modo que se possa construir uma cultura de *compliance* sob medida para cada organização (*tailor made*) e um ecossistema que lhe seja próprio.

Nesta medida, é preciso reconhecer que um programa efetivo de *compliance* ambiental, embora conecte-se intimamente com um aparato legislativo denso e, muitas vezes, seja pautado em parâmetros internacionais, deve ir além da mera obediência à normas e regulamentos e de políticas voluntárias de responsabilidade socioambiental. Deve, de fato, contribuir para a significativa redução dos riscos, prevenindo desastres e os chocantes acidentes ambientais que repetidamente testemunhamos. Um desenho efetivo, reconfigura a reputação empresarial, fortalece sua imagem e sua marca, apresenta-se como modelo de aprimoramento, gerando mais oportunidades.

Um programa de *compliance* pautado nos ideais de sustentabilidade, se firma na racionalização do uso de recursos naturais, bem como, no natural barateamento dos custos de produção e, por consequência, dos custos processuais. A aposta no *compliance* ambiental também pode gerar outros frutos, como o aprimoramento das relações entre agentes e órgãos ambientais. O aprimoramento das relações é, de fato, a grande riqueza desses programas e é de onde vem a transformação. É preciso apostar nisso, antes mesmo de importar normas e institutos que tendem a prevalecer a despeito da mais crua realidade.

CONCLUSÃO

A opção consciente de uma instituição pelo *compliance*, especialmente concretizado em seus programas de integridade, não pode deixar de lado as relações com o meio ambiente. Os riscos ambientais e as nefastas consequências da corrupção que rondam esse cenário, devem ser muito bem equacionados, de modo que esses programas não sejam meros projetos de fachada. A escassez de recursos naturais, o fantasma da corrupção que orbita o relacionamento entre agentes públicos ambientais e os atores empresariais é um coeficiente que deve permanentemente ser levado em consideração na elaboração de processos negociais mais sustentáveis, pautados na transparência e na construção de reputações blindadas. Nota-se, nesses termos, como é importante se falar sobre o *compliance* ambiental, sobretudo, a respeito de ações concretas voltadas à garantir a tão afamada responsabilidade social empresarial.

O presente estudo perpassou, antes de refletir especificamente a respeito do universo do *compliance* ambiental, pelo que se acredita ser a evolução do tema.

Muito do que se vê nas reflexões e construções feitas a respeito do *compliance*, estão desenhadas na noção de responsabilidade social empresarial e permeiam a realidade empresarial há tempos. Dessas mutações do tema, se ocupou o primeiro tópico deste artigo.

Feitas ponderações a respeito do aspecto histórico do *compliance*, nota-se que o tema é indissociável da noção de corrupção e evoluiu conforme se percebe os malefícios de prática que sempre se apresentou como *modus operandi* dos negócios. Com a disposição mundial para se combater a corrupção e convenções internacionais concretizando tal movimento, o tema ganha fôlego no Brasil, com o advento da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), mais pela impositiva aderência aos compromissos internacionais firmados, do que por pura vocação de nosso país, marcado por um histórico próprio de corrupção.

Muito se avançou com o advento da Lei Anticorrupção e com o Decreto 8.420/15 que carimba a obrigatoriedade dos denominados "programas de integridade", mas ainda muita coisa tem sido deixada de lado. Nota-se a tendência de se interpretar tais programas com certos comportamentos "marcados", tais como, eventuais cursos e treinamentos entre colaboradores e fornecedores e preocupação com processos de certificação. Como visto, essa dinâmica custa caro e é excludente. Deixa de fora micro e pequenas empresas, o maior grupo empresarial a compor a realidade brasileira, bem como Organizações da Sociedade Civil (OSC).

Pretendeu-se refletir acerca do real papel do *compliance* ambiental como elemento de transformação, a se construir a possibilidade de que os mesmos sirvam como instrumento de efetivo comprometimento por parte das instituições de forma que se construam legados e não somente reputações. Nessa medida, para que efetivamente se veja internalizada a dita "cultura de integridade", o olhar organizacional deve ser muito mais proativo do que reativo e, portanto, as práticas objeto desta pesquisa, ganham cada vez mais relevância.

REFERÊNCIAS

ABBI – Associação Brasileira dos Bancos Internacionais; FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos. *Cartilha Função de Compliance*, Jul/2009. Disponível em: www.febraban.com.br.

ALMEIDA, Fernando. *O bom negócio da sustentabilidade*. 2002. E-book disponível em: http://www.fernandoalmeida.com.br/livros/livro-fernando-almeida-sustentabilidade.pdf

BAGGIO, Antônio Maria. *O princípio esquecido*: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

BELLIGNI, Silvano. Corruzione e Scienza Politica: una riflessione agli inizi. In: Teoria Politica. III, 1987, n. 1, p. 65.

BLOK, Marcella. Compliance e Governança corporativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.

BOWEN, Howard R. *Responsabilidades Sociais do Homem de Negócios*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1957.

BUZELATO, Vanêsca. *Corrupção urbanísitica*: da ausência de diferenciação entre direito e política no Brasil. São Paulo: Editora Fórum, 2018.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. *Manual de Compliance*. São Paulo: Atlas, 2010.

COMTE-SPONVILLE. André. *O capitalismo é moral?* Trad. Eduardo Brandão. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2011.

COSTA, Maria Alice Nunes. *Teias e tramas da responsabilidade social*: o investimento social empresarial na saúde. Rio de Janeiro: Apicuri, 2011.

DOMINGUES, J. M. *Interpretando a modernidade*: imaginário e instituições. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

GOODIN, Robert. *Social Welfare and individual response*: For and against. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

GRANOVETTER, Michael. *The strenght of weak ties*: a network theory revisited. Albany Conference on Contributor of Networks Analysis to Strutural Sociology, abril de 1981.

MARCHEZINI, Flávia de Souza. Precisamos falar sobre compliance ambiental. *Revista LEC*, abril de 2018. Disponível em: https://lec.com.br/blog/precisamos-falar-sobre-compliance-ambiental/.

MARRARA, C.P.O; FARIA, F; GARCIA, F; VASCONCELLOS, H. Tropicalização da cultura de compliance: choques de culturas em empresas globais. In: FRANCO, Izabel (Org.). *Guia prático de Compliance*. São Paulo: Forense, 2019.

RANDOLPH, Rainer. *Novas redes e novas territorialidades*. Rio de Janeiro: IPPUR/UFRJ, 1993.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

WELLMAN, Barry. *Strutural analysis: from method and methapor to theory and substance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

A DINÂMICA DO MERCADO DE CONSUMO A PARTIR DAS MÍDIAS SOCIAIS

Philippe Antônio Azedo Monteiro
Mestre em Direito Negocial pela UEL
philippeamonteiro@gmail.com

Diego Demiciano
Mestre em Direito Negocial pela UEL
diegodemiciano@gmail.com

Resumo: O presente estudo analisa o novo modelo de interação entre empresa e consumidor, com o intuito de avaliar o impacto do exercício de valores pelos consumidores na dinâmica de mercado. O advento das redes sociais modificou significativamente a comunicação entre os atores das relações de consumo que, por conseguinte, externam reflexos na interação entre os *players* do mercado. No contexto da internet, ao mesmo tempo em que aumentam as possibilidades para as empresas de alcançar e influenciar os consumidores, gera, também, aos consumidores, ferramentas para impactar a tradicional relação entre fornecedores de produtos e quem os consome. Busca-se compreender o problema por meio de raciocínio dedutivo, com vertente metodológica jurídico-teórica, alicerçando-se na análise de doutrinas e artigos relacionados ao tema proposto.

Palavras chave: consumo; instrumentalidade; responsabilidade social;

INTRODUÇÃO

As mudanças de paradigmas sociais e culturais impactam diretamente nas relações de produção e de consumo, exigindo das empresas capacidade de adaptação para manutenção da relevância no mercado.

Quando um determinado agente empresarial implementa novos métodos de produção ou de relação social, como, por exemplo, menor impacto ambiental, compliance, interação e venda em ambiente digital, gera, ao mesmo tempo, um diferencial momentâneo para si e um novo padrão que será exigido dos demais fornecedores.

É preciso avaliar a interação entre consumidores e empresas, para verificar se o agir do consumidor, em opinar e fazer escolhas de consumo consciente, é capaz interferir na ética e na dinâmica empresarial.

Propõe o presente estudo entender se, na atual sociedade de consumo, a mudança na consciência do consumidor e o exercício de valores no ato da compra, é capaz de alterar o comportamento no meio empresarial. Se a interação dada entre *stakeholders* e empresa se dá verticalmente ou horizontalmente, ou seja, se nas relações de consumo os consumidores são regidos pelas empresas, que os influenciam com estratégias e tendências, ou se existe espaço para que o consumidor também contribua para a dinâmica do mercado e a ética empresarial?

O objeto deste estudo, portanto, é analisar as modificações decorrentes dos novos modos de interação entre empresa e consumidor, questionando se o consumidor, por meio das escolhas de compra e atuação nas mídias sociais, é capaz de impactar a ética empresarial. Para tanto, será utilizado como recurso metodológico a análise de textos filosóficos e jurídicos. Do ponto de vista do procedimento técnico, a pesquisa será bibliográfica e documental, contando com fontes primárias e secundárias.

1. A inovação e a dinâmica da relação de consumo

A atividade produtiva desenvolveu-se de maneira peculiar no passado mais recente de sua história. As revoluções tecnológicas modificaram a relação do homem com a natureza, trazendo os reflexos que experimentamos atualmente, de um lado o aumento do conforto, melhoria das condições de vida e o aumento da produção, mas, de outro, vieram os impactos da industrialização, a intensa concentração de pessoas em metrópoles e a criação de novas necessidades de consumo.

As ondas da "destruição criativa" descrita por Joseph Schumpeter ocorrem cada vez em ciclos menores, tornando obsoletas as tecnologias há pouco criadas e gerando novos produtos, novas compras, novas necessidades.

> O impulso fundamental que põe e mantém em funcionamento a máquina capitalista procede dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados e das novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista. (SCHUMPETER, 2020, p. 120).

A economia de consumo depende de um fluxo contínuo de trocas, de circulação de valores, seja na forma de produtos, seja de serviços. Esta perspectiva fez com que as empresas se utilizassem de novas estratégias para alcançar resultados. A fabricação de produtos em massa e a oferta de serviços em série, de forma padronizada, em alta escala e a custos reduzidos, permitiram que as grandes empresas moldassem os consumidores para que estes se adequassem àqueles produtos e serviços. No entanto, o acesso a uma gama maior de bens não assegura sua qualidade, quanto menos a satisfação do consumidor com o resultado da atividade empresária.

A complexidade envolvendo o processo de desenvolvimento produtivo não é linear e não conduz necessariamente a níveis maiores de satisfação dos consumidores, pelo contrário. Schumpeter demonstra que a visão de que o próximo passo sempre conduz a um lugar melhor em termos econômicos está fundamentalmente equivocado. Isto porque, segundo o autor, a cada onda de desenvolvimento cria-se coisas novas e se destrói coisas antigas, contudo, pode-se destruir coisas boas e criar coisas ruins. Assim, a análise deve ser ampla sobre os fatores e observados, para além dos indicativos econômicos relativos à produção e extensa no sentido temporal, considerando a mudança em um período de décadas ou séculos. Observar as mudanças do capitalismo de maneira diferente gera uma análise recortada da realidade, restringindo as conclusões à planificação econômica e a momentos específicos da história.

> [...] os itens do orçamento do operário, digamos de 1760 a 1940, não cresceram de maneira simples ao longo de linhas invariáveis, mas sofreram também um processo de transformação qualitativa. Similarmente, a história da aparelhagem produtiva de uma fazenda típica, desde os princípios da racionalização da rotação das colheitas, da lavra e da engorda do gado até a agricultura mecanizada dos nossos dias — juntamente com os silos e as estradas de ferro — é uma história de revoluções, como o é a história da indústria de ferro e aço, desde o forno de carvão vegetal até os tipos que hoje conhecemos, a história da produção da eletricidade, da roda acionada pela água à instalação moderna, ou a história dos meios de transporte, que se estende da antiga carruagem ao avião que hoje corta os céus. A abertura de novos mercados, estrangeiros e domésticos, e a organização da produção, da oficina do artesão a firmas, como a U.S. Steel, servem de exemplo do mesmo processo de mutação industrial — se é que podemos usar esse termo biológico — que revoluciona incessantemente a estrutura econômica a partir de dentro, destruindo incessantemente o antigo e criando elementos novos. Este processo de destruição criadora é básico para se entender o capitalismo. E dele que se constitui o capitalismo e a ele deve se adaptar toda a empresa capitalista para sobreviver. (SCHUMPETER, 2020, p. 121).

O avanço tecnológico fez com que estes ciclos revolucionários ocorressem em períodos menores, aumentando a velocidade da destruição e criação. Não bastasse a rapidez, a inovação também modificou a interação social de maneira disruptiva. Os processos de inovação são puxados pela concorrência, pois, aos *players* cabe criar novidades e vendê-las, sob pena de não o fazendo, perder espaço de mercado. A ânsia decorrente deste contexto impulsiona a uma produção desenfreada e sem ponderação. Move-se até a próxima onda sem ao menos investigar quais as consequências do passo que será dado. A rigor, o olhar sobre este processo contínuo de transformação não conta com a reflexão que deveria, não se observa os contornos normativos que acompanham as transformações, ou seja, não se pensa acerca de como a inovação modificará o direito e os reflexos para a dinâmica social. Esta realidade causa dificuldades como as que este estudo se propõe a refletir.

O advento da internet alterou sobremaneira como, quando e porquê as pessoas conversam umas com as outras. Como explanado anteriormente, o evento gera infindáveis repercussões, portanto, propõe debruçar sobre as consequências especificamente relacionadas com a relação de consumo no ambiente virtual.

As empresas se estabelecem formando um *pool* de consumidores ansiosos pela experiência da compra proporcionada pelo novo produto. As técnicas empresariais desenvolveram-se para além do chão-de-fábrica e passaram a contar com conhecimentos complexos voltados a perceber o comportamento do consumidor e, assim, conquistá-lo, fidelizá-lo e mantê-lo.

As empresas multinacionais conseguiram fazer seus produtos e serviços superarem características culturais e individualidades regionais, estabelecendo uma padronização quase global, onde o mundo inteiro se abastece dos mesmos fornecedores.

A eclosão das mídias sociais alterou significativamente a interação entre a empresa e seus *stakeholders*, facilitando a comunicação, ao passo que, tornou obrigatória a permanência da empresa no ambiente virtual, disponibilizando-se para esta nova maneira de dialogar. A internet tornou-se ferramenta obrigatória para o desenvolvimento das atividades produtivas. Com isto, sedimentou-se um local de comunicação no qual a empresa foi forçada a se expor à comunicação, posicionando-se em situações problemáticas, aderindo a movimentos sociais e utilizando de valores para se identificar com seus consumidores.

A empresa que normalmente se apresentou como imparcial e voltada à persecução de objetivos econômicos em sua essência, em alguma dessas ondas disruptivas enxergou nos valores de seus *stakeholders* uma forma de ganhar mais espaço no mercado. Entender os postulados dos consumidores e da sociedade na qual se situa pode gerar benefícios competitivos às empresas, no entanto, abrir-se para o diálogo com a sociedade pode gerar resultados inesperados.

2. A presença das empresas nas mídias sociais

A publicidade ganha cada vez mais complexidade. Estampar revistas e jornais, estar na televisão e no outdoor já não é mais suficiente para alcançar grande parte do público consumidor, que, hoje, passa a maior parte do tempo na internet. As empresas entenderam que a revolução da internet passou a exigir a sua presença também nesse ambiente virtual.

Conquistar seguidores passou a ser uma prioridade, pois, o mundo digital traz para as empresas novos desafios e oportunidades. Na internet, há uma mudança no tradicional método de publicidade, tendo instrumentos de alcance de consumidores que são muito mais precisos e segmentados do que as mídias de outrora. E quanto mais o consumidor se insere nesse ambiente virtual, melhor ele é compreendido, alcançando-se cada vez mais detalhes e informações que permitem até a previsão de suas compras, segundo seus perfis de consumo.

Em contrapartida, ao utilizar a internet e as ferramentas sociais para estabelecer canais de comunicação, as empresas se expõem a um novo modelo de interação com o consumidor, pois são ambientes públicos, não regidos pelas empresas, e que permitem aos consumidores reagir de forma pública, imediata e direta com o fornecedor.

Ilca Sierra, Diretora de Marketing do grupo Via Varejo, abordou no programa Código Aberto a necessidade da presença das empresas no ambiente virtual, em especial nas redes sociais, citando, como exemplo o caso da persona digital LU, do Magalu, *case* de sucesso da empresa Magazine Luiza, assim como o CB, o mascote virtual criado pelas Casas Bahia, como sendo a aposta do grupo Via Varejo para alcançar consumidores na internet (SIERRA, 2020).

A tendência de utilização de personas digitais é uma provável crescente, pois, em sendo um personagem fictício, uma criação computacional, tem-se uma ferramenta de marketing capaz de interagir com os consumidores em

perspectivas controladas, ao contrário do que acontece com artistas, atletas e influenciadores digitais que, com suas condutas pessoais, não controláveis pela empresa, podem ocasionar incidentes que denigram a marca por eles representada.

As empresas utilizam-se das personas digitais para estimular empatia com consumidores e marcar sua presença no ambiente virtual. Segundo Ilca Sierra, "você ter uma presença nas redes sociais que vai engajar com sua comunidade é fundamental, deixa de ser um *nice to have* e passa a ser um *must have*". Esse movimento se constrói de diversas formas, dentre elas a criação de uma persona digital, destacando a necessidade de "ter nas mãos personagens para você transformar em *brand* personas, que são personagens que falam e fazem em nome da marca, e que são a marca falando, isso é muito poderoso", como é o caso do CB, mascote virtual das Casas Bahia, criado para interagir diretamente com o público consumidor, "ele é um carinha todo antenado e já é o nosso influenciador, que está postando em nome das Casas Bahia. Chega com esse papel de dar sustentação para os três pilares: sustentabilidade, inclusão e tecnologia". (SIERRA, 2020)

A mudança na dinâmica do mercado de consumo é evidente, pois se os consumidores têm passado horas do seu dia navegando em redes sociais, é natural que as empresas se façam presentes nesse ambiente.

3. O agir do consumidor e a ética empresarial

O consumo, ao longo dos anos, tem evoluído nos mais diversos sentidos: em volume, em complexidade e em capilaridade, fato que exige dos fornecedores melhora na capacidade de adaptação para manter-se ativo e mercadologicamente relevante.

Num mercado complexo e dotado de múltiplos *players*, ao fornecedor não basta simplesmente ter um bom produto ou serviço para oferecer. A expectativa do consumidor vai além, é preciso criar conexão e desenvolver relacionamento.

Torna-se fundamental investir em gerência de relacionamentos corporativos, para que as empresas sejam capazes de se posicionar a altura das exigências e das expectativas dos consumidores, nessa nova ordem dos negócios (DOM, 2011).

As empresas precisam adequar as ofertas aos interesses, necessidades e possibilidades do público consumidor ao qual se dirige, o que é chamado de *suitability*. Deve ter mecanismos de aferição do efetivo alcance do desejável equilíbrio dessa relação, chamado *accountability*. E agir com transparência, boa-fé e equilíbrio, em todas as fases da relação. São práticas que, em sentido amplo, sintetizam os mais elevados valores capazes de embasar relacionamentos e que demandam uma visão institucional efetivamente comprometida. (SANTOS, 2016)

O espaço de fala entre consumidores e fornecedores foi ampliado com o surgimento de teorias que visavam atender os interesses de quem estava fora dos muros da empresa. Conhecido por cunhar o termo *stakeholder*, Edward Freeman, buscou compreender a geração de valor pela atividade produtiva sob a perspectivas de suas relações.

> A ideia básica de criar valor para os stakeholders é bastante simples. Negócios podem ser entendido como um conjunto de relações entre grupos que têm interesse nas atividades que compõem o negócio. Negócios são sobre como clientes, fornecedores, funcionários, financiadores (acionistas, detentores de títulos, bancos, etc.), comunidades, e os gerentes interagem e criam valor. Para entender um negócio é para saber como funcionam essas relações. E o executivo ou empresário trabalho é administrar e moldar esses relacionamentos (FREEMAN AT. ALL, 2010, p. 24, tradução livre).

A interpretação que se faz do texto acima é que, independentemente de anuir com a ética empresarial, a geração de valor pela empresa depende de suas relações, logo, não cuidar destas interações pode fazer com que ela se desvalorize. A relação da empresa com seus consumidores encontra especial destaque nesta proposição, isto porque, casos isolados de vício no produto ou de falha na prestação do serviço podem influenciar na escolha de outros consumidores. Além disso, cediço que a interação entre as empresas e consumidores ocupa importante papel na construção e na solidificação da marca, refletindo, consequentemente, nas suas vendas, o que deve chamar a atenção da empresa.

A reflexão sobre a responsabilidade social da empresa (RSE) busca equacionar pelo que a empresa responde, quais suas obrigações frente aos interessados em sua atividade. Diversas são as maneiras de discutir a responsabilidade da empresa, contudo, para o presente estudo é interessante entender a empresa como ator comunicativo, posição esta que demanda da

empresa colocar-se frente aos seus diversos *stakeholders* e à sociedade para assumir compromissos e justificar suas atitudes.

> Consegue-se situar a empresa em uma nova esfera de responsabilidade, passa-se de uma perspectiva em que tudo é admitido em busca do lucro e do progresso econômico, para um momento posterior, onde as consequências são medidas e apuradas e, ainda, dirigem-se tais externalidades como um problema a ser enfrentado pelos gestores. Esta primeira pergunta também trata a empresa como um agente, mesmo que na figura de seus dirigentes, a proposição nela contida torna a atitude passível de questionamento. Neste contexto a empresa passa a ser considerada um ator performativo, o que implica, remetendo ao agir comunicativo, que é possível ela se comunicar, justificando suas atitudes e, mais importante, que também está sujeita à linguagem e ao entendimento (DEMICIANO, 2018, p. 71)

O estudo envolvendo a responsabilidade social da empresa e o agir comunicativo do filósofo Jürgen Habermas interessa à relação de consumo e a interação virtual entre empresa e consumidor na medida em que permite situar a empresa como ator performativo, que, por meio de linguagem, visa o entendimento com os consumidores. Na comunicação com os consumidores a empresa utilizaria a *racionalidade comunicativa* que, diferentemente da *racionalidade instrumental*, voltada a persecução de objetivos, busca o entendimento. Esta condição para a comunicação da relação de consumo esbarra no problema percebido por Habermas, que é a primazia da razão instrumental sobre a razão comunicativa e no distanciamento das empresas, situadas em sistemas, longe do mundo da vida, onde se encontram os pressupostos necessários para o entendimento. Este distanciamento sugere que empresa e consumidores busquem as redes sociais com objetivos diferentes, bem como que racionalmente compreendam a interação de maneira distinta, o que pode inviabilizar o entendimento, necessário para que se progrida eticamente[1].

A comunicação entre empresa e consumidor perpassa pelas situações problemáticas envolvendo os casos de consumo, neste caso, o entendimento seria resultado da compreensão mútua dos envolvidos, fazendo com que o consumidor compreenda as dificuldades para que a empresa atenda a seus postulados e, sobretudo, que a empresa esteja disposta a receber as reclamações dos consumidores e respondê-las satisfatoriamente.

[1] A relação entre ética empresarial e o agir comunicativo de Habermas pode ser melhor compreendida em DEMICIANO, 2018.

Ao levar a problemática de geração de valor por meio da relação com consumidores para o ambiente digital, tem-se uma peculiar interação. Se antes um consumidor insatisfeito faria pequeno dano à imagem da empresa, hoje, este mesmo consumidor possui potencial muito maior de reduzir o valor da companhia. Nesse ínterim, as ferramentas de interação com o consumidor foram forçadas a se moldar à realidade da internet. Se o termômetro do fornecedor já foi o bate-papo com seu cliente, hoje, a governança corporativa possui novas ferramentas, como ouvidorias, serviços de atendimento ao consumidor e, é claro, as mídias sociais.

Se as reclamações e sugestões eram endereçadas a ambientes controlados pela própria empresa, após a abertura para a comunicação nas mídias sociais, surgiu um espaço em que consumidores interajem diretamente e questionem não somente sobre os produtos, a sua fabricação e suas característica, mas também polemizem atitudes tomadas pela empresa, como o fechamento de fábricas ou o tom adotado na publicidade, quando esta se choca aos valores de determinado consumidor. Para bem e para mal, o ambiente digital potencializa a visibilidade da empresa, que gera, de um lado, a expansão da marca, mas também a submete ao rígido crivo dos consumidores, que reagem prontamente. As atitudes da empresa, portanto, ganharam visibilidade neste cenário, repercutem de modo contumaz em seus resultados, inclusive negativamente.

A grande dificuldade de a empresa se posicionar no ambiente digital é a expectativa gerada em seus consumidores pelos compromissos assumidos publicamente. Como salientou Stuart Mill "quando uma pessoa, seja por conduta ou por promessa explícita, encoraja outra a confiar que continuará agindo de certa maneira – encoraja-a a criar expectativas e cálculos e a alicerçar alguma parte de seu projeto de vida sobre tal suposição –, nasce uma nova série de obrigações morais de sua parte em relação àquela outra pessoa que talvez até possam ser invalidadas, mas não podem ser ignoradas" (MILL, 2016, p. 157). Esta série de obrigações morais aproximam as empresas de seus consumidores, gerando uma correspondência de valores, uma identificação capaz de criar um diferencial competitivo, haja vista que o consumidor tende a optar por empresas que comunguem de seus valores, contudo, não cumprir com estas promessas pode gerar significativa perda de valor e consequentemente o declínio da reputação da corporação.

Quando da edição do Código de Defesa do Consumidor, o legislador pensou em uma ferramenta para permitir uma postura ativa do consumidor,

idealizado através da divulgação, pelos órgãos de defesa do consumidor, de listas de reclamações contra os fornecedores. Com base nesses dados, cada consumidor poderia previamente julgar a índole de certo fornecedor, segundo essas listas, antes de vincular-se a uma ou outra empresa.

O artigo 44 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) traz a citada espécie, que se parece com o SPC e o Serasa, mas invertido, onde os consumidores consultam informações dos fornecedores e não o contrário. (BRASIL, 1990)

Todavia, referida disposição não obteve a efetividade esperada, não tendo a consulta a órgão de defesa do consumidor, antes de uma compra, alcançado o hábito dos consumidores, pois, segundo Orlando Celso Silva Neto (2013), embora seja possível perceber uma evolução dos dados do cadastro, sua consulta ainda é difícil e nem todos os órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor alimentam constantemente o banco.

De outro lado, sites privados como o *reclameaqui.com.br* e publicações em redes sociais têm se expandido e ganhado significativa visibilidade e participação na tomada de decisão do consumidor.

Aliás, avaliações de consumidores a estabelecimentos comerciais em redes sociais e em sites especializados chega a impactar em 9% a renda das avaliadas. (MOTHERSBAUGH, 2019, p.105) Por isso as empresas têm redobrado o cuidado com sua postura na internet e observado atentamente os anseios, reclamações e elogias postados nas mídias digitais.

O poder do consumidor de impactar uma empresa através das mídias sociais fica claro ao relembrar o caso do vídeo postado por Dave Caroll, que teve seu violão destruído, após ser arremessado por funcionários da United Airlines ao descarregar a aeronave. Quatro dias após a publicação do primeiro vídeo, o preço das ações da United Airlines caiu 10%, atingindo uma perda de U$ 180 milhões. Esse fato impactou na revisão das condutas de trabalho pela empresa. (MOTHERSBAUGH, 2019, p.128)

No cenário atual, parece muito clara a força do consumidor para moldar e transformar os perfis das empresas, de modo antes impensável. Acelera-se o processo de transição entre o modelo no qual os consumidores são obrigados a adaptar-se às ofertas e ruma-se a outros desenhos de negócio, onde o poder está nos consumidores de refutar o que não lhes atende, de tal modo que investimento

em estruturas qualificadas de interação com seus públicos tornam-se efetivos espaços de cocriação de valor entre esses agentes. (SANTOS, 2016)

Ao abordar a capacidade de influência do consumidor na dinâmica empresarial, mister destacar o conceito de *prosumer*, um termo cunhado por Alvin Toffler, no livro *The Third Wave*. É a junção das palavras *producer* (produtor) e *consumer* (consumidor) e significa o atuar ativo do consumidor, que, além de consumir, propaga a sua compra, de maneira positiva (ou não), tornando-se um agente fundamental na criação de ideias úteis e no entendimento das tendências de consumo, pois são consumidores proativos e dinâmicos (MARQUES, L. K. S.; VIDIGAL, 2018, p.4)

Na era digital, a opinião do consumidor propagada nas redes sociais ganha relevância, um vício na construção do produto, uma falha no atendimento, ou qualquer erro, que outrora passaria despercebido, hoje, no ambiente das redes sociais, pode ganhar repercussão capaz de ruir toda a imagem construída pela empresa ao longo de anos.

4. Dos posicionamentos das marcas

A inovação transformou o processo de venda. Com a internet, os acordos ocorridos entre olhares, o tradicional aperto de mão e, até mesmo, a assinatura em papel deixaram de ocorrer, a confiança da marca foi transplantada para as associações feitas à imagem que a empresa constrói através das múltiplas mídias. O atleta de futebol, a atriz e a maquiadora foram os primeiros a serem utilizados para agregar valor à imagem da empresa, até que a mudança causada pela geração de conteúdo on-line nas diferentes plataformas abriu espaço para novos intermediadores entre a empresa e seus clientes: os influenciadores digitais e as personas digitais.

O consumidor busca identificar-se com a marca que consome, de modo a estimular aquele agente que se alinha a sua visão, motivo pelo qual, sustentabilidade, responsabilidade social, engajamento cultural e demais formas de promoção de boas condutas deixaram de serem vistas como custos e tornam-se verdadeiros investimentos e diferenciais empresariais.

A conexão dos consumidores com determinadas empresas se desenvolve em tamanha profundidade que passa a demandar, inclusive, um

posicionamento político e social que seja alinhado àquele adotado pelo próprio consumidor, especialmente em momentos de crise ou de polarização social.

Muitos consumidores têm deixado de consumir de determinadas marcas, assim como passam a preferir consumir de outras, a depender do posicionamento de tais empresas e, até de seus funcionários ou representantes.

Num contexto social polarizado, o posicionamento de uma empresa para um lado ou outro do debate pode, ao mesmo tempo, atrair e espantar consumidores, angariando aqueles que se alinham ao referido ideal e afastando os que adotam a visão contrária.

A chamada "cultura do cancelamento" passa a ser estendida e a alcançar empresas. Na sua gênese, este "cancelamento" surgiu associado ao movimento #MeToo, quando da série de denúncias de assédio sexual que assolou Hollywood em 2017. Na época, a intenção era ostracizar agressores, exigindo a responsabilização pelos seus atos, mas não demorou até que os cancelamentos se multiplicassem. Em 2018, uma reportagem do New York Times com o título *Everyone Is Canceled* relatava o crescimento do movimento. A tendência passou a um fenômeno viral e, em 2019, foi tema central em várias discussões sobre redes sociais e media digitais (SALDANHA, 2020).

A "cultura do cancelamento" se expressa principalmente nas redes sociais e envolve uma iniciativa de conscientização e de interrupção do apoio a um artista, político, empresa, produto ou personalidade pública após a demonstração de algum tipo de postura considerada inaceitável. As atitudes que geram essa onda podem ter cunho ambiental, social, ideológico ou comportamental. (DEMARTINI, 2019)

O impacto das redes sociais na propagação de marcas e de ideias é significativo. De fato, muitas empresas perceberam ser mais efetivo divulgar em mídias sociais do que em canais ortodoxos de comunicação, como as publicidades em revistas e na TV. Diversas marcas têm preferido investir em perfis nas redes sociais ou associar-se a influenciadores digitais, como principal meio de propagação midiático.

Essa nova abordagem das empresas, de um lado, gera fortes laços de conexão com seu público, além de ampliar os canais de comunicação ativa e passiva com seu público. Todavia, é preciso cuidado, tanto com o conteúdo que é veiculado, como nas escolhas daqueles que representam a marca, pois a imagem

daquela pessoa poderá ser diretamente associada com os ideais da marca que a patrocina.

É possível citar o caso da influenciadora digital Gabriela Pugliesi que, durante o isolamento social da pandemia do COVID-19, promoveu uma festa em sua casa e postou o evento em suas redes sociais. Muitos consumidores cobraram uma posição das marcas que se associavam a ela e isso resultou no encerramento de diversas parcerias, que decidiram não ter mais as suas imagens vinculadas àquela influenciadora. (ROSA, 2020)

As vozes das redes sociais têm enfrentado antigas normalidades, como a tolerância a atos de racismo, a piadas machistas, a bullying, etc. e o mesmo se estende às antigas relações entre empresas e consumidores. A antiga formatação mudou, é preciso se adaptar.

O comportamento de uma opinião pública negativa em relação a uma empresa, a um político ou uma figura pública, é quase sempre o mesmo. Primeiro, há a perda de confiança, as pessoas deixam de acreditar naquela marca, produto ou personalidade; segundo, se é uma empresa, perdem-se clientes ou volumes de negócios; em terceiro lugar, há uma popularidade às vítimas ou aos erros, podendo atingir, até mesmo, dirigentes e demais pessoas relacionadas com a empresa. Por isso, a opinião pública é tão importante (SALDANHA, 2020).

Em linhas gerais, esta "cultura do cancelamento" acaba por ser uma forma de boicote virtual. A dinâmica, em regra, é a seguinte: uma pessoa/marca/grupo é acusada de fazer/dizer alguma coisa que é vista como errada ou problemática pelos usuários nas redes sociais. As marcas, mais do que nunca, hesitam em celebrar contratos com influenciadores que estão envolvidos em polêmicas, pois poderá verter um risco para a própria imagem da marca, que acabará ser associada àquele ato. (MOREIRA, 2019)

Mas as sanções oriundas da "cultura do cancelamento" também já se reverteram em transformações positivas, e empresas podem sair fortalecidas de tal experiência, quando aproveitam o momento para canalizar o incidente numa ação de transformação efetiva de pensamento e atitude, tal como a situação vivida pela Skol, que efetivamente mudou seu posicionamento publicitário após uma campanha de Carnaval ser combatida nas redes sociais (OLIVEIRA et al., 2020).

Para evitar as surpresas no agir de artistas, celebridades e influenciadores digitais, algumas empresas têm investido na criação de suas próprias personas digitais, pois, com tais personagens virtuais "você poder ter essas figuras que são

queridas do público sendo porta vozes, trabalhando em prol da marca, isso é muito poderoso, pois gera uma conexão emocional, afetiva". Ao ter um personagem que representa a marca interagindo diretamente com o consumidor, cria-se conexão e engajamento nas redes sociais e hoje em dia é muito poderoso. (SIERRA, 2020)

E as formas da empresa manifestar seu posicionamento não se limita àquelas pessoas que patrocina ou ao que diz o seu personagem, mas, grandes empresas, como Coca-Cola, Unilever, Starbucks e Disney, também posicionaram-se reduzindo investimentos em anúncios em determinadas redes sociais, como forma de protesto contra tais plataformas que, na visão dessas empresas, além de não agirem para combater o discurso de ódio e as políticas de desinformação, acabam até estimulando, portanto, as citadas marcas aderiram ao movimento denominado Stop Hate for Profit, em apoio a grupos que lutam em prol dos direitos civis. (ALVES, 2020) (FIORE, 2020)

O cenário atual demanda um agir multinível e complexo das empresas, pois não basta simplesmente produzir e vender, mas, para manter-se ativa e relevante é preciso enfrentar a nova dinâmica social e participar ativamente das relações sociais.

CONCLUSÃO

Desde a Revolução Industrial, o desenvolvimento tecnológico tem proporcionado profundas alterações nas relações de consumo. Em uma sucessão de ondas da destruição criativa, significativas mudanças foram observadas no comportamento de quem produz e de quem consome. O advento da internet propiciou uma mudança inédita: a participação ativa do consumidor na fiscalização do fornecedor. Até então cabia às empresas a obrigação de atender às leis, normativas e regulamentações, tendo de responder, basicamente, ao Estado, mas, com o aprimoramento dos meios de comunicação e a entrega imediata de informações nas mídias sociais, criou-se um espaço para que o consumidor possa externar sua opinião sobre o comportamento empresarial.

Em um destes rompantes de inovação, a eclosão das mídias sociais alterou significativamente a interação entre a empresa e os consumidores, impactando a dinâmica de interação, de comunicação e de marketing. A internet propiciou um canal direto entre consumidores e empresas implementando uma

espécie de interação que outrora não existia. Por um lado, tornou-se obrigatória a permanência da empresa no ambiente virtual, que deve aderir a esse novo modo de dialogar com o público. Por outro lado, a proximidade com o consumidor nesse ambiente público e amplamente acessível, expõe a empresa a novos desafios, como a necessidade de posicionar-se em situações problemáticas, utilizando de valores para se identificar com seus consumidores.

Essa personificação da empresa nas mídias sociais a expõe aos postulados dos consumidores, que não somente buscam respostas para os problemas decorrentes do consumo. As estratégias de marketing perceberam que identificar e se associar a valores dos consumidores pode aumentar a relevância da empresa, gerando valor. Essa correspondência valorativa, no entanto, criou uma linha reta em que a franqueza das redes sociais atinge contundentemente a empresa, gerando uma incômoda situação de ter seus erros expostos a controle. A demanda reprimida de postulados dos consumidores encontrou no gargalo da internet a vazão que precisava para exteriorizar a insatisfação e, como resultado, a empresa se viu obrigada a se posicionar. A novidade se impôs de maneira algoz fazendo cair o valor de mercado de ações pelo simples posicionamento de seus gestores ou com a eclosão de casos sensíveis, não deixando dúvidas sobre o impacto que a opinião advinda das mídias pode causar à reputação da empresa.

Não resta dúvida que o espaço criado pelas redes sociais aos consumidores gera impacto na atividade da empresa, contudo, no presente momento não é possível afirmar quais os resultados definitivos desta realidade. Sabe-se que a empresa goza de especial capacidade de apreender as novas realidades, racionalizá-las e diminuir seu potencial de transformação, pois é conhecida a capacidade da empresa de instrumentalizar o potencial comunicativo de modificações havidas na sociedade como esta. Assim, sabendo que a transformação ética que se espera no agir empresarial demanda de contínuo esforço daqueles que possuam interesses divergentes, nota-se que a transparência e a publicidade decorrentes do advento das mídias sociais são favoráveis à persecução deste fim.

A dúvida manente é se a alteração ocorrida nas relações de consumo é suficiente para aproximar a empresa do entendimento com seus *stakeholders*. Para esboçar uma resposta, considera-se que, diferentemente do percebido em outros trabalhos em que se constatou que a empresa desenvolveu uma ética funcionalista, no presente estudo percebemos que jogam a favor da ética a publicidade e a necessidade inexorável de resposta, ainda que pensada com a

finalidade de contingenciar o dano que a exposição possa causar. Tal contexto força a empresa a responder às requisições da internet, para isto, ela precisa, mesmo que sucintamente, voltar-se para os pressupostos comunicativos presentes no mundo da vida no afã de se fazer entender. Com este passo, acredita-se estar caminhando rumo a uma empresa mais ética, pois, ao adotar uma promessa explícita cria-se um vínculo de confiança alicerçado em obrigações morais assumidas pela empresa perante seu público e, romper com tal compromisso ocasionará uma sanção contumaz em rebaixar o valor da empresa. Tal movimento independe do ordenamento jurídico, é célere e incontrolável, o que notadamente se torna uma preocupação contínua da empresa para evitar ser "cancelada". Esta atenção em compreender o que a voz contida nas redes sociais espera da empresa é favorável para que ela exerça os valores que se comprometeu a dividir.

Há diversas situações que fogem do presente estudo que podem gerar conclusões sobre a capacidade da empresa de cooptar o lampejo de eticidade percebido, apropriando-se da possibilidade de comunicação e a neutralizando - e há grande probabilidade que isto ocorra em maior ou menor medida, no entanto, estudá-las extrapola o assunto delimitado na pesquisa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Soraia. Disney também adere a boicote das redes sociais com redução de anúncios no Facebook e Instagram. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hlidEf>. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. 1990

DEMARTINI, Felipe. A "cultura de cancelamento" foi eleita como termo do ano em 2019. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2J6u3qB>. Acesso em: 06 jun. 2020.

DEMICIANO, Diego. Ética nos Negócios Jurídicos: a análise da responsabilidade social da empresa por meio da teoria da sociedade de Habermas. Monografia (Mestrado em Direito Negocial) - UEL. Londrina, p. 92. 2018.

DOM Strategy Partners. O que são Ativos Intangíveis e Como Geram Valor às Empresas. 2011. Disponível em < https://bit.ly/3fFN7Yg>. Acesso em: 24 mai. 2020.

FREEMAN, et. al. Stakeholder Theory: The State of the Art. Cambridge, UK. 2010.

FIORE, Matheus. Contra discursos de ódio, gigantes como Coca-Cola e Starbucks suspendem publicidade nas redes sociais. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hmUJyF>. Acesso em: 20 jul. 2020.

GREGORI, Maria Stella. Responsabilidade das empresas nas relações de consumo. in: Revista de Direito do Consumidor. vol. 62/2007. p. 162-171.

MARQUES, L. K. S.; VIDIGAL, F. Prosumers e redes sociais como fontes de informação mercadológica: uma análise sob a perspectiva da inteligência competitiva em empresas brasileiras. Transinformação, v. 30, n. 1, p. 1-14, 2018.

MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L&PM, 2016.

MOTHERSBAUGH, David L. Comportamento do consumidor: construindo a estratégia de marketing. Del I. Hawkins; tradução Paula Santos Diniz. 13. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2019.

MOREIRA, Joana. Estado: Cancelled. Vogue Portugal. 01 jul. 2019.

OLIVEIRA, Camilla et al. Como a cultura do cancelamento pode prejudicar sua marca? Disponível em: <shorturl.at/auEJK>. Acesso em: 25 maio 2020.

ROSA, Natalie. O que é cultura do cancelamento? O que significa nos mundos real e digital? Disponível em: <https://canaltech.com.br/comportamento/o-que-e-cultura-do-cancelamento> Acesso em: 06 jun. 2020.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. Ouvidorias: aprimorando a governança, prevenindo conflitos, melhorando relacionamentos e construindo sustentabilidade. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 73/2016. p. 95 - 117. Jul - Set. 2016

SALDANHA, Ana. Ctrl + alt + delete: o fenómeno da cultura do cancelamento. Disponível em: <https://www.gqportugal.pt/cultura-do-cancelamento> Acesso em: 07 jun. 2020.

SIERRA, Ilda. Código Aberto | EP37. Ilca Sierra, Diretora de Marketing, Via Varejo. Disponível em: <https://www.b9.com.br/shows/codigoaberto/> Acesso em 19 nov. 2020.

SILVA NETO, Orlando Celso. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2013

SCHUMPETER, Joseph A.. Capitalismo, Socialismo e Democracia (Coleção Economia Política) . Lebooks Editora. Edição do Kindle.

LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO NO MARANHÃO: o que pode ser feito?

Mylla Maria Sousa Sampaio
Universidade Federal do Maranhão, Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, São Luís, Brasil, mmssampaio@tjma.jus.br.

Monica Teresa Costa Sousa
Universidade Federal do Maranhão. Professor Associado, Departamento de Direito, São Luís, Brasil, monica.teresa@ufma.br.

Resumo: O presente artigo propõe analisar as principais normas oriundas do Poder Legislativo no âmbito do Estado do Maranhão que versam sobre combate à corrupção e *compliance* pós-2015, marco temporal escolhido em razão da mudança de administração estadual e que trouxe impactos positivos em termos de transparência mediante esforços do Poder Executivo. Não foi encontrada nenhuma lei inovadora e capaz de ser considerada um marco desse novo cenário e, por isso, se sugere a criação de uma proposta de emenda à Constituição e dois projetos de leis ordinárias que possam contribuir para a probidade no âmbito das contratações públicas no Maranhão e mitigar os efeitos devastadores da corrupção no Estado. Usou-se como técnica metodológica a revisão bibliográfica e pesquisa documental.

Palavras-chave: Corrupção. Compliance. Maranhão.

INTRODUÇÃO

Do legado ateniense ao republicanismo moderno, entende-se república como um governo exercido por muitos em prol do bem comum, da preservação daquilo que pertence a todos. Para Cenci, Burmann e Baú (2019), a natureza constitutiva da *polis* enquanto espaço público de todo cidadão comprometido com o bem comum subjaz, inclusive, no ideário republicano contemporâneo. Nesse sentido, um entendimento maquiavélico vê o bom senso como meio de convergência ao acesso da liberdade e do bem comum a todos os indivíduos, de modo a evitar que quaisquer posições sociais se sirvam do poder em benefício próprio. A corrupção, dessa maneira, aflige esse fundamento e leva o homem a um estágio autodestrutivo.

O estado de coisas ilegais no âmbito da Administração Pública brasileira é alarmante, como demonstrado pelo Índice de Percepção da Corrupção – IPC

idealizado pela Transparência Internacional em 2018, que em uma análise que envolveu cento e oitenta países, o Brasil ocupou a centésima quinta posição, tendo alcançado seu pior desempenho desde o ano de 2012 e figurando entre as nações mais corruptas do mundo (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2018), o que sugere estar incluído entre aquelas nações que padecem de corrupção sistêmica e essa constatação impacta os Estados menos desenvolvidos do país, como o Maranhão.

Não se pode negar que o Brasil tem empreendido esforços, pelo menos de modo aparente, modificando legislações ordinárias e prevendo punições penais, civis e administrativas mais severas para os crimes de corrupção, a exemplo da Lei Federal nº 12.846 de 2013 (Lei Anticorrupção) que foi um grande avanço na responsabilização de pessoas jurídicas e inaugurou a adoção de programas de integridade nas empresas (*compliance*) como atenuador das possíveis sanções impostas.

O *compliance* tem potencialidade para ser de grande valor na prevenção da corrupção e, não sendo essa uma matéria de natureza penal, é perfeitamente possível que os Estados da Federação legislem nesse sentido. Dessa forma, pergunta-se: considerando que os índices de desenvolvimento humano do Maranhão melhoraram nos últimos anos e sendo as ações em transparência centrais para a obtenção desses resultados, existem leis ordinárias maranhenses que versam sobre combate à corrupção e *compliance* que podem ser elencadas como marcos desse cenário atual do Estado? Com amparo na revisão bibliográfica sobre corrupção e boas práticas de gestão pública e privada, buscou-se identificar leis sobre o tema, mas nada foi encontrado. Então, o que pode ser feito? Para responder a essa pergunta, é necessário explicar o que é *compliance*, analisar o estado de coisas ilegais no âmbito da Administração Pública do Brasil e do Maranhão para, por fim, apresentar sugestões legislativas que possam impactar em âmbito estadual.

1. COMPLIANCE: definições e discussões

Compliance tem várias significações, pois são muitas as formas de que o conjunto de medidas que o compõe sejam utilizadas nos mais diversos âmbitos. Scharamm (2018) assim o define:

> Até muito recentemente restrito ao âmbito da administração empresarial e essencialmente discutido no campo da gestão estratégico-organizacional, o termo *compliance* designa o conjunto de ações destinadas à observância do "dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação do risco legal/regulatório". No campo dos significados, derivado do verto inglês "*to comply*", o termo indica conformidade, o que expressa o dever de cumprir, satisfazer uma determinação.
>
> Trazendo para o âmbito do Direito, a implantação de programas de integridade (*compliance*) manifesta, a princípio, o inteiro de observância das limitações impostas pelo ordenamento jurídico, mediante a criação de códigos de conduta internos, visando à preservação de padrões éticos por meio da consolidação de uma cultura de valores comuns e do estabelecimento de mecanismos de prevenção, controle e sancionamento dos comportamentos desvirtuados. Objetiva, pois, abrandar os riscos inerentes à atividade empresarial, diante do natural impossibilidade de controle absoluto sobre todo o corpo da empresa (SCHARAMM, 2018, p. 156).

Para os fins deste trabalho, que analisa sua aplicação no âmbito das relações entre as empresas e a Administração Pública, a ênfase será dada ao *compliance anticorrupção*, que pode ser definido como o agrupamento de medidas que visam a prevenção, detecção e o combate de crimes de corrupção que devem ser realizados a partir do seguimento de valores e normas de condutas pelos empregados. Esses programas estimulam o ambiente de negócios pautando-o por princípios éticos e impõem que o princípio da moralidade esteja no centro da relação entre Estado e empresas privadas que com o ente público pretendam contratar e licitar.

No Brasil, o que se convencionou chamar de *compliance* anticorrupção começou a ter destaque com a edição da Lei Federal nº 12.846 de 2013 (Lei Anticorrupção) e há uma série de normativas internacionais que alicerçam a legislação nacional, como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção de Palermo. É, inclusive, no art. 7º, VIII, da Lei Anticorrupção que pode ser encontrada uma definição legal para *compliance* como programas de integridade: "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".

Xavier (2015) informa que somente a partir da década de 1990 e por pressão da comunidade internacional, os países desenvolvidos e em desenvolvimento iniciaram processos legislativos para estabelecer medidas que regulamentassem o mercado e coibissem práticas corruptas. Antes de 1990 somente os Estados Unidos da América tinham legislação que combatiam a corrupção, que era o *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA, que objetivava pôr fim aos subornos dos funcionários públicos e restaurar a confiança do público na integridade do sistema empresarial.

O FCPA nasceu em uma época que as empresas americanas tinham como hábito pagar propinas e isso não era considerado ilegal, em alguns países era possível inclusive abater dos impostos devidos pela empresa esse montante pago a título de suborno. Fato é que o Congresso americano não tinha como punir as empresas que se valiam dessas práticas, porque não era considerado ilegal. A FCPA veio para sanar esse vácuo legislativo, proibindo que as empresas americanas paguem qualquer quantia em dinheiro ou deem coisas de valor a funcionários públicos estrangeiros, tanto para a obtenção de novos negócios quanto para renovação dos contratos já existentes.

Em âmbito nacional, a adoção de programas de *compliance* está em consonância com os princípios expressos que devem nortear a atuação da Administração Pública brasileira. Gabardo e Cartella (2015) aduzem que a primeira impressão que se tem ao analisar os programas de integridade é que eles estão diretamente associados ao princípio da moralidade, mas ele não é o único a ser levado em consideração, uma vez que o princípio da eficiência também está presente e pode ser verificado pelos parâmetros mínimos que devem ser obedecidos pelas empresas privadas na implementação de um programa de *compliance* que seja realmente válido. Embora esses programas não sejam obrigatórios no Brasil, o que mitiga um pouco o princípio da legalidade, seu núcleo essencial não é esvaziado e pode ser verificado quando as empresas privadas decidem aderem voluntariamente ao *compliance* e estruturam seus programas de acordo com as normas vigentes sobre a matéria.

Ainda pode-se identificar também o princípio da publicidade quando se percebe que as empresas deverão, cada vez mais, aplicar internamente uma espécie de ética do caráter público, não bastando apenas que tenham os programas, como também tornando-os públicos para que seu regular funcionamento possa ser aferido pelos órgãos responsáveis pela regulamentação dos programas de integridade. De tudo isso se infere que o princípio da

supremacia do interesse público sobre o privado está presente em todas as relações jurídicas e econômicas.

Ribeiro e Diniz (2015) afirmam que é possível extrair uma definição de *compliance* como um compilado de documentos e regras criados por diversos órgãos internacionais, mas pode ser resumido a um conjunto de ferramentas voltadas para a concretização de missões, visões e valores empresariais e que não pode ser confundido com o simples cumprimento de regras. Nesse sentido, os programas de integridade envolvem questões estratégicas e podem ser aplicados a todos os tipos de organização empresarial que buscam lucratividade de maneira sustentável e condução ética dos seus negócios, tendo como objetivos: a) cumprir a legislação internacional e nacional, bem como regulações de mercado e normas internas da empresa; b) prevenir demandas judiciais que possam prejudicar financeiramente a pessoa jurídica; c) transparência na condução dos negócios; d) evitar o conflito de interesses entre os diversos atores que compõem a empresa; e) evitar ganhos pessoais indevidos obtidos através de da criação de condições artificiais de mercado, tráfico de influência ou informação privilegiada; f) evitar lavagem de dinheiro nas corporações; g) disseminação de uma cultura empresarial dos valores propostos pelos programas de integridade, através do contínuo treinamento e educação dos colaboradores.

Se esses objetivos forem alcançados, os benefícios para a empresa são inúmeros, tais como a obtenção de maior garantia dos investidores e credibilidade no mercado, o que gera altos níveis de cooperação interna e externa e, consequentemente, aumenta o lucro. É importante que, cada vez mais, os gestores das pessoas jurídicas percebam que no mundo contemporâneo as pessoas não adquirem mais unicamente bens e serviços, querem adquirir, ainda, valores e comportamentos sustentáveis, o que é de suma relevância, pois como esclarecem Coimbra e Manzi (2012), o sucesso das organizações depende da confiança pública que desfrutam.

Essa tendência que há não muito tempo tem sido demonstrada pelo Brasil, tanto no âmbito legislativo quanto no doutrinário, de que a adoção de programas de integridade pode auxiliar e muito na prevenção dos crimes de corrupção é fruto de esforços internacionais. Pflug e Oliveira (2009) afirmam que o Brasil ratificou três Convenções de combate à corrupção: a) a Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (que foi motivada pelos subornos pagos aos funcionários públicos estrangeiros e as consequências que isso acarretava sobre o comércio internacional, e, após sua

entrada em vigor, foram conduzidas mais de trinta condenações com base nesse instrumento; inaugurou a responsabilidade penal da pessoa jurídica – entendimento que não foi acompanhado pela legislação nacional, que apenas permite a condenação de pessoas jurídicas por crimes cometidos contra o meio ambiente conforme mandado de criminalização previsto no texto constitucional); b) A Convenção da Organização dos Estados Americanos – OEA (cujo objetivo é fortalecer e desenvolver mecanismos necessários à prevenção e punição da corrupção, cria medidas muito importantes em âmbito regional americano, tipifica algumas ações como crimes e prevê uma colaboração entre os países que pode ser bastante eficaz para obtenção de provas e realização de atos processuais que ultrapassem os limites territoriais de um único país); c) A Convenção da Organização das Nações Unidas - ONU (de caráter universal, tem como objetivo o combate à corrupção em larga escala, trouxe algumas diretrizes que fundamentam a recomendação de que os países devem promover criminalizações por meio de suas legislações internas para que as medidas sejam efetivas e inova ao prever a repatriação de bens e valores obtidos por meios ilícitos e que foram enviados a outros países – o que é bastante importante, visto que a manutenção de contas internacionais para o recebimento de dinheiro proveniente de crimes é prática comum nos delitos macroeconômicos ou cometidos contra a Administração Pública).

Pois bem. Em regra, as definições de *compliance* estão atreladas a prática da criminalidade empresarial e definir uma política criminal para pessoas jurídicas não é uma tarefa simples (embora a discussão tenha um histórico longo, no Brasil, por exemplo, a única responsabilização penal possível às pessoas jurídicas se dá em matéria ambiental, não desconsiderando a tutela do meio ambiente, mas nem mesmo os ilícitos cometidos contra a Administração Pública – e eles são muitos - foram suficientes para se ampliasse essa possiblidade de punição). Embora existam dificuldades, fato é que não se pode negligenciar que o *compliance* tem sido uma alternativa de autorregulação regulada preventiva em um país marcado por corrupção epidêmica e não se pode voltar atrás, devendo aperfeiçoar as boas práticas de gestão empresarial focadas na probidade.

2. CORRUPÇÃO NO BRASIL: cenário e perspectivas

A corrupção é uma indesejada companheira dos brasileiros. É possível que não tenha havido um único período no país em que atos ímprobos não

tenham sido praticados contra a Administração Pública, desde a colonização aos tempos atuais. Claro que existe uma maior incidência de casos hoje que no passado, o que se deve à maximização do papel do Estado e, como consequência disso, o aumento no número de agentes públicos (políticos ou com vínculos empregatícios), mas o fato é que informes sobre escândalos de corrupção são recorrentes no cotidiano. Gehrke, Borba e Ferreira (2017) aduzem que os casos de corrupção que ocorrem no país foram objeto de noventa e sede matérias de capa do principal semanário nacional (a revista Veja, no caso) entre os anos de 2003 e 2014, bem como de 7,3% da quantidade dos artigos sobre o Brasil publicados em revistas das principais economias mundiais (Estados Unidos - *Time*, Inglaterra – *The Economist*, Alemanha – *Der Spiegel* e França – *L'Obs*), havendo uma intensificação das notícias em dois períodos marcantes na história brasileira – em 2005, quando o esquema de corrupção popularmente conhecido como "Mensalão" foi descoberto e em 2014, com as investigações sobre os desvios de dinheiro público na Petrobrás, uma das maiores empresas estatais do mundo, e que culminaram na Operação Lava Jato, que desde o seu início esteve pautando diariamente os jornais.

Ainda, pode-se afirmar que, no Brasil, a democracia dos tempos atuais é marcada pela corrupção generalizada. Como isso se explica? Uma das justificações mais populares (e relacionada à cultura) é a exposta por Holanda (2014), que aduz ser a colonização do Brasil pelos portugueses e a consequente importação da cultura europeia que moldou as instituições, costumes e ideias em um espaço territorial hostil ao modo de vida do velho continente, um fato bastante rico em consequências.

A aversão que os colonizadores ibéricos tinham ao livre-arbítrio, não reconhecendo a responsabilidade e o mérito individual como características que levassem à prosperidade e um verdadeiro apreço pelo ócio justificou o estímulo ao desbravamento dos mares e terras distantes, em busca de riquezas fáceis (ou sem dono aparente). Ainda, aduz que a ausência de distinção entre o patrimônio público e o privado deriva da cordialidade do homem brasileiro, o qual considera a *res publica* como posse pessoal. A corrupção, nessa perspectiva, traz consigo uma tradição estamental e patriarcal em que governantes condicionam todas as suas relações pela cordialidade, sendo essa falta de separação entre o público e o privado percebida em toda a história republicana do Brasil.

O entendimento de que a corrupção é um traço do caráter brasileiro reduz a percepção da realidade a um plano simplista que não compreende o

alcance devastador dos crimes cometidos contra a Administração Pública e que, por sua vez, conflitam com a concepção republicana de virtude cívica, gerando um déficit para além das dimensões institucionais. Embora esperar que todos os indivíduos ajam com probidade na preservação do interesse público presuma ingenuidade moral, é necessário que o Estado assuma um compromisso com a construção do bem-estar comum para o funcionamento de uma República.

No sentido desses esforços, Gebin (2014), em análise sobre os projetos de lei propostos no Congresso Nacional cujo objetivo era o combate à corrupção, informa que a maior parte das proposições versavam sobre alterações nas normas penais e processuais penais como alternativa a epidemia de improbidade, o que configura um verdadeiro pânico moral, que consiste na forma como a mídia, a opinião pública e os agentes de controle social reagem quando há transgressões normativas.

Em assim sendo, Neves (2011) explica que, em matéria penal, existem três tipos de legislação simbólica: a) confirmação de valores sociais – como se exige dos legisladores uma posição a respeito dos conflitos sociais, os diferentes grupos de poder têm distintas bandeiras, que quando levadas em consideração tornam-se vitórias legislativas que funcionam como uma forma de reconhecimento da superioridade de um grupo (e de sua concepção valorativa); b) legislação-álibi - diferentemente da primeira espécie, a legislação-álibi não pretende confirmar a supremacia de um grupo sobre o outro, mas sim fortificar a confiança dos cidadãos no Estado como sistema político e jurídico. Por pressão popular, o legislador elabora normas para satisfazer as esperanças do público, mesmo que não haja qualquer possibilidade de efetivação; c) compromisso dilatório - atua como um consenso entre dois grupos em conflito na medida em que a sanção de uma lei deixa um lado satisfeito porque seus dispositivos documentam a sua posição favorável a reformas sociais enquanto os outros que eram contrários às modificações contentam-se com a falta de perspectiva da sua efetivação. Dessa forma, o conflito é atenuado pela promulgação de uma norma progressista que satisfaz ambos, mas sua provável ineficácia transfere para um futuro indeterminado a solução do problema social.

Em regra, as proposições que visem o combate à corrupção costumam sugerir aumentos de pena e criar tipificações prevendo outros crimes aproximam-se do que se classifica de legislação-álibi, especialmente considerando que: a) são respostas imediatas oferecidas pelos legisladores para solução de um problema complexo; b) se a resposta penal fosse suficiente para controlar as transgressões,

não haveria delitos já que com a tipificação seria suficiente para causar temor no agente ativo; considerando que já houve a estipulação de pena de morte para os delitos dessa natureza no Brasil durante o período colonial e nem isso fez com que os atos deixassem de ser praticados, de acordo com Costa (2013), aumentos de pena se mostram insuficientes para controlar as transgressões.

3. MARANHÃO: corrupção, cenário e perspectivas

Em âmbito macro, observando a realidade do país por inteiro, resta claro que se está diante de um problema gravíssimo e de proporções amplas, mas a visão micro, fracionada por região, Estado ou até mesmo municipalidade, mostra o quão pior pode ser, especialmente se se considerar que as realidades são distintas, a forma como a corrupção é sentida no sul e sudeste do país é diferente da que se apresenta no norte e nordeste, as consequências da corrupção em São Caetano do Sul, no Estado de São Paulo, são bem diferentes das que podem ser visualizadas em Fernando Falcão, no Estado do Maranhão (municípios brasileiros com maior e um dos menores Índices de Desenvolvimento Humano – IDH, respectivamente). Não causa estranhamento que a municipalidade que ostente uma das piores colocações no ranking criado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD esteja localizada no Maranhão, Estado que ocupa o último lugar no Mapa da Transparência Municipal idealizado pelo Ministério Público Federal. Isso significa que os municípios maranhenses são os que as instituições de fiscalização possuem menor controle sobre a aplicação do dinheiro e dos bens públicos. Diante desse cenário, por óbvio o Maranhão teria um baixo índice de desenvolvimento humano, elevada taxa de analfabetismo e muita miséria. Esses são reflexos diretos de administrações desidiosas e corruptas, conforme Henrique, Fernandes e Nascimento (2016).

Um caso de bastante destaque foi descoberto no início de 2016, quando o Ministério Público Federal – MPF denunciou a então prefeita do Município de Bom Jardim, também no Maranhão, Lidiane Leite, por improbidade administrativa e associação criminosa. O caso teve repercussão nacional, principalmente pela ex-gestora municipal ser conhecida como "Prefeita Ostentação", em decorrência do hábito que tinha de exibir uma vida luxuosa nas redes sociais, enquanto a cidade amargurava na pobreza e os serviços públicos eram da pior qualidade.

Foi, inclusive, essa exposição desmedida de Lidiane Leite que suscitou desconfiança no *Parquet*. O Jornal Nacional apresentou uma reportagem demonstrando a situação das escolas da cidade, com paredes de barro, sem iluminação e salas comportando alunos de séries distintas, enquanto Lidiane Leite tinha uma vida de abundâncias provavelmente financiada com o dinheiro desviado da educação (ESTUDANTES, 2016).

É perceptível que o Maranhão tem cicatrizes causadas pela corrupção e que ainda estão abertas. Considerando que o Brasil já teve um presidente da República maranhense, era de se esperar que a situação do Estado fosse um pouco melhor, mas os interesses políticos e privados se sobrepuseram aos princípios republicanos e a disseminação de miséria foi a maneira de dominação política evidente durante muitas décadas e por grupos políticos distintos, vez que a história do Maranhão, segundo Guilhon (2007), se caracteriza pelo surgimento de sucessivas oligarquias que se apoderam do Estado, que significa apoderar-se, automaticamente, do capital político, econômico e social.

Após 2015 a administração pública estadual implementou várias ações com vistas a uma gestão de transparência, ética, controle interno e social. Emilio (2018) elenca como os primeiros desses esforços a criação da inovadora Secretaria da Transparência – STC, a aprovação da lei estadual que regulamentou a Lei de Acesso à Informação, o lançamento de um novo Portal da Transparência, do Serviço de Informação ao Cidadão e do Sistema Eletrônico de Informação ao Cidadão e o funcionamento da Ouvidoria Geral do Estado do Maranhão no âmbito do controle social do governo. Essas medidas imediatas foram suficientes para retirar o Maranhão do índice zero na Escala Brasil Transparente elaborada pela Controladoria-Geral da União – CGU, chegando ao primeiro lugar do ranking.

4. O QUE PODE SER FEITO NO MARANHÃO?

Fugindo a regra de proposições que objetivem o combate à corrupção serem de natureza penal ou processual penal, até pelo fato de que a Constituição Federal estabelece que os Estados não têm competência para legislar sobre essas matérias, algumas propostas para o Maranhão podem ser feitas, levando em consideração os esforços anticorrupção que já têm sido empregados pelo Poder Executivo pós-2015.

4.1 Criação de um Fundo Cidadão de Mitigação dos Efeitos da Corrupção

Em primeiro lugar, a criação de um Fundo Cidadão de Mitigação dos Efeitos da Corrupção por meio de uma Proposta de Emenda à Constituição do Estado do Maranhão. Os recursos desse fundo serão obtidos de cinco fontes de financiamento: 1) o valor das multas aplicadas pelo Poder Judiciário do Maranhão ou pela Administração Direta com base na Lei Federal nº 8.429 de 02 de junho de 1992; 2) o valor das multas aplicadas pelo Poder Judiciário do Maranhão ou pela Administração Direta com base na Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993; 3) o valor das multas aplicadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão aos agentes públicos estaduais; 4) o valor das multas sancionatórias aplicadas pelo Poder Judiciário ou pela Administração Direta às pessoas jurídicas punidas no âmbito da Lei Federal 12.846 de 1º de agosto de 2013 que tenham causado lesão a órgãos e/ou entidades públicas maranhenses; 5) doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que não estejam em débito com as fazendas públicas federal, estadual e municipal. Os valores do fundo serão destinados, em igual porcentagem, às Secretarias de Estado da Saúde e da Educação.

Como não existe a possibilidade da criação de fundos pelo Poder Legislativo por meio de projetos de lei ordinária, pois nesse caso a inconstitucionalidade é evidente, a solução é cria-lo por meio de proposta de Emenda à Constituição, onde não há qualquer óbice à criação dessas reservas orçamentários, como demonstra parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (BRASIL, 2019):

> NA 2ª REUNIÃO ORDINÁRIA, REALIZADA NESTA DATA, A COMISSÃO APROVA O RELATÓRIO DA SENADORA SIMONE TEBET, QUE PASSA A CONSTITUIR O PARECER DA CCJ, NOS SEGUINTES TERMOS: 1) SÃO INCONSTITUCIONAIS, POR VÍCIO DE INICIATIVA, QUAISQUER PROJETOS DE LEI DE AUTORIA PARLAMENTAR QUE INSTITUAM FUNDOS ORÇAMENTÁRIOS CUJOS RECURSOS SÃO GERIDOS E EMPREGADOS PELOS ÓRGÃOS DOS PODERES EXECUTIVO OU JUDICIÁRIO, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO OU PELA DEFENSORIA-PÚBLICA DA UNIÃO; 2) A INICIATIVA LEGISLATIVA PARA A INSTITUIÇÃO DE FUNDOS ORÇAMENTÁRIOS NO ÂMBITO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL CABE AOS MEMBROS OU COMISSÕES DAS RESPECTIVAS CASAS E 3) NÃO HÁ

> RESERVA DE INICIATIVA ÀS PROPOSTAS DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS QUE INSTITUAM FUNDOS ORÇAMENTÁRIOS, PODENDO SER APRESENTADAS, PELOS LEGITIMADOS PREVISTOS NO ART. 60, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PROPOSIÇÕES QUE CRIEM FUNDOS NO ÂMBITO DE QUALQUER DOS PODERES (BRASIL, 2019).

É cediço que pareceres são meramente opinativos, não sendo dotados das forças vinculante da jurisprudência dos Tribunais Superiores ou imperativa da norma, mas os prolatados na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal e da Câmara dos Deputados tem a peculiar característica de encerrarem, inclusive, a fase constitutiva do processo legislativo, caso sejam contrários às propostas sob sua análise. Por isso destaca-se a opinião da consultoria legislativa, que não está desamparada de outros elementos, uma vez que essa alternativa foi criada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.296, que estabeleceu a inexistência de regra de reserva de iniciativa para as emendas à Constituição Federal, *in verbis*:

> [...] 1. No plano federal, o poder constituinte derivado submete-se aos limites formais e materiais fixados no art. 60 da Constituição da República, a ele não extensível a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, prevista de modo expresso no art. 61, § 1º, apenas para o poder legislativo complementar e ordinário – poderes constituídos. 2. Impertinente a aplicação, às propostas de emenda à Constituição da República, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade de emendas às constituições estaduais sem observância da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, fundada na sujeição do poder constituinte estadual, enquanto poder constituído de fato, aos limites do ordenamento constitucional federal.

Superada a discussão sobre a constitucionalidade de proposições dessa espécie, cumpre esclarecer que a criação de um fundo orçamentário com recursos oriundos de multas aplicadas pelo Poder Judiciário alicerçadas no ordenamento jurídico brasileiro de combate à corrupção não se trataria exatamente de uma inovação no ordenamento jurídico maranhense. O Espírito Santo conta com legislação nesse sentido, a saber, a Lei Estadual nº 10.498 de 2016, bem como a Lei Estadual nº 5.150 de 2017 do Mato Grosso do Sul. Sobre a temática, em fase de discussão legislativa, o Rio de Janeiro dispõe do projeto de lei nº 4.026 de 2018 e a Bahia com o projeto de lei nº 23.122 de 2019.

A inovação da proposta apresentada versa sobre a destinação dos recursos do fundo: quando todos os outros visam implementar ações de

prevenção e combate à corrupção, a proposta maranhense caminha em outro sentido: o de mitigar os efeitos da corrupção no Estado. Essa escolha se deu por uma razão alicerçada em estudos acadêmicos realizados por Lopes e Toyoshima (2013), demonstrando que a corrupção diminui consideravelmente o nível de eficiência governamental na educação e na saúde públicas, pois os recursos que seriam destinados a esses setores perdem-se antes de chegarem ao destino final.

Ainda, Furlan (2011) atribui à corrupção alguns déficits de concretização do Estado Democrático de Direito, como a crise de efetividade dos direitos fundamentais, que tem natureza social, já que os serviços básicos e oferecidos pelo Estado são consideravelmente afetados pelo mal uso dos recursos públicos. Considerando as pesquisas que demonstram ser a saúde e a educação as áreas mais afetadas pela corrupção, o Ministério Público Federal do Rio de Janeiro realizou Termo de Cooperação Técnica – TAC para liberação de recursos recuperados a partir da atuação da força-tarefa da Lava Jato no Estado, que foram investidos em reformas estruturais de escolas públicas (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018).

4.2 Leis específicas sobre *compliance*

Além do Fundo Cidadão de Mitigação dos Efeitos da Corrupção é importante que leis específicas sobre *compliance* sejam criadas. Por isso, propõe a criação de dois projetos de lei ordinária no Maranhão:

a) uma proposição que estabeleça a exigência de programa de integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privada com a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional do Estado do Maranhão, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) para obras e serviços de engenharia e R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico. Assim, a partir da data de celebração do contrato, a pessoa jurídica teria 120 (cento e vinte dias) para realizar a implantação do programa de integridade em seu âmbito interno e, em não cumprindo essa determinação, estaria sujeita a multas diárias incidentes sobre o valor atualizado do contrato.

b) uma proposição estabelecendo que em caso de empate nos processos licitatórios realizados pelo Estado do Maranhão, além dos critérios previstos no

art. 2º, § 2º da Lei Federal nº 8.666 de 1993, leve-se em consideração, ainda, a adoção de programas de integridade empresarial pelas pessoas jurídicas de direito privado licitantes, tendo preferência as que aderirem às diretrizes de *compliance* anticorrupção, tendo como parâmetros de aferição da efetividade dos programas aqueles que tenham como elementos básicos constitutivos: a) implementação de um código de conduta, políticas e procedimentos o qual todos os colaboradores tenham conhecimento; b) o comprometimento da alta administração com a execução de políticas anticorrupção; c) uma política corporativa que proíba qualquer forma de suborno, que pode estar substanciado na entrega de valores em espécie ou oferecimento de presentes a funcionários públicos; d) comunicação ampla e treinamento contínuo em todos os níveis da pessoa jurídica sobre o programa de integridade empresarial; e) avaliação de riscos; f) monitoramento, auditoria por terceiros e implementação de um canal para recebimento de denúncias. Esses requisitos mínimos são baseados nas recomendações internacionais do *US Sentencing Guidelides*, o *Foreign Corrupt Practices Act*, o *Good Practices on Internal Controls, Ethics and Compliance*, o *Six Principles to Prevent Bribery*, o *Business Principles for Countering Bribery* e, em âmbito nacional, o *Programa de Integridade da Controladoria Geral da União - CGU*.

Como ambas as sugestões legislativas versam sobre licitações e contratos públicos, alguns esclarecimentos acerca da constitucionalidade devem ser feitos:

a) em primeiro lugar, no que se refere a possibilidade de os Estados legislarem sobre esse tema, não se verifica nenhum óbice material, uma vez que o art. 22, XXVII, da Constituição estabelece que a União tem competência privativa para legislar sobre normas gerais sobre licitações públicas, isso significa que o ente central cria as diretrizes genéricas sobre a matéria, mas isso não impede que os Estados legislem nesse sentido, desde que o façam observando o estabelecido pela União e de forma suplementar. A União já exerceu sua competência quando da edição da Lei n° 8.666 de 1993, que dispõe, inclusive, sobre a possibilidade dos Estados de legislarem sobre procedimentos licitatórios e de contratações em seu art. 118.

b) em segundo lugar e mais especificamente sobre a primeira sugestão legislativa, enfatize-se que não há que se falar em inconstitucionalidade material por violação ao inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal (que assegura a igualdade de concorrência entre todos os participantes), por suposta restrição à competitividade nos certames. Pretende-se a implementação dos programas de *compliance* como obrigação contratual, e não como condição de habilitação. Em

outros termos, não se trata de uma condição à participação em licitações e contratos, mas, sim, uma obrigação que deverá ser concretizada após a assinatura do contrato. Assim, qualquer empresa poderá participar de certames, possuindo ou não programas de *compliance*. Vencendo o certame, a pessoa jurídica terá o prazo de 120 (cento e vinte) dias para implementá-lo e se não o fizer, será multada.

c) por último, ambas as proposições específicas sobre *compliance* a escolha das licitações e contratações para o âmbito de sua incidência se dá por motivos óbvios: as contratações públicas são muito propícias à corrupção, como aduz Carvalho (2018).

CONCLUSÃO

Em um país como o Brasil, reconhecido – inclusive internacionalmente – pelos altos índices de corrupção, esforços para combater esse problema sempre foram imperiosos, mas só recentemente, pode-se dizer que a partir de 2006, quando houve o julgamento do primeiro grande escândalo de desvio de dinheiro público envolvendo empresários, parlamentares e a alta cúpula que compunha os principais cargos auxiliares da Presidência da República, que modificações na legislação vêm sendo gradualmente implementadas, sejam elas eleitorais, civis, administrativas ou penais.

O Maranhão, um dos Estados mais pobres do Brasil, não foge a essa regra. Também tem uma história marcada por gestões que fizeram da corrupção e do subdesenvolvimento suas principais políticas públicas. Nesse sentido, as medidas que envolvem transparência, prevenção e punição dos atos ímprobos ganham contornos de maior importância. Só a partir de 2015 houve um progresso significativo nesse sentido, com a criação da inovadora Secretaria de Transparência que foi a responsável pela aplicação em âmbito administrativo da segunda condenação no país com fundamento na Lei Federal nº 12.846 de 2013, no "Caso Tramitty", que foi um do combate à corrupção no Estado, sendo o primeiro julgado através de Processo Administrativo de Responsabilização – PAR com base na legislação específica (SECRETARIA, 2016).

Para além dos esforços administrativos que o Poder Executivo do Estado do Maranhão tem empreendido para tornar a utilização dos recursos públicos mais transparente e efetiva, o Poder Legislativo precisa acompanha-lo nesse caminho. As três sugestões de proposições se destacam por inovarem, à medida que nenhuma legislação estadual maranhense incentiva a adoção de

programas de *compliance* pelas empresas que pretendam contratar com o poder público e, enquanto os fundos que têm sido criados nos outros Estados (a exemplo do Rio de Janeiro e Espírito Santo) destinam o valor das multas a iniciativas de combate à corrupção de órgãos já muito bem estruturados, no Maranhão se propõe que se revertam os valores em benefício da população.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Consultoria Legislativa. *Parecer nº 2 de 2019 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania*. Relatoria da Senadora Simone Tebet. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2019. 10p.

CARVALHO, Victor Aguiar de. *Corrupção nas contratações públicas: dois instrumentos analíticos para a detecção de indevidos incentivos*. Revista Eletrônica da PGE-RJ, v. 1, p. 1-22, 2018, p. 5.

CENCI, D. R.; BURMANN, T.; BAÚ, V. W. *Os ideais republicanos ontem e hoje: impactos do neoliberalismo nos direitos sociais*. Revista Jurídica- UniCuritiba, Curitiba, v. 02, n. 55, p. 212 – 235, 2019.

COIMBRA, M.; MANZI, V. A. (Coord.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Corrupção na História do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial*. In Temas de Anticorrupção & Compliance. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 1-21, 2013.

EMILIO, Marcos Roberto. *Mecanismos de combate à corrupção e a experiência do governo do Estado do Maranhão de 2015 a 2017*. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2018.

ESTUDANTES de Bom Jardim sofrem com situação precária de escolas. G1 – Jornal Nacional, 26 abr 2016. Disponível em: < http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/04/estudantes-de-bom-jardim-sofrem-com-situacao-precaria-de-escolas.html> Acesso em 10 nov 2020.

FURLAN, Fabiano Ferreira. *A corrupção como fenômeno político e seu papel na degradação do estado democrático de direito*. Tese. Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

GABARDO, E.; CASTELLA, G. M. *A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Admnistração Pública.* A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 15, n. 69, ps. 129-147. Belo Horizonte, 2015.

GEBIN, Marcus Paulo. *Corrupção, pânico moral e populismo penal: estudo qualitativo dos Projetos de Lei propostos no Senado Federal e na Câmara dos Deputados entre os anos*

de 2002 e 2012. Dissertação. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 124 f. São Paulo, 2014.

GEHRKE, G.; BORBA, J. A.; FERREIRA, D. D. M. *A repercussão da corrupção brasileira na mídia: uma análise comparada das revistas Der Spiegel, L'Obs, The Economista, Time e Veja*. In Revista de Administração Pública, p. 157-167. Jan-fev. 2017, Rio de Janeiro, 2017.

GUILHON, Maria Virginia Moreira. *Sarneísmo no Maranhão: os primórdios de uma oligarquia*. Revista de Políticas Públicas, v. 11, p. 125-146, 2007.

HENRIQUE, A.; FERNANDES, A. A. T.; NASCIMENTO, W. *Desigualdade, desenvolvimento humano e corrupção nos estados brasileiro*s. Em Tese, Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 167-188, dez. 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. – 27ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LOPES, L. S.; TOYOSHIMA, S. H.. *Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação*. In Planejamento e Políticas Públicas, n. 41, jul/dez, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. *Recursos recuperados no combate à corrupção beneficiarão inicialmente onze escolas estaduais*. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/recursos-recuperados-no-combate-a-corrupcao-beneficiara-inicialmente-onze-escolas-estaduais. Acesso 16 nov. 2019.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

PFLUG, S. R. M.; OLIVEIRA, V. E. T. *O Brasil e o combate internacional à corrupção*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009.

RIBEIRO, M. C. P.; DINIZ, P. D. F. *Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas*. In: Revista de Informação Legislativa, ano 52, n. 205 jan./mar. Brasília, 2015.

SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. Dissertação. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018. 434 fls.

SECRETARIA DE TRANSPARÊNCIA E CONTROLE – STC. *STC publica primeira condenação de empresa com base na Lei Anticorrupção*. Disponível em: http://www.stc.ma.gov.br/2016/08/22/stc-publica-primeira-condenacao-de-empresa-com-base-na-lei-anticorrupcao/. Acesso em 20 nov. 2020.

TRANSPARÊNCIA Internacional. *Índice de Percepção da Corrupção - IPC 2018*. Disponível em: https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/. Acesso em 10 nov 2020.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. *Programas de Compliance Anticorrupção*. Dissertação, 98 f. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS POR PESSOAS JURÍDICAS: uma decorrência ética

Clodomiro José Bannwart Junior
Universidade Estadual de Londrina - UEL, professor dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Negocial da UEL, Londrina/PR, Brasil
cbannwart@hotmail.com

Patrícia Gasparro Sevilha Greco
Universidade Estadual de Londrina - UEL, mestranda do curso de Direito Negocial da UEL, Londrina/PR
patriciagreco@rwgreco.com.br

Maria Kiiko Higuchi Baos Gasparro Sevilha
Autarquia das Águas de Sarandi/PR, procuradora municipal de Sarandi/PR, Brasil
mariabaos@hotmail.com

Resumo: O presente artigo visa demonstrar que a vedação de doações para campanhas políticas por parte de empresas, além de não barrar a captura do poder político pelo econômico, favoreceu, com o enxugamento de recursos que pudessem suportar campanhas caras, tanto a formação de contabilidades paralelas – os chamados "caixas dois" – quanto aumentou a dependência das agremiações dos repasses de recursos públicos, distanciando os partidos políticos de sua base apoiadora militante, colocando-os como agentes do Estado e não da sociedade civil. A partir de um resgate de uma maior transparência, este estudo se justifica a partir do momento em que resgata o papel da empresa como ator social e, portanto, sujeito de direitos e deveres, os quais, se trazidos à lume, permitem uma maior transparência de sua atuação e uma ponderação de seu poder de influência, não feito às sombras, mas dentro de uma arena regida por responsabilidade social e pelo *compliance*. Para tanto, aponta-se no primeiro capítulo a ética e sua relação com o universo empresarial para, no capítulo posterior, analisar a forma como se deu e se dá o financiamento de campanhas e, finalmente, no capítulo final, apontar quais perspectivas poderiam se apresentar para que houvesse um alinhamento entre a eticidade pretendida pela atuação empresarial feita por meio destas doações e a minimização do risco de captura do poder econômico sobre o político. Utilizou-se de pesquisa qualitativa, com método dedutivo e levantamento bibliográfico, os quais concluíram que a doação de empresas para campanhas políticas pode ser um meio de reforço de *compliance*.

Palavras-Chave: Doação; Campanhas; Empresas; Compliance.

INTRODUÇÃO

Aos que pretendem maior moralidade na condução da coisa pública, a busca de uma autonomia de recursos privados é uma lógica inafastável. Se se permitir que alguém financie o Estado, este alguém passará a ser "dono deste Estado" e, portanto, a condução da *res publica* acaba se consubstanciando, em verdade, em uma apropriação do bem comum por interesses privados, da forma mais espúria possível.

Este é o temor que a boa política deve cuidar de expurgar em sua atuação e não é por menos que na arena dos embates de uma campanha política prefira-se que os recursos a serem destinados para este intento sejam o mais neutro possíveis, o que apenas seria possível, ainda nesta linha de raciocínio, se houver a prevalência de recursos púbicos que financiem estas atividades.

Ocorre que a política não é uma dinâmica destacável daquilo que ela se ocupa, ou seja, não se pode tirar as mais variadas e complexas relações sociais que se desenvolvem no complexo enfoque político. Assim, as relações econômicas entabuladas pelos atores produtivos são, igualmente, preocupação da política e ela não pode se pretender alheia às questões desta natureza sob a escusa de que políticas econômicas sejam, em verdade, uma advocacia dos interesses particulares.

Decerto, porém, que se ocupar da economia não implica em ser capturada por ela e, menos ainda, permitir que o setor produtivo seja dono do Estado, mas a ingenuidade não pode ser a tônica em um sistema capitalista e acreditar que afastar um importante ator social – quais são as empresas – da esfera pública de debates trará a eticidade pretendida é o mesmo que acreditar que a mera proibição de condutas trará a pacificação social, o que nem de longe se verifica, haja vista a grande ocorrência de ilícitos de que o direito se ocupa diuturnamente.

Ademais, o elemento ético não pode ser compreendido como uma realidade destacada do universo empresarial, muito pelo contrário, ele não apenas permite uma sobrevivência sadia da empresa que já se encontra estabelecida, como, ainda, fomenta a criação de novas, numa competição sadia e que traz benefícios a todos.

Uma atuação ética por parte das companhias, longe de ir de encontro à lógica capitalista e empresarial, agrega mais valor à atuação da empresa, pois é

dela que a riqueza gerada encontra bases sustentáveis para uma continuidade de suas atividades sem prazo, ou seja, sem o risco de uma autofagia desencadeada por um desequilíbrio funcional, proporcionando, assim, melhor qualidade de vida a todos que dela dependem direta ou indiretamente.

Em decorrência desta exigência ética, a empresa desenvolve uma atuação de mão dupla: por um lado deve agir conforme um mínimo ético esperado e, por outro, pode atuar na arena cidadã exigindo dos representantes políticas econômicas que lhe sejam mais favoráveis. Esta dinâmica favorece não apenas as forças produtivas que atendem às mais diversas necessidades humanas como, ainda, no processo de produção, ao se observar o *compliance,* gera equidade, sustentabilidade e outros tantos frutos que distribuem riquezas e oportunidades.

Este trabalho aponta, assim, que a participação das empresas no processo eleitoral é uma aposta no bom senso e deriva de uma lógica aplicada, pois que a exigência de um agir ético perpassa o processo de escolha de representantes que possam espelhar todos os setores sociais, inclusive o produtivo, mas não de modo ilícito e longe do controle público, qual ocorre com os chamados "caixas dois" e com a captura do poder político pelo econômico mas, sim, com a transparência e com a possibilidade de atuação na qualidade de ator social, com seus direitos e deveres.

Em se falando de direitos, por sua vez, o direito de livre expressão do pensamento é um dos mais caros à pessoa humana e a empresa, como extensão de suas capacidades e possibilidades legais, merece o reconhecimento deste direito ainda que por via reflexa. Todavia, ao se vedar a doação de campanhas por parte das empresas sob o temor de que os doadores passarão a ser "donos" dos representantes e da coisa pública, além de cair em um argumento reducionista, cai num paradoxo curioso: se a pessoa física que compõe a empresa jurídica pode doar, este mesmo receio também não haveria?

A imposição de um agir ético apontado como caminho a ser seguido surge, assim, como dupla justificativa, haja vista impor uma compreensão de que a doação implica em pressão e não cooptação perante os representantes e, ainda, somente empresas que preenchessem certos requisitos com base em critérios de conformidade ética estariam aptas a realizar tais doações, beneficiando a sociedade com seu modo correto de agir.

Nas linhas vindouras se exporão as vigas basilares do que se compreende por ética empresarial e de que modo ela pode ser compreendida como um giro

axiológico na compreensão do fenômeno produtivo. Após, serão tecidas considerações acerca dos modelos de financiamento de campanha e porque o modelo prioritariamente público não é, nem de longe, o ideal, assim como a vedação da doação por parte das empresas se reveste em aval para reforços de estereótipos que apenas afastam uma maior implementação da ética empresarial, como, ainda, fomentam desvios e corrupção e, de quebra, não permite que empresas sérias possam demandar políticas econômicas amplamente benéficas.

A ÉTICA EMPRESARIAL

A definição do que seja ética foi e é preocupação de muitos pensadores. A depender do tempo e espaço que se tomam por referência, o *ethos* pode obter uma variada gama de significados. Para o presente trabalho trabalharemos com a definição proposta por boa parte dos filósofos da atualidade, qual a de Adela Cortina, para quem ética empresarial seria "um tipo de saber de los que pretende orientar la acción humana em um sentido racional, es decir, pretende que obremos racionalmente" (1994, p. 17).

Este agir de modo racional se orienta por um código de valores que é construído pela comunidade em que a empresa está inserida e traz "um conjunto socialmente aceito de direitos e obrigações individuais e coletivos" (ALMEIDA, 2007, p. 107).

Deste modo, tão mais éticas serão as empresas quanto mais alinhadas estiverem sua atuação aos valores morais vigentes "subordinando as suas atividades e estratégias a uma reflexão ética prévia e agindo posteriormente de forma socialmente responsável" (ALMEIDA, 2007, p. 107).

A atuação ética tem por base certos primados, qual a *accountability* e o *compliance*, que impõem às demandas feitas pelas empresas a transparência necessária perante a sociedade, sem lhe retirar esta faculdade, mas de modo que todos os atores sociais saibam o que está sendo exigido.

A asfixia de direitos de atuação das empresas alegando-se que ela somente agirá de modo egoístico é desacreditar a racionalidade que uma atuação empresarial possa ter. A empresa, enquanto motor de renovação social não pode ser relegado a uma visão simplicista e superada de que as alocações das forças produtivas se resumem a uma busca do lucro mesmo que custem os valores socialmente mais caros.

> A ética empresarial estaria relacionada a reflexões ou indagações sobre costumes e morais, isto é, qual a moral vigente nas empresas. Muito têm a ganhar as empresas que institucionalizam orientações efetivamente partilhadas sobre os seus membros ou que convencionam valores que foram previamente negociados. As normas de comportamento derivam dessas providências.
> [..]
> A ética empresarial reflete sobre as normas e valores efetivamente dominantes em uma empresa. Em sentido amplo, ela baseia-se na idéia de um contrato social segundo o qual os membros se comportam de maneira harmoniosa, levando em conta os interesses dos outros. Na ética empresarial podemos considerar como desejáveis todas as condições que uma empresa possa criar para aumentar e não diminuir a vida das pessoas em todas as suas dimensões. (MONTEIRO; ESPIRITO SANTO; BONACINA, 2005, p. 238).

Adela Cortina (1994) ainda aponta alguns modos de orientar racionalmente esta ação, baseando-se na prudência (com a forja do caráter, focando os fins, meios e hábitos das organizações) e na justiça (com base na moral crítica e na moral social vigente).

A filósofa espanhola (1994, p. 21) ainda aponta que são elementos do mundo ético: a liberdade, a responsabilidade e o futuro, vez que as metas almejadas se protraem no tempo e a boa escolha dos meios para a sua obtenção somente têm sentido se dependerem do porvir.

O fim último das organizações, diferentemente do que ocorre com as pessoas, não é a busca da felicidade (*eudaimonia*), mas ela é variável de acordo com seu propósito de existência. Assim, o fim de uma universidade é manutenção, ampliação e transmissão de conhecimento, a de um hospital a cura de seus pacientes e a da empresa o seu lucro, mas o modo como cada uma destas instituições alcança seus fins pode se dar dentro dos limites éticos ou não (ADELA, 1994, p. 23).

Assim, crer que a empresa, por movimentar as forças produtivas e focar seu intento no lucro, esteja agindo de modo antiético é, no mínimo, equivocado, pois a lucratividade é sua razão de existir, desde que dentro das regras morais que unem uma tomada de decisões focadas em valores caros à sociedade.

E é exatamente esta boa eleição dos meios para se alcançarem os fins empresariais que se garante a observância das normas jurídicas e das normas de boa conduta social que não estão positivadas, mas que encontram guarida numa

leitura sistêmica integrada dos primados de defesa da dignidade da pessoa humana.

Não há, portanto, compatibilidade entre a demanda de um agir ético das corporações e a captura do poder político, feito por uma empresa doadora, tendo unicamente por base uma eventual doação de campanha e a razão é bastante simples: ela sabe que poderá exigir demandas aos representantes apenas na qualidade de ator social, da mesma forma que as pessoas físicas o fazem, exigindo políticas públicas voltadas para a economia e não favores pessoais.

Carece de sentido a imposição de um agir ético às empresas, reconhecendo que suas atividades têm impacto direto na sociedade, com a importante missão de gerar e distribuir riquezas, de atender às necessidades infinitas humanas, de produzir de modo sustentável e inovador, sem que, de outro lado, reconheça-lhes o direito de demandar as melhores vias políticas para que alcancem tudo isso, ou seja, para quê impor um agir ético se não se deposita a fidúcia necessária nele?

Desconhece-se melhor agente na arena de debates para falar sobre as necessidades da empresa do que ela própria, mas, para tanto, é imprescindível a possibilidade dela se fazer presente em um dos momentos mais importantes da dinâmica da cidadania: a livre manifestação de seu pensamento, consubstanciada no financiamento de campanhas, apoiando candidatos que possam refletir as melhores políticas econômicas.

A proibição das doações, inicialmente por meio da ADI 4650 e, posteriormente, com a minirreforma eleitoral da lei nº 13.165 de 2015 retirou o direito das empresas de participarem do processo eleitoral sob os argumentos de que tal financiamento acabaria, em verdade, se tornando em motivo de desequilíbrio de forças na disputa deixando o pleito como um resultado de cartas marcadas. Mas a verdade é que este temor subsiste, e com razão, pois o que se deveria primar não é o afastamento de interesses legítimos, mas posturas antiéticas as quais podem ser cometidas livremente ou por empresas que atuam nas sombras e longe do império da lei, ou por pessoas físicas igualmente ricas que tratam de encontrar maneiras de manter esta captura. O que se precisa é o incentivo ético.

O SISTEMA DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS

Conforme voto proferido pelo então ministro do Supremo Tribunal Federal – Teori Zavaski – nos autos de Adin nº 4.650, o "financiamento da atividade política é tema de caráter flutuante e conjuntural" (BRASIL, 2015) e como tal sujeito "à sucessão de distintas reformas legais. (...) Não por acaso, ela é chamada de 'legislação interminável' na Alemanha, país que vem dando [ao tema] atenção destacada nos últimos 50 anos" (ZOVATTO, 2005, p. 329/330).

Não há uma fórmula à prova de quaisquer desvios de finalidade que possa se concretizar em um modelo perfeito de financiamento de campanhas. A verdade é que cada local e cada momento histórico traz uma peculiaridade a ser tomada em conta, isso sem mencionar os modelos eleitorais e políticos a serem suportados.

Em verdade, o modelo eleitoral brasileiro, com especial ênfase no sistema proporcional, somado às campanhas de elevado valor financeiro e à proibição das doações por parte das pessoas físicas, tem demonstrado um aumento do aporte de recursos públicos nas campanhas, o que apenas agrava sérios problemas, quais a crise de representatividade, a alienação eleitoral, a demonização da política e a descrença nas instituições democráticas, sem prejuízo de outros fenômenos deles derivados.

O custo das campanhas, de certo modo, advém do sistema proporcional de eletividade, já que em um país de proporções continentais, qual o Brasil, angariar votos em grandes áreas significa investir maciçamente na propaganda eleitoral para se fazer conhecido em um eleitorado espalhado pela circunscrição eleitoral. Em que pese outros modelos, qual o distrital-misto, parecer muito mais atraente e apto para esta realidade apontada, fato é que, enquanto não houver foco em uma circunscrição mais reduzida e próxima dos representados, as campanhas continuarão encarecidas.

Outrossim, ao se fazer dependente de financiamento público, o candidato e, sobretudo, o partido político, acaba se tornando mais um agente do Estado do que uma ponte entre este e os interesses da sociedade civil, gerando a chamada crise de representatividade, uma vez que o povo não vê seus clamores atendidos pelos representantes, pois estes estão a serviço dos interesses estatais e que nem sempre vão ao encontro dos anseios sociais.

Como derivação deste distanciamento e com o aumento da necessidade de recursos, pois que as campanhas continuam com valores elevados, o povo, que acaba arcando com o financiamento, vê a política como a fonte de todas as mazelas sociais e como um eterno continuísmo do coronelismo e da patronagem, numa manutenção endêmica do fisiologismo. É nesta esteira que a política não é mais palco para debates sadios, mas vira alvo de descrença e a democracia que deveria render a mais salutar defesa vira uma utopia distante e alvo de promessas vazias e perigosa desconfiança.

Não é por menos que o interesse do cidadão pela participação da coisa pública diminui e a captura do poder político pelo econômico deriva da união espúria de um pequeno concentrado de empresas que desviam de seu agir ético e se valem do aparato estatal para alçar seus lucros a valores exponenciais, sufocando uma livre concorrência sadia e pondo a liberdade que é tão cara para uma boa tomada de decisões no setor produtivo em xeque.

> Tentar impedir as pessoas jurídicas de exercerem sua liberdade de expressão e participação política nos pleitos, marginalizando-as das escolhas, ao mesmo tempo que se avilta o processo democrático, contribui para que sua interferência ocorra à margem da lei, o que incrementa o nível de corrupção e pode ocasionar danos ao desenvolvimento econômico.
> Proibiu-se o financiamento de pessoas jurídicas, como se esse estorvo normativo fosse suficiente para impedir o financiamento eleitoral. Partiu-se do pressuposto de que esse impedimento é factível na normalidade, mas, mesmo que não houvesse caixa dois, essa vedação não seria a melhor opção para impedir as várias modalidades de poder. Olvidou-se que a corrupção eleitoral é diferente de corrupção política, sendo esta bem mais genérica e diversificada. (AGRA, 2019, p. 159)

Pode-se, até mesmo, cogitar se a atuação ética seria razão o bastante para permitir a participação política das empresas por meio das doações de campanha e se elas ainda não teriam o condão de captura do poder político, mas não se pode olvidar que pessoas físicas de maior patrimônio podem fazer doações vultosas e dentro da lei, mantendo-se esse receio em termos pragmáticos. Deste modo, o risco de captura existe não apenas por parte das empresas, mas por parte de uma singela fatia da sociedade que concentra a sua maior parte da renda, ao passo que a grande maioria das empresas brasileiras são de pequeno e médio porte, não podendo lutar por melhorias em termos legais que lhe estimulem o crescimento e desburocratizem o modo pelo qual se dá sua relação com o Estado.

O que se propõe, deste modo, não é uma liberação indistinta de doações por parte de empresas, mas, muito antes, que empresas que sigam padrões éticos mínimos, de boa governança e conformidade, sejam reconhecidas como importantes atores sociais que sabem, dentro de seu agir racional e moral, alcançar seus fins de modo a trazer benefícios para si e para a sociedade e que, em razão disso, possam participar no processo de escolhas dos representantes por meio do financiamento de campanhas devidamente regulamentado.

O direito a realizar tais financiamentos seria, em verdade, uma retribuição pelo importante desempenho no processo de geração e distribuição de riquezas e, ainda, uma ferramenta para que empresas que sigam com sua função social auxiliem na escolha de boas políticas que fomentem este ciclo.

Destaca-se que para a permissão a tais doações certas imposições se fariam necessárias, quais: impossibilidade destas empresas tomarem empréstimos com recursos públicos (pois do contrário seria um repasse disfarçado destes), vedação de participar em futuros processos licitatórios, necessidade de adequação a certas certificações, vedação de seus sócios participarem de outras empresas com o fim de burlar as demais vedações etc.

Vê-se, portanto, dentro destas diretrizes, que a eticidade imposta perpassa o simples agir diuturno e atinge a própria intenção da doação: ela é, verdadeiramente, um crédito que se dá ao representante para que este atue com vistas a boas políticas econômicas e não como parceiro comercial de seu financiador.

A VEDAÇÃO NÃO EVITA A CORRUPÇÃO

Quando se fez a defesa da proibição das doações de campanha por pessoas jurídicas, aí inseridas as empresas, fez-se, em verdade, a defesa do Princípio Republicano. Buscou-se evitar que a coisa pública fosse tomada pela captura de interesses privados. Ocorre que o Princípio Republicano não pode se fazer seletivo, optando por uma ou outra manifestação da livre expressão do ser humano e se olvidando de que os interesse empresariais também fazem parte dos interesses coletivos.

Vê-se que, a despeito de proteger a atuação estatal do poderio financeiro de poucos que poderiam se sobrepor ao de muitos acabou por sufocar igual quantidade de pessoas as quais movem a máquina produtiva do país.

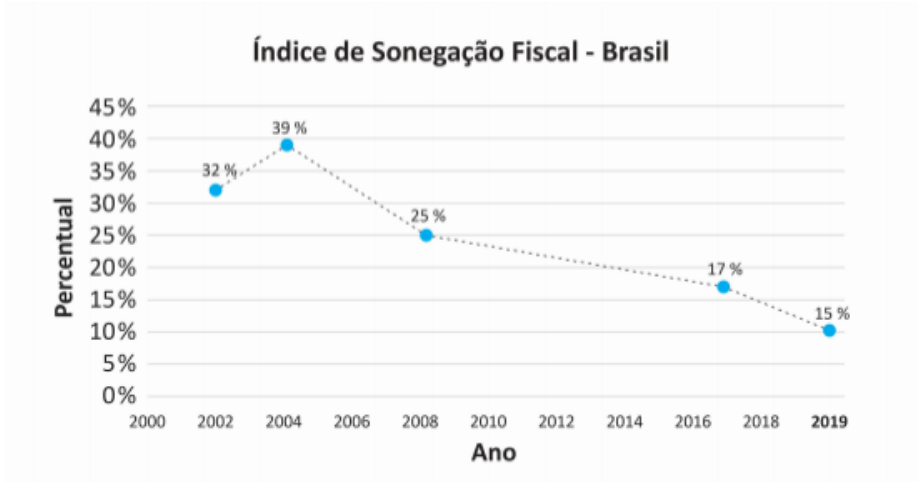
Pensar que empresários de micro, pequeno e médio porte têm o mesmo poder de pressão que os grandes podem parecer inocência, mas vedar-lhes a possibilidade de se associar e esta associação poder financiar um representante é extirpar qualquer possibilidade de se ver uma política econômica que lhes seja favorável.

Numa palavra, quando se vedou a doação da grande empresa, se vedou, em conjunto, a da micro, pequena e da média. Todavia, a quantidade destas empresas são a grande maioria no Brasil[1] e movimentam nada mais que trinta por cento do produto interno bruto do país (PEGN, 2020).

Outro fator que a decisão desconsiderou é que a captura do poder político pode se dar não apenas pela corrupção no processo eleitoral, mas, e principalmente, pela corrupção da própria política, que pode encontrar maneiras de se relacionar com o setor privado sem que haja um único centavo de origem privada injetado em campanhas.

Ademais, com uma fiscalização eficiente e informatizada, outras mazelas correntes verificadas no campo empresarial podem ser reduzidos, qual o índice de sonegação fiscal que dos 39% (trinta e nove pontos percentuais) no ano de 2004 reduziu para 15% (quinze pontos percentuais) para 2019.

[1] Apenas para ilustrar a relevância econômica das micro e pequenas empresas neste país, conforme dados da Receita Federal do Brasil, colhidos em 11 de maio de 2020 e compilados pelo SEBRAE: há 9.810.483 (nove milhões, oitocentos e dez mil, quatrocentos e oitenta e três) microempresários individuais, 6.586.497 (seis milhões, quinhentos e oitenta e seis mil, quatrocentas e noventas e sete) microempresas, 896.336 (oitocentas e noventa e seis mil, trezentas e trinta e seis) empresas de pequeno porte e 1.934.709 (um milhão, novecentas e trinta e quatro mil, setecentas e nove) de todas as demais espécies no universo de empresas instaladas em solo pátrio (SEBRAE, 2020).



Fonte: IBPT

> Devido aos cruzamentos eletrônicos de dados e à melhoria da qualidade da fiscalização, pode-se afirmar que já foi bem mais fácil [sonegar], mas a cada ano isso fica mais difícil, tendo como reflexo do percentual de sonegação fiscal cair de 32% sobre o valor total arrecadado com tributos, para 15% em 2019. (BRANDÃO, 2020).

Como dito, a transparência é uma necessidade que impera tanto no trato das coisas públicas, quanto da própria atuação ética de uma empresa, porquanto, por mais que ela encerre um desiderato focado em interesses privados, ela movimenta a máquina produtiva social e a ela os olhos do desenvolvimento são voltados. Não há como escapar desta expectativa.

Não se fere a igualdade de oportunidades da participação política se houver regras claras e uma fiscalização de igual modo transparente. Fere-se, sim, se se retira qualquer possibilidade de participação a pretexto de uma descrença que mais desmotiva a busca da eticidade do que a incentiva.

Se o dinheiro fala e seu discurso pode ser percebido como um direito de livre expressão, o mais prudente não seria silenciar a fala das empresas, mas saber dosá-la e demonstrar que, na arena de debates políticos, não se admitem sujeitos que lhe fujam às regras.

A fiscalização e a transparência são boas diretrizes para uma maior eticidade de qualquer espécie de doação e permitem um ingresso na gestão da *res*

publica de forma a se evitar ao máximo possível o fenômeno corruptivo posterior, permitindo o decréscimo da captura do poder político pelo poder econômico nos mesmos moldes que a fiscalização eficiente do fisco conseguiu diminuir a sonegação fiscal.

> A prestação de contas por parte dos partidos e a vigilância de parte da cidadania constituem hábitos pouco arraigados na cultura política latino-americana, embora observemos um progressivo e alentador (ainda que incipiente) papel dos meios de comunicação e da sociedade civil no acompanhamento e na fiscalização da origem e destino dos recursos manejados pelos partidos políticos. Além dos fatores acima analisados é preciso acrescentar outros três aspectos que limitam a vigência real dos marcos normativos, favorecem a impunidade e trazem consigo o risco da captura da agenda do Estado: a) estados de direito debilitados; b) a "informalidade" presente no âmbito da política, e da economia; e c) a concentração de poder econômico, inclusive o espinhoso tema da propriedade dos meios de comunicação. (ZOVATTO, 2005, p. 298)

Além da fiscalização, é de grande importância que a legislação traga consequências à altura dos ilícitos cometidos, ou seja, que havendo irregularidades na prestação de contas, haja, igualmente, consequências, qual se exige de qualquer cidadão (e de qualquer empresa) no cumprimento de seus deveres, não podendo uma desaprovação de contas ter mais um caráter indicativo que punitivo, qual a prática diuturna dos processos de prestação de contas de campanha acaba apontando como resultado.

> Embora, em princípio, estejamos de acordo com a introdução de proibições e limites às contribuições privadas, a experiência latino-americana demonstra que a facilidade de sua regulamentação contrasta com a dificuldade de assegurar seu cumprimento, ainda mais quando a legislação não estabelece os mecanismos e recursos necessários para garantir sua eficácia ou a sanção em caso de transgressão. Daí que compartilhemos da opinião dos especialistas que privilegiam, como alternativa às proibições e limitações, o uso de mecanismos de prestação de contas e de divulgação ampla para aumentar a transparência do financiamento político. (ZOVATTO, 2005, p. 306)

Vê-se, assim, que há muitas exigências de atuação ética para os cidadãos e, mais especificamente, para as empresas, gerando várias sanções e limitações de direitos. Contudo, a retribuição no pacto social queda-se ínfima, não permitindo que uma considerável massa geradora de riqueza do país possa atuar no processo de tomada de decisões, por meio de incentivo da campanha daqueles que acredita serem mais aptos para tanto.

CONCLUSÕES

A questão de financiamento de campanha, de per si, é complexa e envolve muitos temas sensíveis, inclusive de ordem constitucional. Mas em que pese este intrincado universo, repleto de polêmicas e de pontos de vista antagônicos, a verdade é que ela precisa se adaptar aos contornos de um mínimo de eticidade exigida para todos os atores sociais.

A tônica das relações travadas no seio da sociedade não pode exigir uma postura de condução das escolhas empresariais com base em valores morais e, depois, esquecer-se que este importante agente da sociedade também tem suas demandas, as quais devem ser ouvidas e consideradas na tomada de decisões acerca das políticas econômicas.

Não se mistura o papel de representado que a empresa deve e pode ter com a de corruptor do sistema representativo. Não há compatibilidade entre a ética e o comportamento de uma empresa que financia um candidato para lhe exigir benesses posteriormente. Menos ainda é razoável que uma empresa haja em conformidade, trace suas políticas internas com fundamento em boa governança, estipule metas tendo por norte a sustentabilidade, gere um considerável acervo informacional para tudo isso e sua potestade de livre expressão para fazer valer tudo isso seja estrangulado pela proibição de uma das facetas mais caras da cidadania: o direito de se apoiar uma candidatura, de financiá-la.

Claro que se pode questionar se tais demandas não podem ser ouvidas após o processo eletivo, com a escolha dos representantes financiados apenas pelas fontes públicas e por pessoas físicas, mas a possibilidade de apoiamento de uma candidatura ou de um partido previamente a este processo de escolha aumenta as chances de ganho do candidato e, com ele, a plataforma pela qual se elegeu.

O temor de que empresas detenham muito mais capital para injetar do que as pessoas físicas pode ser reduzido (e até mesmo, eliminado) se houver o bom intento em se planejar um sistema de financiamento que prime pela transparência, evitando-se trocas de vantagens feitas nos bastidores (como se pode ver no atual), que estabeleça ponderações entre as fontes de recursos e estabeleça tetos, que vede futuras trocas de favores (como a possibilidade de participação em processos licitatórios), que prime pela responsabilização dos agentes envolvidos, que traga um escalonamento de sanções ao descumprimento normativo, dentre outras.

A simples dificuldade em se estabelecer um modelo mais justo não pode ser razão para afastar a sua necessidade imperiosa de existência, especialmente, para que distorções, como a pesada carga de deveres imposta às empresas, sem a correspondente carga de direitos, não permaneçam sem a devida correção.

Nosso país tem muito a ganhar se instituir a inclusão no processo eleitoral das corporações, permitindo-lhes as doações às campanhas, desde que tais empresas primem por posturas de conformidade. Os mencionados ganhos se devem não apenas porque o universo empresarial eticamente comprometido corrigirá várias mazelas sociais, mas, também, porque o modelo burocrático do Estado poderá dar, cada vez mais, espaço a um modelo gerencial, fomentando geração de mais riqueza e de sua melhor distribuição, ouvindo todos os atores sociais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Poder econômico e caixa dois no sistema eleitoral brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ALMEIDA, Filipe Jorge Ribeiro de. Ética e desempenho social das organizações: um modelo teórico de análise dos fatores culturais e contextuais. Rev. adm. contemp., Curitiba, v. 11, n. 3, p. 105-125, Set. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552007000300006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 24 dez., 18:30:00.

BRANDÃO, Marcelo. Brasil perde R$417 bi por ano com sonegação de impostos, diz estudo. Agência Brasil. Brasília, 12 de dezembro de 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-12/brasil-perde-r-417-bi-por-ano-com-sonegacao-de-impostos-diz-estudo. Acesso em 20 dez. 2020, 23:00:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – Distrito Federal. Requerente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e outros. Interpelados Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. 17 de setembro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308746530&ext=.pdf. Acesso em 22 dez. 2020, 21:07:00.

CORTINA, Adela. Ética de la empresa: claves para uma nueva cultura empresarial. Madrid: Editorial Trotta, 1994.

MONTEIRO, Janine Kieling; ESPIRITO SANTO, Fabiana Cobas do; BONACINA, Franciela. Valores, ética e julgamento moral: um estudo

exploratório em empresas familiares. Psicol. Reflex. Crit., Porto Alegre, v. 18, n. 2, p. 237-246, Ago. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722005000200012&lng=en&nrm=iso. Acesso em 25 dez. 2020, 18:33:00.

PEGN- PEQUENAS EMPRESAS GRANDES NEGÓCIOS. Pequenos negócios já representam 30% do Produto Interno Bruto do país. Disponível em: https://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2020/04/pequenos-negocios-ja-representam-30-do-produto-interno-bruto-do-pais.html. Acesso em 23 dez., 22:39:00.

SEBRAE. Datasebrae. 2020. Disponível em: https://datasebrae.com.br/totaldeempresas/. Acesso em 23 dez. 2020, 22:27:00.

ZOVATTO, Daniel. Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. Opinião Pública, Campinas, Vol. XI, nº 2, Outubro, 2005, p. 287-336. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/op/v11n2/26417.pdf. Acesso em 23 dez. 2020, 20:52:00.

VULNERABILIDADE DOS PROSUMERS NA ERA DIGITAL[1]

Rossana Marina De Seta Fisciletti
Universidade Estácio de Sá / RJ,
Universidade Federal Fluminense,
Mediterranea International Centre for Human Rights Research
rossanafisciletti@id.uff.br

Resumo: Na era digital os prosumers requerem uma experiência de consumo plena, que se desenvolve nas fases de pré e pós-compra, o que transforma o consumo em uma transação mais complexa. Várias são as práticas abusivas na fase pré-contratual. A possibilidade de localização geográfica do consumidor, por exemplo, pode levar fornecedores à prática de *geopricing* e *geobloking*: Na fase pós-contratual, o consumidor tem a expectativa da preocupação dos fornecedores com a experiência de compra, como o prazo de entrega, o atendimento recebido e, principalmente, com a sua satisfação. A vulnerabilidade do consumidor é observada pelo seu monitoramento, com o fim de utilizar dados sensíveis, capazes de influenciar seus processos de escolha. Dados que podem ser coletados com consentimento no âmbito dos contratos de adesão - para instalação de *softwares*, aplicativos, utilização de sites, etc. Além disso, pelo monitoramento clandestino ou sem o devido esclarecimento e autorização, através de *cookies* instalados em computadores e celulares dos consumidores e do monitoramento via *smartphones* e assistentes virtuais. Em ambos os casos, a vulnerabilidade ocorre pela violação da privacidade e da intimidade dos consumidores. O estudo tem por objetivo analisar a vulnerabilidade digital. Como objetivos específicos estão os de: (i) identificar práticas abusivas no ambiente virtual e (ii) conceituar o prosumer e sua exposição às práticas abusivas. A metodologia da pesquisa empregada é a revisão bibliográfica sobre o tema e o estado da arte.

Palavras-chave: Consumidor; Vulnerabilidade; Era Digital; Prosumer.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro conta com leis que protegem os consumidores, como a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamenta o comércio

[1] O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 – e do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA.

eletrônico (*e-commerce*); o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) que busca regular o acesso à informação e o uso da internet no Brasil e, mais recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/18 - LGPD), dispondo a forma que as empresas e órgãos públicos devem tratar a privacidade e a segurança das informações de usuários e clientes.

O ambiente virtual apresenta extrema fragilidade aos consumidores, uma vez que, na dinâmica do dia a dia, sem fazer uma análise detalhada do ambiente (virtual ou físico autônomo), entregam seus dados e preferências, que podem ser objeto de exploração comercial. Além disso, é um ambiente em que o consumidor recebe inúmeros estímulos para compra.

O princípio da presunção de vulnerabilidade do consumidor integra o próprio conceito de consumidor, de acordo com a visão finalista aprofundada adotada pelos tribunais brasileiros. Diversas espécies de vulnerabilidade já foram identificadas pela doutrina e jurisprudência no Brasil, como a vulnerabilidade jurídica, econômica, técnica, informacional e psicológica.

A pesquisa se justifica em razão da vulnerabilidade digital, ou seja, da fragilidade do consumidor nas relações de consumo travadas na internet, especialmente em razão da exposição às novas tecnologias, aos algoritmos e à Inteligência Artificial.

O *e-commerce* evolui com ambientes de compras mais dinâmicos, com variedade de fornecedores e ofertas; diversos *marketplaces*, novos meios de busca e comparação, formas de pagamento e entrega. O presente artigo de revisão tem como metodologia a revisão integrada, em primeiro momento, utilizando como fonte de pesquisa produções acadêmicas e decisões recentes de âmbito jurisprudencial e administrativo sobre vulnerabilidade na era digital, para, em segundo momento, identificar os novos desafios dos consumidores online.

O objetivo geral é demonstrar que as práticas abusivas também se modernizaram, exacerbando as vulnerabilidades técnica, informacional e psicológica no ambiente digital. Como objetivo específico está o de identificar algumas dessas práticas e conceituar o prosumer e sua vulnerabilidade no meio virtual.

1. Perfil do prosumer e hábitos de consumo

Na era digital, através da tecnologia e inovação, vêm se consolidando as figuras dos consumidores 3.0 e 4.0. Ambas as gerações buscam experiência de

consumo de uma forma plena, que vai além do ato de comprar, pois se estende as fases de pré e pós-compra, o que transforma o consumo em uma transação mais complexa.

A vulnerabilidade digital é identificada pelos consumidores das gerações 3.0 e 4.0, por estarem expostos às novas tecnologias, aos algoritmos e à inteligência artificial[2].

Antes de abordar a vulnerabilidade na era digital é necessário apresentar algumas características do consumidor 4.0, também chamado de *digital* ou *prosumer*[3]. Suas qualidades são formadas pela evolução natural da sociedade de informação, que interliga todas as atividades inerentes à compra, transformando o ato de adquirir um bem ou serviço em uma experiência mais complexa, com diversas nuances capazes de interferir diretamente na confiança do comprador e de outros consumidores em relação ao fornecedor.

Uma das características do consumidor 4.0 é a proatividade, notadamente por seu hábito de pesquisar mais, de ler e reler os detalhes inerentes à aquisição, de verificar a opinião de outros consumidores e a reputação do fornecedor, gerando um posicionamento de mercado em relação à experiência que vislumbra ter.

O caminho para compra online, por exemplo, perpassa por acesso aos mecanismos de busca, lançando perguntas para obter mais informações, além de

---

[2] A primeira geração (que é o consumidor 1.0) é caracterizada pela falta de uma lei protetiva especial, havendo apenas alguns dispositivos esparsos na legislação, sendo de uma geração hipervulnerável. A segunda geração tem vários marcos protetivos importantes: a criação do Procon de SP na década de 70; a promulgação da Constituição, que garantiu sua proteção em diversos dispositivos e determinando a criação do Código de Defesa do Consumidor. O CDC foi publicado em 11 de set. de 1990 (completamos 30 anos de Código), mas é uma geração carimbada com diversos dilemas conceituais, com diversas teorias para definir a extensão do seu conceito trazido no artigo 2º do CDC. A terceira geração é mais moderna, que decorre da sociedade de informação, é um consumidor conectado. E a quarta geração é ainda mais avançada, proativa, sempre procurando experiências de compras mais dinâmicas e seguras, com características diferenciais dentro desse cenário que se convencionou chamar de Indústria 4.0. FISCILETTI, Rossana Marina De Seta. **Brief do livro 'A quarta revolução industrial e os novos paradigmas do Direito do Consumidor'**. Entrevista concedida a Camila Barreto no Festival dos Livros do Congresso 2020 GGINNS RESEARCH, 17 out. 2020, Plataforma Zoom.

[3] A expressão "Prosumer" foi utilizada pela primeira vez por Alvin Toffler, em 1980. TOFFLER, Alvim. **The Third Wave.** United Stades: Bantam Books, 1980, p. 267.

estabelecer comparações de preços e características dos produtos em sites específicos ou não, com o objetivo fazer escolhas mais seguras e de obter mais vantagens, através de descontos e agilidade na entrega, por exemplo.

O prosumer, por seu espírito inovador, motiva a produção de conteúdo em relação ao produto ou serviço adquirido, criando uma rede de referências em torno das experiências de compras de outros consumidores, uma vez que se propõem a disponibilizar os prós e contras do item adquirido e entregar informações sobre as etapas para a aquisição. Em tais avaliações é possível encontrar especificações técnicas, como se deu a entrega, o funcionamento e até mesmo a possibilidade de reposição de peças e serviços.

Deste modo, observa-se o protagonismo do prosumer no mercado, especialmente pela produção gratuita e detalhada de conteúdo sobre os produtos e serviços, sobre os fornecedores e as experiências com a aquisição.

Essa atuação, no entanto, difere da dos "digital influencers", pois os prosumers não produzem informações com a habitualidade de uma atividade profissional, embora se dediquem aos testemunhos particulares (endossos) para compartilhamento de experiências, capazes de formar uma reputação do fornecedor, o que vem se tornando uma preocupação constante das empresas que precisam investir em marketing, na proteção do conteúdo e na comunicação, nas ferramentas de *feedback* e programas de fidelidade, com o objetivo de obter a identificação e a interação dos consumidores com as marcas (modelo *business to consumer* – B2C, ou seja, dirigidas ao consumidor final).

O consumidor na era digital foi objeto de estudo. Em tese de doutorado, Fisciletti relata que entrevistou 391 consumidores na era digital, usuários de sites ou aplicativos e indagou se costumavam verificar a reputação do fornecedor de produto ou serviço pouco conhecido. A solidez, a estrutura e a confidencialidade foram destacadas por 82% dos entrevistados que disseram pesquisar a reputação antes de adquirir um produto ou serviço; 16% disseram que às vezes verificavam e apenas 2% disseram não checar a reputação (2020, p. 170).

Nos Estados Unidos, o Federal Trade Commission (FTC -16 CFR Part 255, 2009, p. 53.139), apresenta guias específicos com exemplos do uso de endossos e depoimentos em publicidade, no intuito de fornecer critérios para o cumprimento da lei pelos anunciantes e endossantes consumidores e especialistas, que devem produzir opiniões e compartilhar experiências de forma

ética, sendo vedadas apreciações implícitas e que induzam os interessados ao engano (FISCILETTI, 2020, p. 134).

Alguns sites reúnem reclamações e experiências negativas de diversos consumidores, com espaço para resolução de problemas entre os consumidores e fornecedores, tendo também a finalidade de alertar novos consumidores sobre experiências de compras ruins (ausência ou demora na entrega; defeito; troca; divergência de valor, etc.).

O *e-commerce* revolucionou as formas negociais, estreitou fronteiras e aumentou consideravelmente o volume de vendas, aumentando expressivamente o volume de disputas decorrentes das relações de consumo. Contudo, segundo Fisciletti e Costa Júnior (2018, p. 75), o novo perfil do consumidor preza por soluções mais rápidas e desjudicializadas, através do *Online Dispute Resolution* (ODR).

Becker e Lameirão informam que o ODR incentiva compradores e vendedores a celebrarem um acordo "por meio de algoritmos, o *software* guia os usuários através de uma série de perguntas e explicações a fim de ajudá-los a alcançar uma solução amigável", através de plataforma online (2017, p. 2).

O grau de exigência dos consumidores é evidenciado pelo engajamento social, através da cobrança por um atendimento personalizado e de excelência, bem como pela preocupação com o respeito ao meio ambiente e pela adequação dos fornecedores às práticas de responsabilidade socioambiental. A sustentabilidade é um dos principais critérios de escolha para os prosumers.

Os prosumers admiram campanhas que deixam claro a utilização de métodos de produção sustentáveis, de preservação do ecossistema, de uma economia circular, políticas de descarte adequado de resíduos, de oferecimento de locais para o descarte seguro de resíduos. O consumidor 4.0 é engajado com causas ambientais e se preocupa com o futuro das próximas gerações.

Os fornecedores de produtos e serviços no ciberespaço apostam na interação visando influenciar o comportamento dos consumidores. Solomon explica o poder social dos grupos em razão da "capacidade de mudar os atos dos outros" e, dentro desse contexto, identifica o poder persuasivo do denominado "grupo de referência", conceituado como "indivíduo ou grupo real ou imaginário que influencia significativamente as avaliações, aspirações ou o comportamento do indivíduo". Esse "poder de referência", segundo o autor, é importante como estratégia de marketing, pois, "se uma pessoa admira as qualidades de alguém ou

de um grupo, ela tenta imitar os comportamentos de referência" (2016, p. 367-369).

Bauman observando as características da sociedade de consumidores adverte que o objetivo do consumo "não é a satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas a comodificação ou recomodificação do consumidor: elevar a condição dos consumidores à de mercadorias vendáveis". Aponta, ainda, para o fato de que "a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade. Tornar-se e continuar sendo uma mercadoria vendável é o mais poderoso motivo de preocupação do consumidor, mesmo que em geral latente e quase nunca consciente", afinal o ato de consumir é comparado a de um investimento em si próprio, por força do "valor social" e da "auto-estima" proporcionados aos indivíduos ávidos por seu valor de investimento (2008, 75-6) .

2. Espécies de vulnerabilidade

Conceitua a interpretação finalista aprofundada, que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica (art. 2º, Código de Defesa do Consumidor - CDC), que adquire produtos e serviços como destinatária final, desde que se configure a situação de vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC). A ideia de presumir a vulnerabilidade do consumidor, considerando-o como parte mais fraca da relação de consumo, assegura ao consumidor um conceito mais ajustado à realidade da sociedade de consumo e estabelece o elemento integrador do contrato consumerista, que é a confiança. A adoção da vulnerabilidade como critério básico para definição de consumidor, e da aplicação das normas de proteção previstas no microssistema do CDC é acompanhada da revisão e ampliação do próprio significado e alcance do princípio da vulnerabilidade (FISCILETTI, 2015, p. 43).

Conforme Miragem: "A adoção da vulnerabilidade como critério básico para definição de consumidor, e da aplicação das normas de proteção previstas no microssistema do CDC é acompanhada da revisão e ampliação do próprio significado e alcance do princípio da vulnerabilidade" (2016, p.174). O autor explica que a vulnerabilidade técnica é caracterizada pela falta de conhecimentos técnicos específicos sobre o produto ou serviço; a vulnerabilidade jurídica ocorre em razão do desconhecimento do consumidor em relação aos seus direitos e possíveis repercussões decorrentes da contratação e que a vulnerabilidade fática ou econômica, decorre da falta de condições econômicas, físicas ou psicológicas

do consumidor, potencializando sua posição de fragilidade em relação ao fornecedor (idem).

Em relação à vulnerabilidade informacional, Carpena assevera que: "Quanto maior a incerteza do consumidor no momento de seu processo decisório, maior será a carga de deveres de informação imposta pela lei ao fornecedor" (2005, p. 2015).

A vulnerabilidade psicológica é identificada por Moraes (2009, p. 125) ao observar a qualidade do consumidor como sendo o sujeito mais frágil na relação de consumo "tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos na sua incolumidade física ou psíquica".

As vulnerabilidades informacional, psicológica e técnica são acentuadas no espaço virtual, mesmo considerando que os prosumers possuem maior habilidade de navegação e destreza nas relações de consumo no ciberespaço, uma vez que, como qualquer consumidor, também estão expostos às práticas abusivas, que serão apresentadas a seguir.

2.1. Vulnerabilidade informacional na era digital: *geopricing*, *geoblocking* e instalação de *cookies*

A preocupação com a vulnerabilidade informacional ganhou mais força com a difusão do *e-commerce* no Brasil. Considera-se que os fornecedores são os verdadeiros donos da informação e ditam as regras de consumo, tornando-se um fator de risco presente nas relações de consumo. Na lição de Marques (2006, p. 330): "Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio da relação vis-à-vis dos fornecedores, os quais, mais do que experts, são os únicos verdadeiramente detentores da informação".

Várias são as práticas abusivas na fase pré-compra além da conhecida propaganda enganosa. A possibilidade de localização geográfica do consumidor, por exemplo, pode levar fornecedores à prática de *geopricing* e *geobloking*: a primeira consiste na afixação de valores diferentes sobre um mesmo produto, e, na segunda, há negativa de ofertas aos consumidores; trata-se de práticas abusivas, por discriminarem os consumidores segundo a sua localização geográfica. O artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor veda a prática abusiva de "recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes" (inciso II) e de "recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente

a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais" (inciso IX).

Em junho de 2018, a empresa Decolar (segmentada em vendas na área de turismo na internet) foi multada em R$ 7,5 milhões pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) por ofertar produtos como quarto de hotéis por *geopricing* e *geoblocking*, conforme noticiado pela Agência Brasil (2018, s/p).

A vulnerabilidade digital também compreende o monitoramento do consumidor para a utilização de dados sensíveis, capazes de influenciar seus processos de escolha[4]. Os dados podem ser coletados com consentimento no âmbito dos contratos de adesão para instalação de *softwares*, aplicativos, utilização de sites etc. Por outro lado, podem se dar por monitoramento clandestino ou sem o devido esclarecimento e consentimento, através de *cookies* instalados em computadores e celulares dos consumidores e do monitoramento via smartphones e assistentes virtuais. Foi o que ocorreu, em dezembro de 2020, com as empresas Google e Amazon, multadas na França pela Comissão Nacional de Informática e Liberdades (CNIL), autoridade de proteção de dados francesa, pela prática de instalação automática de *cookies* nos computadores dos usuários franceses dos sites sem qualquer informação prévia ou consentimento. No caso da Google, a empresa violou a legislação também pela manutenção dos *cookies* nos computadores, mesmo após a oposição dos usuários à coleta de dados, por meio da desativação de anúncios.

A Amazon foi multada em 35 milhões de euros, conforme *Délibération SAN-2020-013 du 7 décembre 2020* da *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (LEGIFRANCE, 2020). A Google LLC foi multada em 60 mulhões de Euros e a Google Ireland Limited recebeu a multa de 40 milhões, o órgão as considerou solidariamente responsáveis, uma vez que determinam as finalidades e meios relacionados ao uso de *cookies*, perfazendo o valor de 100 milhões de euros, sendo a maior sanção aplicada ao Google na Europa (*Délibération SAN-2020-012 du 7 décembre 2020*), conforme portal Legifrance (2020, s/p).

[4] Nunes observa que: "Quando se fala em 'escolha' do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucro". NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 177.

Os casos citados demonstram como ocorre a vulnerabilidade pela violação da confidencialidade consumidores, demonstrando a necessidade de maior proteção do *e-commerce*.

2.2. Vulnerabilidade informacional na era digital: reconhecimento facial e transferência desautorizada de dados

Os termos e condições de uso, termos de privacidade e políticas de *cookies* de um site ou aplicativo possuem natureza jurídica de contrato de adesão. Nessa seara, verifica-se a vulnerabilidade informacional, uma vez que a maioria dos usuários desconhece que até mesmo os serviços gratuitos oferecem riscos e, muitas vezes, se apropriam dos seus dados pessoais; monitoram o tráfego e registros de atividades dentro e fora do aplicativo; coletam dados de navegação; transacionam os dados com parceiros comerciais (desconhecidos do consumidor); mapeiam o rosto para – quem sabe – identificar a expressão facial do consumidor e sugerir produtos e serviços que mais lhe agradem (JESUS, 2019, s/p).

Em setembro de 2020, a Secretaria Nacional do Consumidor, por meio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), "multou a Cia. Hering em R$ 58.767,00 pela utilização de tecnologia reconhecimento facial em sua loja no Shopping Morumbi, em São Paulo". O processo administrativo instaurado (a partir da notificação do Idec), requereu que a Hering justificasse o uso de reconhecimento facial em sua loja, coletando dados sem o consentimento prévio dos consumidores. A prática foi considerada abusiva por ofender o princípio da transparência e violar o direito básico à informação, previsto no CDC. Além disso, o DPDC constatou que a empresa mantinha "registros de dados — eliminados posteriormente — que deveriam ter sido informados aos consumidores, segundo o que dispõe o CDC" e violando os direitos de personalidade dos consumidores (Defesa do Consumidor.Gov, 2020).

No que diz respeito a proteção de dados, a vulnerabilidade na era digital é deflagrada na utilização indevida dos dados dos consumidores, observada em uma das primeiras decisões no Brasil a aplicar a Lei Geral de Proteção de Dados (13.709/2018), que passou a vigorar em setembro de 2020, no sentido de proteger os dados dos consumidores. Trata-se da sentença da juíza Tonia Yuka Koroku, da 13ª Vara Cível de São Paulo que condenou a Cyrela Brazil Realty S.A Empreendimentos e Participações a indenizar um consumidor que ao adquirir

uma unidade autônoma de empreendimento imobiliário da requerida, teve suas informações pessoais compartilhadas com outras empresas, passando a receber contatos indesejados de instituições financeiras, consórcios, empresas de arquitetura e de construção e fornecimento de mobiliário planejado.

> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO COMARCA DE SÃO PAULO FORO CENTRAL CÍVEL 13ª VARA CÍVEL. Processo Digital nº: 1080233-94.2019.8.26.0100. Classe - Assunto Procedimento Comum Cível - Indenização por Dano Moral Requerente: Fabricio Vilela Coelho Requerido: CYRELA BRAZIL REALTY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES Juiz(a) de Direito: Dr(a). TONIA YUKA KOROKU. (...) Não há dúvida que a relação entre as partes é de natureza consumerista como restou assentado na decisão de fls. 627/630 de sorte que um dos direitos fundamentais do consumidor é de acesso à informação adequada acerca dos serviços que lhes são postos à disposição. Especificamente sobre o assunto referente ao tratamento de dados, a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados LGPD) prescreve que são fundamentos da disciplina da proteção de dados, dentre outros, o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, a defesa do consumidor, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade (art. 2º). Vê-se, portanto, que os referidos diplomas (CDC e LGPD) encontram-se em consonância com os princípios fundamentais da República expressos na Constituição Federal de 1988, especialmente o respeito à dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88) e a promoção do bem de todos sem preconceitos (art. 3º, IV, CF/88). Exsurge de tais valores o vetor que direciona a tutela dos direitos fundamentais como pilar inarredável do Estado Democrático de Direito, em que as garantias e os direitos individuais sequer são passíveis de serem infirmados ou reduzidos pelo Poder Constituinte Derivado (art. 60, § 4º, IV, CF/88). (....)Pelo exposto, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão reconvencional e PROCEDENTES os pedidos autorais, com a confirmação da tutela provisória inicialmente deferida, para: a) condenar a ré a se abster de repassar ou conceder a terceiros, a título gratuito ou oneroso, dados pessoais, financeiros ou sensíveis titularizados pelo autor, sob pena de multa de R$ 300,00 (trezentos reais) por contato indevido; b) condenar a ré ao pagamento de indenização a título de dano moral no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizado pela tabela prática do TJSP desde a data da publicação desta sentença e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a contar da data do trânsito em julgado.

As novas tecnologias propiciam o ambiente de violação do direito à proteção de dados, configurado nos direitos inerentes à personalidade e como garantia fundamental a intimidade e a vida privada.

Marrafon e Coutinho (2020, p. 957 e 972) chamam atenção para o fato de que a preocupação com a privacidade ocorre a partir da desmesurada utilização dos dados pessoais, gerando um verdadeiro desequilíbrio entre os indivíduos e os controladores do processamento e da forma de utilização dos dados coletados.

> A privacidade tornou-se um fator crítico de confiança e de restrição das liberdades básicas na atual sociedade da informação. É amplamente reconhecido que, a menos que um sistema seja desenvolvido desde a base com proteção de seu núcleo axiológico essencial, falhas surgirão devido a deficiências inesperadas e não superadas. Com efeito, incorporar privacidade associada à segurança diretamente no design do sistema, produto ou serviço é uma etapa crucial para a proteção de dados.

O respeito do princípio da transparência é cada vez mais importante para assegurar o equilíbrio é essencial na "engrenagem" da proteção do consumidor. Em um mundo movido pela tecnologia, a privacidade é um grande desafio. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº. 13.709/18) regulamenta a política de proteção de dados pessoais e privacidade no Brasil, prevendo que as operações no ambiente físico e virtual que envolvam tratamento de dados pessoais terão que se adaptar a esta nova legislação, tornando as empresas e órgãos públicos responsáveis pela guarda e criação de mecanismos que protejam os dados dos indivíduos, informando-os de forma clara de que maneira os dados serão coletados, utilizados, repassados e comercializados, numa tentativa de estabelecer garantias e deveres no uso da internet no Brasil.

2.3. Vulnerabilidade psicológica na era digital: técnicas de persuasão e gatilhos mentais

A vulnerabilidade do consumidor apresenta diversos contornos, como exposto anteriormente. Na era digital, diversos são os gatilhos mentais propostos pelos fornecedores, por técnicas de marketing, muitas vezes massificadas.

A "teoria do senso de escassez" consiste em uma técnica amplamente utilizada no mercado (físico e virtual) que leva o consumidor a se tornar vulnerável frente à sua massificação, muitas vezes passando despercebida até

mesmo pelos consumidores 4.0. Sua finalidade é provocar a venda pelo impulso, pelo receio do consumidor de perder uma "grande oportunidade". Na aplicação da teoria do senso de escassez, os fornecedores utilizam expressões como "Restam apenas 5 unidades..."; "Últimos minutos da Black Friday"; "Lote quase esgotado". Essas expressões objetivam, de forma subliminar, acessar o inconsciente do consumidor para um gatilho de urgência, de compra imediata ou antecipada.

A urgência, a novidade e a antecipação são estratégias destacadas na área de marketing que incentivam a impulsividade no consumidor, atuando em seu comportamento de forma a tornar o produto uma necessidade. Porém, abrem um caminho para a vulnerabilidade, pois diminuem a quantidade de decisão do comprador. Esse dilema é observado por Bauman (2008, p. 128)

> A cultura consumista é marcada por uma pressão constante para que sejamos alguém mais. Os mercados de consumo se concentram na desvalorização imediata de suas antigas ofertas, a fim de limpar a área da demanda pública para que novas ofertas a preencham. Engendram a insatisfação com a identidade adquirida e o conjunto de necessidades pelo qual se define essa identidade. Mudar de identidade, descartar o passado e procurar novos começos, lutando para renascer - tudo isso é estimulado por essa cultura como um dever disfarçado de privilégio.

Técnicas de persuasão são estudas pelo neuromarketing, que visa compreender o que pode influenciar a decisão de compra e traçar métodos para estimular o consumo, através do mapeamento do cérebro humano exposto a estímulos de marketing. É um campo de estudos bastante abrangente, difundido por pesquisadores como Gerald Zaltman e Martin Lindstrom.

Para Zaltman (2006, p. 106-110), os consumidores e os profissionais de marketing devem interagir para o aperfeiçoamento de ideias de mercado, a partir de modelos mentais (metáforas) capazes de identificar as emoções dos consumidores em relação às marcas.

Lindstrom (2017, p. 10), por outro lado, observa que o neuromarketing ajuda a "decodificar o que nós, consumidores, já estamos pensando ao sermos confrontados por um produto ou marca", mas adverte sobre o potencial risco de abuso: "Em algum momento, num futuro distante, talvez haja pessoas que usem essa ferramenta da maneira errada" e, dessa forma, é preciso "uma responsabilidade ética", evitando que as empresas manipulem ou controlem as mentes dos consumidores.

2.4. Vulnerabilidade psicológica dos menores na era digital: os youtubers e a prática abusiva do *unpacking*

Diante da convergência entre os mundos virtual e físico, torna-se necessária uma análise sobre como os vídeos no YouTube vêm disseminando publicidades abusivas e clandestinas dirigidas ao público infantil, a exemplo da prática de exibição de vídeos de *unpacking* ou *unboxing* (desempacotamento).

A vulnerabilidade psicológica infantil na era digital é deflagrada pela prática de publicidade clandestina e abusiva, deflagradora de hábitos consumistas, através de vídeos de *unpacking*, prática disseminada, "viralizada" no YouTube, **local digital de veiculação dos conteúdos produzidos pelos "youtubers mirins"** ("vlogueiros mirins" ou "influenciadores mirins"), que abrem não apenas um, como vários brinquedos, despertando nas crianças que os assistem a vontade de viver algo semelhante. Os vídeos difundem o consumismo como forma de felicidade por publicidades apelativas, disfarçadas (na maioria dos casos, apenas as crianças protagonizam tais vídeos), para persuadir o consumismo de outras crianças, explorando a vulnerabilidade infantil. Observa-se violação aos artigos 36 e 37 da Lei no 8.078 de 1990 (CDC), conforme Fisciletti (2019, p. 595 a 609).

2.5. Vulnerabilidade técnica na era digital: obsolescência programada em razão de *update*

Na era digital, a questão da vulnerabilidade técnica ganha novos contornos, particularmente em relação à técnica da obsolescência programada ou planejada (OP), que reduz a vida útil de produtos, para que as necessidades de aquisição sejam permanentes.

A questão não é apenas a obsolescência programada inserida nos produtos e sim a satisfação dos consumidores não são duradouras, como observa Bauman (2001, p. 85-6):

> Mesmo que algum deles mostrasse funcionar do modo esperado, a satisfação não duraria muito, pois no mundo dos consumidores as possibilidades são infinitas, e o volume de objetivos sedutores à disposição nunca poderá ser exaurido. As receitas para a boa vida e os utensílios que a elas servem têm "data de validade", mas muitos cairão em desuso bem

> antes dessa data, apequenados, desvalorizados e destituídos de fascínio pela competição de ofertas "novas e aperfeiçoadas.

As práticas de obsolescência programada foram conduzindo o mercado desde sua idealização em 1929, com o objetivo de impulsionar a produção em larga escala, gerar postos de trabalhos e aquecer o mercado consumidor. Nos dias atuais, porém, diversos fatores acabaram transformando a reconhecida "estratégia de mercado" uma prática insustentável. Como principal barreira enfrentada à produção desenfreada de produtos, temos a crescente escassez de matéria prima, colocando a prática diretamente oposta aos conceitos de sustentabilidade e consciência ambiental. Além desta perspectiva, em alguns casos, podemos destacar os direitos difusos da classe consumerista que convive com diversos prejuízos relacionados à não durabilidade de inúmeros produtos amplamente comercializados.

A dicotomia entre a aceleração da economia e os prejuízos causados por sua prática foi responsável pelo aumento considerável da vulnerabilidade nas relações de consumo, se tornando um dilema subliminar que vem influenciando o estímulo ao consumismo (necessidade crônica de consumir), pois, mesmo quando o produto está em perfeitas condições de uso, o simples fato de ter sido lançado um novo modelo no mercado, com mais recursos que o produto anterior (obsolescência de função e de desejabilidade), gera o descarte, na grande maioria das vezes inadequado, contribuindo com a poluição do solo, águas e gerando outros diversos malefícios, como assevera Leonard (2011, p. 142).

O sociólogo e filósofo Zygmunt Bauman descreve o consumismo: "Novas necessidades exigem novas mercadorias, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos; o advento do consumismo augura uma era de 'obsolescência embutida' dos bens oferecidos no mercado e assinala um aumento espetacular na indústria da remoção do lixo" (2008, p. 45).

A vulnerabilidade técnica na era digital pode ocorrer em razão da *obsolescência programada digital* (OPD) *em razão de update*, quando, através do uso da tecnologia, são instaladas atualizações de *firmware* (*software* que comanda um equipamento eletrônico) mais recentes de um sistema operacional incompatíveis com a versão mais antiga do sistema operacional instalado no produto. O update (atualização, modernização) de *firmware* pode ocorrer pelo comando do usuário ou de forma automática, quando o próprio *software* identifica as atualizações disponíveis e as instala.

No caso dos sistemas operacionais, as atualizações são sugeridas, e os procedimentos variam de acordo com a plataforma, sendo necessária a permissão do usuário para que possa ser efetivada. Nesse ponto, cabe destacar a vulnerabilidade técnica na era digital, pois, apesar de os sistemas prestarem informações sobre a atualização, melhorias e consequências, o consumidor, via de regra, não possui o conhecimento técnico necessário para vislumbrar o impacto das atualizações na sua experiência e na utilização do produto, podendo causar diversas insatisfações (FISCILETTI, 2020, p. 128).

Conclusão

Os Consumidores 4.0 ou prosumers, em razão das suas características de proatividade e engajamento são mais exigentes, participativos, buscam uma experiência de compra mais completa. São consumidores que tem por hábito analisar a reputação dos fornecedores antes da compra e buscar experiências de outros compradores, com o objetivo de evitar o arrependimento posterior da compra ou contratação, assim como qualquer litígio com os fornecedores.

No entanto, mesmo com todas as características descritas, os prosumers também são alvo de práticas abusivas no ambiente de compras virtual que, via de regra, estão fora do seu controle, a exemplo das práticas de *geobloking* e *geopricing*; da instalação indevida de *cookies* durante a navegação; da violação de privacidade e utilização indevida dos dados pessoais; de estratégias de marketing manipuladoras das suas escolhas; da publicidade clandestina em vídeos de *unpacking* dirigidos ao público infantil e da obsolescência programada em razão de *update*.

Assim, as vulnerabilidades abordadas nesta pesquisa, em especial a informacional, a técnica e a psicológica ganham novos contornos na era digital, identificando os novos desafios dos consumidores no ambiente virtual e a necessidade de se respeitar as leis protetivas, como a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC); o Decreto n. 7.962/2013 (que regulamenta o *e-commerce*); a Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e a Lei n. 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD).

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Economia. **Decolar.com é multada em R$ 7,5 milhões.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-06/decolarcom-e-multada-em-r75-milhoes>. Acesso em: 10 out. 2019

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

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

BRASIL. PODER JUDICIÁRIO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 13ª Vara Cível. **Indenização por Dano Moral.** Requerente: Fabricio Vilela Coelho. Requerido: Cyrela Brazil Realty S/A Empreendimentos e Participações. Juíza de Direito: Dra. Tonia Yuka Koroku. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do. Processo n. 1080233-94.2019.8.26.0100. Código 9CEEC18. Acesso em: 29 dez. 2020.

BECKER, Daniel; LAMEIRÃO, Pedro. **Online Dispute Resolution (ODR) e a Ruptura no ecossistema da Resolução de Disputas.** São Paulo: RT, 2017.

CARPENA, Heloisa. **O Consumidor no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DEFESA DO CONSUMIDOR.GOV. SENACON. **Secretaria Nacional do Consumidor aplica multa a empresa por reconhecimento facial.** Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/ultimas-noticias/1539-secretaria-nacional-do-consumidor-aplica-multa-a-empresa-por-reconhecimento-facial. Acesso em: 30 dez. 2020.

FISCILETTI, Rossana Marina De Seta. A confiança na qualidade de elemento integrador do contrato consumerista e sua aplicabilidade aos princípios do código de defesa do consumidor. **AREL FAAR**, Ariquemes, RO, v. 3, n. 2, p. 42-55, mai. 2015.

FISCILETTI, Rossana Marina De Seta; COSTA JÚNIOR, João Batista Soares da. Sistema Multiportas para a Solução de Conflitos Decorrentes das Relações de Consumo: Estudo de Caso do Portal Consumidor.Gov.Br. **AREL FAAR,** Ariquemes, RO, v. 6, n. 3, p. 068-080, set. 2018.

FISCILETTI, Rossana Marina De Seta. Vulnerabilidade infantil na era digital:os youtubers e a prática abusiva do unpacking. In: **Estudos em homenagem ao professor Carlos Eduardo Japiassú**. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros;

MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei (Coords). Rio de Janeiro: Processo, 2019.

FISCILETTI, Rossana Marina De Seta. **A Quarta Revolução Industrial e os novos paradigmas do Direito do Consumidor.** 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2020.

FISCILETTI, Rossana Marina De Seta. **Brief do livro 'A quarta revolução industrial e os novos paradigmas do Direito do Consumidor'.** Entrevista concedida a Camila Barreto no Festival dos Livros do Congresso 2020 GGINNS RESEARCH. Plataforma Zoom/Youtube: Global Comparative Law|Governance, Innovation and Sustainability, 17 out. 2020.

JESUS, Tiffany Cunha de. **Porquê eu não baixei o apliactivo faceapp e o que você deveria saber sobre isso**. Disponível em: https://medium.com/@tcjesus.adv/porqu%C3%AA-eu-n%C3%A3o-baixei-o-aplicativo-faceapp-e-o-que-voc%C3%AA-deveria-saber-sobre-isso-c53976cafc2c. Acesso em: 15 out. 2019.

LEGIFRANCE. Le Service Public de la diffusion du droit. **Délibération de la formation restreinte no SAN-2020-013 du 7 décembre 2020 concernant la société Amazon Europe Core.** Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000042635729. Acesso em: 30 dez. 2020.

LEGIFRANCE. Le Service Public de la diffusion du droit. **Délibération de la formation restreinte no SAN-2020-012 du 7 décembre 2020 concernant les sociétés Google LLC Et Google Ireland Limited.** Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000042635706. Acesso em: 30 dez. 2020.

LEONARD, Annie. **A história das coisas:** da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos (livro digital). Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo:** verdades e mentiras sobre porque compramos. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** O Novo Regime das Relações Contratuais. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARRAFON, Marco Aurélio; COUTINHO, Luiza Leite Cabral Loureiro. Princípio da privacidade por design: fundamentos e efetividade regulatória na garantia do direito à proteção de dados. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v.15, n.3, 3º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 20 dez. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor:** o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor:** comprando, possuindo e sendo. 11. ed. Porto Alegre: Bookman, 2016.

TOFFLER, Alvim. **The Third Wave.** United Stades: Bantam Books, 1980.

ZALTMAN, Gerald. Os modelos mentais. Entrevista concedida a Viviana Alonso. **HSM Management,** n. 54 jan-fev. 2006.

6

PAINEL 6
Democracia, totalitarismo e instituições em cenários internacionais

BITCOIN E A IMPORTÂNCIA DE SEU SISTEMA DESCENTRALIZADO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexandre Magno Antunes de Souza
Universidade Federal Fluminense (UFF), Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.
alexandreantunes@id.uff.br

Marcia Bataglin Dalcastel
Universidade Federal Fluminense (UFF), Professora Adjunta de Direito Empresarial na UFF e do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UFF.
marciadalcastel@gmail.com

Resumo: O trabalho analisa a possibilidade do uso do Bitcoin na efetivação de Direitos Fundamentais de pessoas que vivem em situação de vulnerabilidade, como é o caso daquelas que estão sob regimes totalitários. O artigo se justifica pela necessidade de se encontrar uma ferramenta capaz de auxiliar a concretização de Direitos Fundamentais como a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a Human Rights Foundation já demonstrou que o Bitcoin pode ser aliado no trabalho da defesa de Direitos Humanos em países antidemocráticos. A metodologia utilizada foi a exploratória combinando referências bibliográficas em livros, artigos, com análises de documentos e matérias jornalísticas. Para tanto, o texto foi distribuído em quatro capítulos. O primeiro deles aborda a respeito dos desbancarizados, dos vulneráveis em países de regime totalitário e dos refugiados. No segundo, será abordado o problema da ineficácia dos Direitos Fundamentais. O terceiro capítulo traz o Bitcoin como uma possível ferramenta contra o controle de tiranos. Por último, na conclusão é abordado se o Bitcoin de fato cumpre seu papel na efetivação dos Direitos Fundamentais.

Palavras chave: Bitcoin; Direitos Fundamentais; ONU; Human Rights Foundation.

INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem como objetivo examinar a possibilidade de o Bitcoin ser usado como um instrumento capaz de efetivar Direitos Fundamentais como

a dignidade da pessoa humana e a liberdade. Os Direitos Fundamentais têm sido utilizados como princípios basilares para decisões desde o término da 2ª Guerra Mundial, mas a efetividade deles ainda parece algo distante.

A Human Rights Foundation tem defendido o uso desses ativos para apoiar trabalhos em defesa de Direitos Humanos em países que desconhecem o respeito às liberdades e até mesmo à vida de seus opositores.

Essa questão, por si, já traz a necessidade de uma análise sobre como essa criptomoeda pode ajudar pessoas em situação de vulnerabilidade. Apesar de a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) mencionar que "todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal"[1], muitos deles ainda vivem sob regime totalitário, onde sequer há a liberdade desses seres humanos em receber doações sem que essas passem pelo controle do Estado.

Ainda na DUDH consta a defesa pela dignidade da pessoa humana. A realidade, porém, é de seres humanos sem acesso ao Sistema Financeiro. Alguns deles, refugiados completamente vulneráveis, contando apenas com a sorte. A saída, então, seriam doações que assegurassem a total privacidade dessas pessoas diante de um Estado opressor e ao mesmo tempo não dependessem de instituições bancárias.

O trabalho, então, buscou apurar se o Bitcoin preenche esses requisitos. A principal das criptomoedas não possui um ente emissor específico como ocorre com as moedas fiduciárias e tão pouco uma instituição para garantir as transações. Não há um ente, qualquer que seja, para centralizar todas essas operações. Tudo ocorre por meio de uma cadeia de blocos chamada Blockchain e a garantia se dá por meio da validação de inúmeros computadores aleatórios.

Essas características, por si, já dificultam a identificação dos usuários de criptomoedas. Mas aqui residem alguns problemas. Uma vez que essas transações dependem de internet e equipamentos como celulares ou computadores, teria de se pensar numa saída para driblar o controle de governos opressores tanto no confisco destes equipamentos bem como na forma de se navegar por uma internet que não sofra restrição desses governos.

[1] Cf. consta no art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por> . Acessado em 06 de nov. 2020. 19:20:00

Como o tema não possui vasta referência bibliográfica, a análise foi feita pelo método exploratório utilizando, além de textos e artigos, documentos como o próprio white paper do Bitcoin escrito por Satoshi Nakamoto, matérias jornalísticas que trazem histórias de pessoas que utilizaram criptomoedas para fugir do controle de Estados totalitários e entrevistas concedidas a veículos de comunicação tanto de refugiados bem como de militantes de defesa aos Direitos Humanos.

Dividido em quatro capítulos. O texto inicia com o problema dos desbancarizados pelo mundo, dentre os quais há aqueles que fugiram da situação de vulnerabilidade em seus países e acabaram se tornando refugiados à espera de asilo num outro Estado. Apesar de haver inúmeros casos, neste trabalho será dada a devida atenção ao caso da Venezuela por ser um dos mais recentes.

No capítulo seguinte é abordado o problema da falta efetividade dos Direitos Fundamentais, os quais apesar de serem proferidos e postos em Constituições, não há a devida garantia de eles se tornarem reais nas vidas de seres humanos que ainda se encontram vulneráveis nas mãos de regimes opressores mesmo que, em alguns casos, estejam sob o manto de uma democracia.

Em seguida, será exposto o funcionamento do sistema descentralizado por trás do Bitcoin, as características desse ativo em particular e o seu uso como uma espécie de "moeda social" com o intuito de pessoas comuns e até mesmo defensores de Direitos Humanos conseguirem driblar o controle desses Estados.

Por último, na conclusão, será analisado se de fato o Bitcoin possui resposta para o problema dessas pessoas que vivem sob regime totalitário e sobre a questão dos refugiados.

1- Os oprimidos pelo totalitarismo e a vulnerabilidade dos desbancarizados pelo mundo

Entre as 7.8 bilhões de pessoas que existem no mundo[2], cerca de 3.7 bilhões delas vivem sob regime totalitário[3] onde sequer há a liberdade desses

[2] Cf. aponta a Worldometer. Disponível em <https://www.worldometers.info/world-population/>. Acessado em

[3] Os números são da Human Rights Foundation disponíveis em <https://hrf.org/programs_posts/your-human-rights/>. Acessado em 02 de nov. 2020. 19:10:00

seres humanos receberem doações sem que essas passem pelo controle do Estado com o risco de sofrerem confisco. Segundo a 12ª edição do Democracy Index produzido pela The Economist Intelligence Unit (EIU)[4], 54 dos 167 países pelo mundo estão sob o regime totalitário. A pesquisa foi iniciada em 2006 e buscou separar os Estados em seis categorias: "Full democracy"; "Flawed democracy"; "Hybrid regime"e "Authoritarian regime".

O estudo, então, pontuou numa escala de 0 à 10 os 167 Estados, considerando o nível de liberdades civis, o processo eleitoral e pluralismo, além do funcionamento do governo, a participação política e a cultura política nesses países. O resultado do EIU apenas reforçou o que já vem sendo demonstrado pela Human Rights Foundation. Segundo a Democracy Index, 48,4% da população mundial vive sob um regime democrático. Nisso, estão incluídas as democracias imperfeitas, pelas quais a liberdade de imprensa enfrenta problemas como os ocorridos durante o governo de Donald Trump nos EUA[5], críticas ao governo bem como oposição política podem sofrer retaliações.

A Democracia perfeita ou a "full democracy" é exceção à regra, onde tão somente 5,7% da população mundial vivem. Até 2015 esse cenário era diferente. Os 8,9% das pessoas no mundo gozavam de uma vida sob regime integralmente democrático. De acordo com o estudo do The Economist Intelligence Unit, a média de índice democrático do mundo caiu de 5,48 para 5,44. Dentre as razões apontadas estão os retrocessos na América Latina e na África Subsaariana, os quais têm sido maiores do que no Oriente Médio.

> Latin America was the worst performing region in 2019, recording a fall of 0.11 points in its average regional score compared with 2018, to 6.13. Starting from an already low base, the regression in Sub-Saharan Africa was also striking: the average regional score fell by 0.10 points year on year, to 4.26. The democratic deterioration in the MENA (Middle East and North Africa) region was more modest but followed a trend of steady regression that started in 2012, when the gains of the Arab Spring began to be reversed. In the 2019 Democracy Index three regions stood still in

[4] Documento disponível em <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2019.pdf&mode=wp&campaignid=democracyindex2019>. Acessado em 05 de jun. 2020. 20:00:00

[5] Cf. consta em <https://freedomhouse.org/report/freedom-and-media/2019/media-freedom-downward-spiral>. Acessado em 06 de jun. 2020. 12:00:00

> terms of their average scores, as gains in some countries and categories were erased by setbacks in others.[6]

Sobre o problema do regime autoritário pelo mundo, o diretor de estratégia de Human Rights Foundation (HRF) Alex Gladstein expôs[7] que em Estados sob esse sistema não há qualquer freio sobre os governantes e eles podem acabar até mesmo usando "o dinheiro como mais uma ferramenta de pressão contra o povo".

Ainda de acordo com Gladstein, esses governos acabam fechando acordos com bancos comerciais a fim de ter maior controle sobre quaisquer transações que envolvam residentes nesses países de regime totalitário. Ele mencionou a Rússia como um dos Estados que vem tomando esse tipo de atitude a fim de "limitar as ações das sociedades civis". O governo de Vladimir Putin, no entanto, não é o único, conforme será visto adiante.

Esse tipo de controle, além de manter o povo preso nesses países sem poder receber qualquer ajuda financeira que possibilite sua saída e venha pedir asilo em outro Estado, acaba atrapalhando o trabalho de defensores de Direitos Humanos e dissidentes que habitam nesses Estados de regime democrático, os quais dependem de doações estrangeiras para não ficar nas mãos desses governantes.

O fato é que os bancos devem obedecer a regras impostas por países para operar neles e a depender do Estado em que esses bancos estejam há regras mais rígidas que outras. Algumas normas são criadas para evitar a fuga de capital. Há, contudo, outras que extrapolam e implicam na liberdade de seu povo.

A Venezuela, em agosto de 2018, instituiu uma norma para que as entidades financeiras limitassem o acesso de clientes as suas próprias contas, caso eles estivessem fora do país[8]. Para que essas pessoas tivessem acesso às suas próprias contas teriam de informar com antecedência a saída do país e expor

---

[6] Trecho da Democracy Index. Disponível em <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2019.pdf&mode=wp&campaignid=democracyindex2019>. Acessado em 05 de jun.2020. 20:00:00

[7] Cf. entrevista cedida ao jornalista Alexandre Antunes no Portal do Bitcoin: <https://portaldobitcoin.uol.com.br/bitcoin-deve-ser-temido-por-ditaduras-diz-diretor-da-human-rights-foundation/>. Acessado em 02 de fev. 2020. 13:00:00

[8] Documento na íntegra disponível em <https://www.bfc.com.ve/images/docs/SIB_DSB_14539_%2027082018.pdf>. .Acessado em

todos os dados ao governo de Nicolás Maduro, incluindo data da viagem e por quanto tempo esse cliente ficará fora do país.

Essa medida do governo venezuelano impossibilita que quem esteja fora do país possa fazer transferências bancárias para familiares, amigos ou até mesmo para ONGs (Organizações Não- Governamentais) na Venezuela. O termo "impossibilita" não é exagero nesse caso específico, uma vez que a alternativa de enviar dinheiro por meio de casas de câmbio ou agentes financeiros não existe na Venezuela. Até mesmo a Western Union é proibida pelo governo de Maduro de atuar no país. A razão é que ela é de origem estadunidense[9].

Desta forma, quanto mais se restringe o acesso ao Sistema Financeiro mais fácil é o controle do Estado sobre o movimento bancário das pessoas. Vale deixar claro que países democráticos também estabelecem seus controles. No Brasil, por exemplo, qualquer movimentação financeira acima de R$ 100 mil deve ser informada[10] ao COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras)[11]. Nos Estados Unidos, a regra é similar e os bancos têm a obrigação de comunicar ao Estado quaisquer transações que ultrapassem a US$ 100 mil ou que sejam suspeitas[12].

O caso da Venezuela, contudo, não se trata de mero controle para se evitar fraudes. Mas, conforme apontou o padre jesuíta espanhol naturalizado

---

[9] Cf. matéria publicada em <https://www.uol/noticias/especiais/imigrantes-venezuelanos-envio-dinheiro-brasil.htm#venezuela-proibiu-envios-do-exterior>. Acessado em

[10] Cf. consta em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509695/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=As%20institui%C3%A7%C3%B5es%20financeiras%20j%C3%A1%20s%C3%A3o,haja%20uma%20suspeita%20do%20banco>. Acessado em

[11] O Coaf foi criado pela Lei 9.613/1998 e funciona no âmbito do Ministério da Fazenda. Esse órgão tem como atuação principal a prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

[12] Cf. consta em documento produzido pelo tesouro estadunidense sobre combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo em 2005. Disponível em <https://www.treasury.gov/resource-center/terrorist-illicit-finance/documents/mlta.pdf> . Acessado em

venezuelano Pedro Trigo seria um regime totalitário caminhando para uma ditadura[13].

Trigo descreve o cenário da Venezuela ainda em 2017 como algo triste em que as pessoas vivem sob a sombra da impotência. Ele afirmou que o governo estava conseguindo o que queria, mas nisso faltava produtos de primeira necessidade como comida.

Como se o problema não fosse grande o bastante, vieram os embargos econômicos de nações ricas democráticas. Sob o argumento de não tolerar perseguições a civis, os países mais ricos como os Estados Unidos da América (EUA)[14] e os Estados que compõem o bloco da União Europeia iniciam uma verdadeira guerra econômica onde os mais afetados não são os líderes das nações em regime totalitário, mas o povo[15]. E, deste modo, a vulnerabilidade dessas pessoas comuns que nada têm a ver com o conflito econômico só aumenta.

A solução dos venezuelanos tem sido, então, sair do país e buscar refúgio em outros Estados. De acordo com os dados do ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados), mais de 5 milhões de venezuelanos vivem como refugiados ao redor do mundo[16]. Nem todos, porém, conseguem refúgio.

Parte deles dessas pessoas está em situação indefinida aguardando em condição de vulnerabilidade a resposta de outros Estados para obterem asilo. Só no caso da Venezuela, são mais de 895 milhões pedidos de asilo ainda aguardando resposta. Enquanto a resposta não vem, essas pessoas enfrentam problemas

---

[13] Ver Pedro Trigo in "Venezuela: do totalitarismo para a ditadura?". Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/186-noticias/noticias-2017/568168-venezuela-do-totalitarismo-para-a-ditadura>. Acessado em 19 de dez. 2020. 21:00:00

[14] De acordo com o The Wall Street Journal, os embargos dos EUA contra o governo de Maduro se intensificaram no segundo semestre de 2019. O governo de Donald Trump anunciou sanções contra empresas e pessoas que negociarem com a Venezuela. Matéria disponível em <https://www.wsj.com/articles/u-s-expands-sanctions-against-venezuela-into-an-embargo-11565053782>. Acessado em 15 de out. 2020. 15:30:00

[15] Cf. expõe matéria publicada na Deuchte Welle disponível em <https://www.dw.com/pt-br/o-custo-humano-das-san%C3%A7%C3%B5es-%C3%A0-venezuela/a-50666756> . Acessado em 15 de out. 2020. 16:00:00

[16] Cf. publicado em <https://www.acnur.org/portugues/venezuela/#:~:text=Cerca%20de%202%2C5%20milh%C3%B5es&text=Mais%20de%204%20milh%C3%B5es%20de,de%20deslocamento%20no%20mundo%20atualmente>. Acessado em 12 de dez. 2020. 21:00:00.

quanto a seus Direitos dos mais fundamentais, dentre eles o que deveria ser inerente a qualquer ser humano: a dignidade.

> (...) centenas de milhares de venezuelanos permanecem sem documentação ou permissão para residir regularmente em países vizinhos, e, assim, não possuem a garantia de acesso a direitos básicos. Isso os faz particularmente vulneráveis à exploração laboral e sexual, tráfico, violência, discriminação e xenofobia.
> A maioria dos refugiados e migrantes da Venezuela chegando em países vizinhos são famílias com crianças, mulheres grávidas, pessoas idosas e pessoas com deficiência. Muitas vezes obrigados a viajar por rotas irregulares em busca de segurança, eles podem ser vítimas de contrabandistas, traficantes e grupos armados clandestinos. À medida que mais e mais famílias chegam com cada vez menos recursos, elas precisam imediatamente de documentação, proteção, abrigo, alimentos e cuidados médicos.

Alguns deles, cerca de 264 mil, chegaram ao Brasil, país que segundo a ACNUR é o que mais tem recebido venezuelanos. De acordo com a mesma organização, diariamente em torno de 500 venezuelanos tentam atravessar a fronteira. A maior chega ao Brasil por Roraima. Apesar de neste texto estarem listados números, por trás destes há histórias de gente que abandonou suas vidas, seus familiares e amigos.

O problema, conforme foi mencionado anteriormente, é que essas pessoas que deixam a Venezuela perdem acesso às próprias contas bancárias e não conseguem enviar dinheiro para aqueles que ficaram.

O êxodo de venezuelanos é só uma ponta do iceberg. No final do ano de 2019, 79,5 milhões de pessoas tiveram de abandonar seus países[17]. Destes, 4,2 milhões estão na situação de total vulnerabilidade por serem apátridas. Assim como aqueles que abandonaram a Venezuela, essas pessoas "sem Estado" entram para a lista dos desbancarizados pelo mundo. Segundo o Banco Mundial, já são 1,7 bilhões de pessoas sem acesso ao Sistema Financeiro.

Apesar de o texto abordar com mais riqueza a situação da Venezuela, essa não é uma particularidade do país latino-americano. Os regimes autoritários

[17] Conforme um relatório produzido em junho de 2020 pela ACNUR, a Síria foi o Estado que mais teve pessoas saindo do país no ano passado, 6,6 milhões; a Venezuela vem em seguida com 3,7 milhões. O documento está disponível em <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>. Acessado em 16 de ago. 2020. 13:00:00

vêm sucedendo ainda em países como Zimbábue, Cuba, Haiti e Síria. Vale ressaltar que mesmo todo o desenvolvimento econômico na China em nada apaga por lá as perseguições a civis e até mesmo a restrição de acesso ao Sistema Financeiro.

Na China há ainda 224 milhões de pessoas sem uma conta bancária[18]. O país é considerado pelo estudo do The Economist Intelligence Unit como um Estado de regime bastante autoritário. Em seguida, vem a Índia que apesar de ser considerado um país democrático, traz a marca de 191 milhões de desbancarizados. O terceiro lugar ficou para o Paquistão. O país não é uma democracia e tampouco está entre os autoritários pelo mundo, mas o acesso ao Sistema financeiro não chega a quase 100 milhões do seu povo. O Brasil, apesar de uma democracia imperfeita, está em 9º lugar entre os países que mais tem pessoas sem acesso aos bancos. São 48,4 milhões de brasileiros que estão excluídos do serviço bancário.

2 . Direitos Fundamentais e o problema de sua efetividade

O problema em torno dos Direitos Fundamentais atualmente não está mais na sua anunciação. Essa já é uma etapa superada. Afirmar nas constituições que todo ser humano tem direito à vida e que essa deve ser exercida com dignidade já não é novidade alguma. A própria constituição do Zimbábue[19] traz entre seus princípios "os direitos fundamentais e liberdades" bem como o "reconhecimento da dignidade inerente ao ser humano".

Nesse mesmo país que se autodetermina uma república democrática, contudo, a realidade não condiz com o que se encontra na Constituição. O Zimbábue tem sido palco de graves violações aos Direitos Fundamentais por meio de perseguições contra dissidentes do regime.

Algo semelhante sucede na Venezuela. A constituição bolivariana[20] traz logo nos primeiros artigos que se trata de um Estado democrático e social de

[18] Cf estudo feito pelo Banco Mundial em 2017 disponível em <https://globalfindex.worldbank.org/>. Acessado em 16 de 2020. 19:00:00

[19] A Constituição da República do Zimbábue está disponível no site do parlamento desse país: <https://www.parlzim.gov.zw/images/documents/Constitution-of-Zimbabwe-Amendment_No_20_-_14-05-2013.pdf>. Acessado em 20 de set. 2020. 15:40:00

[20] A Constituição Bolivariana da Venezuela está disponível em <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Venezuela/Leyes/constitucion.pdf>. Acessado em 20 de set. 2020. 15:30:00.

Direito, o qual teria como fim respeito à dignidade humana. A questão é que a constituição venezuelana de 1999 parece não manter sua força normativa[21] perante o que se tornou o país após Nicolás Maduro, conforme foi já apontado no capítulo anterior.

A celeuma está na falta de efetividade dos Direitos Fundamentais. Em outros termos, os Direitos Fundamentais para que tenham a devida proteção devem ser concretizados (BONAVIDES, 2011, p. 607) e não apenas servirem como princípios basilares para constar em constituições dos Estados ou para ilustrar decisões como vem ocorrendo desde o final da 2ª Guerra Mundial.

Nesta mesma linha, Ulrich Scheuner deixava claro que o Direito Fundamental (Grundrecht) não deve ser interpretado sob a lógica formal jurídica, mas sim atender a situação material ocorrida no momento.

> Jedes Grundrecht bedarf einer geistergeschichtlichen Ausdeutung an Hand seiner Geschichte und Tradition. Es gibt nicht möglich, Grundrechte mit den formalen Mitteln der am bürgerlichen Recht geschulten sogenannten juristisch Logik auszulegen, sie verlangen eine stärker auf den sachlichen Gehalt und seine materialen Probleme abgestimmte Ausdeuteung. (SCHEUNER apud BONAVIDES, 2011, p. 608)

Desta maneira, de nada vale mencionar e reconhecer os direitos como a liberdade e a igualdade nas constituições, se não é feito coisa alguma para assegurar isso para as pessoas. Nessa mesma linha de pensamento, Norberto Bobbio afirmou que "uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir lhes uma proteção efetiva" (BOBBIO, 2004, p.32).

A democracia é o elemento fundamental para que haja a proteção de todos os direitos humanos. Essa foi a conclusão do Conselho de Direitos Humanos na resolução 19/36, pela qual foi mencionado também que é por meio da democracia que os Estados se forçam a garantir a devida proteção aos Direitos Humanos, se submeterem ao "rule of law"e ainda a assumir sua responsabilidade da total implementação dos Direitos Fundamentais.

O conteúdo da resolução 19/36 do Conselho de Direitos Humanos da ONU foi apenas uma evolução do que já havia sido firmado na Declaração de

[21] Ver Konrad Hesse in A força normativa da constituição.

Viena em 1993[22]. A Conferência Mundial para os Direitos Humanos da ONU declarou que a comunidade internacional deve se ater no fortalecimento e na promoção da democracia, do desenvolvimento e do respeito pelos direitos humanos e as liberdades em todo o mundo.

De acordo com o órgão, os Estados também deveriam trabalhar nesse sentido. A realidade atual, porém, não se coaduna ao que aspirava o Conselho de Direitos Humanos. Entre 1999 e 2005 foram instituídas diversas resoluções que reforçaram a conexão entre democracia, direitos humanos, desenvolvimento e Estado de Direito. Ainda assim, hoje o que se tem são mais e mais regimes que beiram ao totalitarismo, o que faz com que milhares de pessoas tenham de abandonar suas vidas, passar por humilhações, experimentarem a sensação de não ter a quem recorrer apenas com o intuito de sobreviver.

> Cerca de 100 milhões de pessoas foram forçadas a fugir de suas casas na última década, buscando segurança dentro ou fora de seus países por causa de guerras, conflitos armados e perseguições. O deslocamento forçado praticamente dobrou na última década: eram 41 milhões de pessoas em 2010, contra 79,5 milhões em 2019.[23]

Em 2015 se tinha no mundo já a marca de 244 milhões de migrantes internacionais e 20 milhões deles eram refugiados. Em quinze anos o que houve foi um aumento de 41% de pessoas que migraram dos seus países (GUERRA; OLIVEIRA, 2019, p. 432). Atualmente o número de migrantes no mundo já saltou para 272 milhões, segundo as estimativas do Relatório de Migração Global 2020, divulgado pela Organização Internacional para Migrações (OIM).

Segundo Sidney Guerra e Liliana Oliveira, esse é um problema que vem sucedendo há anos. Em 2004, o Estudio Económico y Social Mundial da ONU apontou que 175 milhões de pessoas já viviam fora do país em que nasceram.

> Isso significa que uma em cada 35 pessoas é migrante, o que corresponde 2,8% da população mundial. A intensidade do fenômeno pode ser elucidada levando em conta que, em 1910, o número de emigrantes era de 33 milhões, ou seja, 2,1% da população planetária. (GUERRA; OLIVEIRA, 2019, p.432).

---

[22] Cf. consta em https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx. Acessado em 10 de set. 2020. 21:00:00

[23] Esses dados são da ONU e estão disponíveis em https://nacoesunidas.org/entenda-como-o-deslocamento-forcado-e-tratado-em-nova-serie-de-ficcao/. Acessado em 10 de set. 2020. 20:00:00

A questão é que migrar por escolha de melhoria de vida é uma coisa, mas buscar refúgio em outro Estado com medo da violência e perseguições é outra situação. Segundo a OIM, em 2018, 3,5 milhões de pessoas buscavam proteção internacional e aguardavam a determinação de seu status de refugiado.

A liberdade na visão do economista indiano Amartya Sen é elemento fundamental para que haja desenvolvimento. O ser humano livre é capaz de melhor cuidar de si próprio e ainda servir como boa referência aos demais. Assim, "a expansão da liberdade é vista, por essa abordagem, como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento" (SEN, 2010, p. 10).

Vale mencionar que a liberdade traz consigo a responsabilidade. Uma não existe sem a outra (SEN, 2010, p. 361). Sob esse prisma, cabe apontar que sempre que o Estado intervém em liberdades traz para si a responsabilidade para criar mecanismos que protejam as pessoas contra o próprio Estado. Essa proteção quando é estendida a toda comunidade humana é o que torna "cada vez menos provável a alternativa entre opressão e resistência" (BOBBIO, 2004, p. 31).

Sob esse panorama é válido demonstrar os três elementos basilares para uma real democracia. Segundo a ONU[24], para num Estado que se converte em tirania não há decisões políticas que considerem o pensamento do povo. Deste modo, primeiramente, uma democracia é um arranjo institucional pelo qual as decisões políticas ocorrem por meio da participação popular e onde os cidadãos podem exercer seu poder de voto.

O segundo elemento é que a democracia pode ser definida como um sistema de governança no qual "os governantes são responsabilizados por suas ações na esfera pública pelos cidadãos agindo indiretamente por meio da competição e cooperação de seus representantes"[25]. Por último e não menos importante, a terceira característica é aquela que vincula as normas baseadas na Justiça e equidade.

---

[24] De acordo com a ONU em Study on common challenges facing States in their efforts to secure democracy and the rule of law from a human rights perspective. Disponível em <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.29_English.pdf>. Acessado em 11 de set. 2020. 17:00:00

[25] Idem

A questão é quando o Estado deixa faltar qualquer um desses elementos e o governante se converte num tirano, as nações mais abastadas com os chamados embargos econômicos terminam piorando a situação dos mais frágeis. O povo que já estava numa situação de grande vulnerabilidade passa a sofrer mais ainda com a miséria instalada. Nisso, fica a pergunta: "E qual seria a saída?"

3. O Sistema descentralizado do Bitcoin e a possível efetividade dos Direitos Fundamentais

O Estado em situação de tirania não possui limites. Não há coisa alguma capaz de frear quem está no poder e até mesmo o uso do dinheiro é utilizado contra a população. Como já foi mencionado, quanto menos acesso ao Sistema Financeiro, mais fácil se faz o controle das transferências bancárias entre as pessoas. O problema se agrava com a moeda nacional desses países em frangalhos por conta da economia que se torna debilitada após os embargos impostos por nações ricas.

A realidade, então, é de pessoas oprimidas e muitas vezes famintas. Transferências em moedas estrangeiras se torna quase impossível para essas pessoas, uma vez que empresas como a Western Union muitas vezes são proibidas de atuar nesses Estados, como ocorre com a Venezuela. Há nisso ainda um outro problema que é a dolarização de países pobres, o que não é muito interessante para essas economias fragilizadas que acabam se tornando mais fragilizadas[26].

A saída, portanto, seria um ativo que não passasse por nenhum controle estatal e não colocasse em risco o que já está ruim. Os venezuelanos para driblar a situação de desemprego e controle sobre as suas contas decidiram usar as criptomoedas. Mesmo sob a proibição de Nicolás Maduro, as pessoas passaram a minerar esses ativos criptografados que não pertencem a nenhum Estado e possuem ao mesmo tempo a chamada "Reserva de Valor".

Aqui, porém, cabem algumas questões. (i) Será que um ativo anárquico poderia servir de ferramenta para auxiliar pessoas que vivem sob Estados

[26] Sobre esse tema, Gianni De Nicolo e Ize Patrick in *Dollarization of the Banking System: Good or Bad?*. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/18133.>. Acessado em 11 de dez. 2020. 14:00:00.

opressores? e (ii) O que poderia garantir que esses Estados não utilizariam da mesma ferramenta para oprimir?

De acordo com o diretor de estratégias da Human Rights Foundation, Alex Gladstein, o sistema descentralizado do Bitcoin possibilita a liberdade civil das pessoas e pode ser utilizado em favor da democracia. Ele, no entanto, não enxerga da mesma forma as outras "criptomoedas" ou no melhor termo para o reguladores: criptoativos. A questão é que existem hoje no mundo mais de 5 mil espécies desses ativos criptografados e nem todos, vale mencionar, são descentralizados como é o Bitcoin.

Essa descentralização funciona por meio de inúmeros computadores. Na Blockchain do Bitcoin não há um órgão ou ente que valide as transações. Cada transferência envolve a solução de uma complicada equação, a qual só é possível de se chegar a um resultado por meio da prova de trabalho (proof-of-work) desses computadores. Um computador sozinho, entretanto, não resolve o problema matemático por inteiro, mas tão somente parte. Daí, vem a próxima etapa que será de algum outro computador aleatório ligado na rede.[27]

Em outros termos, o primeiro bloco descoberto terá parte da informação necessária para o bloco seguinte (proof-of-work) e assim por diante, com as informações anteriores encontradas, outros computadores tentarão resolver a sequência do problema até que a cadeia de blocos esteja montada e a informação lá registrada.

Todos esses computadores que ajudaram na solução do problema são recompensados com alguns satoshis, que seriam centavos de Bitcoins. O interessante na cadeia de blocos (tradução livre para Blockchain) do bitcoin é que nenhum computador tem contato direto com o outro e sequer sabem quem são as pessoas envolvidas na transação. O que se tem é apenas uma sequência alfanumérica chamada hash, a qual identifica publicamente (chave pública) que a transação é real. O conteúdo, porém, fica resguardado. Por isso que se fala em anonimato. Já as pessoas que participaram da transação (doador e beneficiário da doação) possuem suas chaves privadas, as quais só eles conhecem. Claro, que o sistema é mais complexo.

[27] Para melhor elucidação, vale a leitura do White paper do Bitcoin feito por Satoshi Nakamoto em 2008. Disponível em <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acessado em 05 de jul. 2020. 15:00:00.

Para facilitar a compreensão sobre o que são os hashes, cabe aqui afirmar que eles são as criptografias que guardam as informações. Essas equações são humanamente impossíveis de resolver. Para efeito de comparação apenas, vale a pena lembrar de como o computador foi criado por Alan Turing, o qual teve sua origem como uma grande máquina de quebrar criptografias e fazer cálculos para decifrar os códigos enviados por nazistas durante a Segunda Guerra Mundial (PAAR; PELZL, 2010, ps. 09 e 10).

Se só um computador consegue quebrar ou construir criptografia, imaginemos diversos deles espalhados. Eles são capazes de criar criptografias muito mais complexas e ao invés de registrar num bloco, podem fazer isso numa cadeia de blocos, o que dificulta bem mais a quebra dessa criptografia.

Não cabe aqui entrar nos detalhes técnicos. Mas apenas para elucidar sobre a dificuldade de se corromper o sistema vale um trecho do white paper do Bitcoin escrito em 2008 por Satoshi Nakamoto:

> Para modificar um bloco passado, um invasor teria que refazer o 'proof-of -work' (prova de trabalho) do bloco e todos os blocos após ele e, em seguida, recuperar o atraso e ultrapassar o trabalho dos nós honestos (...) a probabilidade de um invasor mais lento recuperar o atraso diminui exponencialmente à medida que os blocos subsequentes são adicionados.[28]

Sob esse cenário, não há ainda governo capaz de interceptar ou até mesmo corromper esse sistema. Não há na blockchain do Bitcoin alguém que mande exceto o código. Conhecendo esse sistema e atuando como militante na Human Rights Foundation, Gladstein mencionou que o Bitcoin é uma ferramenta eficaz para ajudar pessoas em situação de vulnerabilidade.

> Less than 1% of the world's population — no more than 40 million people — have ever used Bitcoin. But, according to the Human Rights Foundation, more than 50% of the world's population lives under an authoritarian regime. If we invest the time and resources to develop user-friendly wallets, more exchanges, and better educational materials for Bitcoin, it has the potential to make a real difference for the 4 billion

[28] White paper do Bitcoin . Disponível em <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acessado em 05 de jul. 2020. 15:00:00.

> people who can't trust their rulers or who can't access the banking system. For them, Bitcoin can be a way out[29].

O fato é que quando a Venezuela experimentou uma inflação galopante de 14 mil por cento e quaisquer transferências internacionais eram super taxadas pelo Estado, as pessoas optaram por usar os Bitcoins e isso ficou claro no aumento do volume apresentado no site LocalBitcoins.[30]

Não é só o Bitcoin que tem esse poder. Um ativista venezuelano chegou a fazer uma campanha utilizando a criptomoeda Nano para angariar fundos para comprar alimentos[31]. A questão, entretanto, é que o Bitcoin além de possuir maior aceitação como ativo, a validação dos blocos da cadeia (Blockchain) não ocorre por meio do proof of work, mas pelo proof of stake. Em outros termos, o sistema da Nano é mais centralizado, uma vez que há aqueles maiores detentores da criptomoeda Nano com poder de voto.[32]

Isso, porém, não impossibilitou o uso da criptomoeda para comida. Com esse caso, um de tantos outros que sucedem na Venezuela, pode-se afirmar que esses ativos criptografados podem cumprir o papel de uma "moeda social" na prática. A única diferença é que ela não será necessariamente convertida na moeda fiduciária com o aval do Estado.

Rachel Sztajn e Milton Barrossi-Filho mencionaram que o Bitcoin e outras criptomoedas não poderiam ser usadas como moedas sociais.Ao analisar, porém, o que eles descreveram como tais é possível vislumbrar a possibilidade de o Bitcoin e, nesse caso, o Nano terem também esssa função:

> Sabe-se que a falta de moeda de curso forçado em certas áreas ou comunidades leva à criação de instrumentos que sirvam como bem intermediário de troca. Para tais populações são ou equivalem à moeda.

---

[29] Cf. Alex Gladstein mencionou em seu artigo publicado na Times Magazine. Texto disponível em <https://time.com/5486673/bitcoin-venezuela-authoritarian/>. Acessado em 15 de fev. 2020. 18:00:00

[30] Cf. matéria publicada em <https://portaldobitcoin.uol.com.br/procura-por-bitcoin-na-venezuela-dispara-com-inflacao-de-14-000-no-pais/>. Acessado em 19 de fev. 2020. 13:35:00.

[31] Cf. matéria publicada em <https://portaldobitcoin.uol.com.br/venezuelano-compra-alimentos-apos-receber-doacoes-na-criptomoeda-nano/>. Acessado em 19 de fev. 2020. 14:00:00.

[32] Para aprofundar no tema, vale a leitura do White Paper da Nano. Disponível em <https://docs.nano.org/whitepaper/english/>. Acessado em 19 de fev. 2020. 16:00:00.

> Ou seja, a criação de moeda, monopólio do Estado, autoridade monetária, só incide sobre a de curso forçado, que não pode ser recusada, mas não elimina o exercício da autonomia privada na criação de instrumentos que perfaçam a função de bem intermediário de troca. (BAROSSI-FILHO; SZTAJN: 2015, p 262)

Apesar do lado positivo do uso do Bitcoin, Gladstein afirmou que nada impossibilita que os governantes tiranos tentem usar a tecnologia a seu favor. O diretor da HRF acredita na possibilidade de ditadores usarem seu poder e o monopólio do uso da energia elétrica nos seus países para minerar o resto dos Bitcoins. Mesmo que isso ocorra, a criptomoeda terá reduzido o poder centralizado sobre o sistema financeiro.

Com apenas um celular e internet, pessoas no Haiti, na Venezuela ou no Zimbábue podem receber doações de ONGs ou pessoas do Brasil ou de qualquer outro Estado sem que os governantes tenham acesso as informações. A questão, porém, traz dois problemas que ainda terão de ser pensados: (i) a falta de internet de qualidade para todos e (ii) a segurança dos celulares.

A segurança parece que tem sido a preocupação da HRF, que chegou a premiar com 1 bitcoin desenvolvedores que apresentaram melhorias na privacidade, usabilidade e resiliência da rede Bitcoin a fim de facilitar o uso das criptomoedas por ativistas de causas humanitárias[33].

Um deles, Chris Belcher, foi premiado justamente por seu trabalho que ajudava a derrotar a análise da cadeia e a vigilância financeira e aumentava a privacidade dessas pessoas[34].

Conclusão

Apesar de se falar em Estado Democrático de Direito, ainda há no mundo 3,7 bilhões de pessoas vivendo sob regimes totalitários. Esse número, por si só, pode não representar muita coisa. Mas quando é analisado em comparação ao total de habitantes no planeta, que é um pouco mais de 7,8 bilhões, a situação se mostra muito mais grave do que se pensa.

---

[33] Cf. consta em < https://hrf.org/press_posts/second-round-of-bitcoin-devfund-grants-announced/> . Acessado em 21 de dez. de 2020. 19:00:00.

[34] Cf. publicado em <https://hrf.org/programs_posts/devfund/>. Acessado em 21 de dez. de 2020. 19:00:00.

Essas pessoas sequer têm privacidade para receber donativos sem que o Estado intervenha. Esse problema se agrava quando esses países passam por embargos econômicos. O fato é que ao invés de punir o governo opressor, países ricos terminam piorando a situação de miserabilidade do povo, o qual enfrenta dificuldades para ter acesso até mesmo a produtos de primeira necessidade como comida.

Outro problema, também afeto a dignidade da pessoa humana, é a falta de acesso ao sistema financeiro. O problema, então, só aumenta. Entretanto muitos desses países como a Venezuela e o Zimbábue afirmam em suas respectivas constituições que são Estados Democráticos de Direito e trazem até mesmo trechos que apontam o respeito aos Direitos Humanos, o que não se vê na prática. O cenário da realidade é de refugiados e daqueles que até então esperam uma resposta de um terceiro Estado que os acolha.

As pessoas que estão dentro dos Estados totalitários não conseguem receber doações de entidades ou até mesmo de familiares que tenham conseguido escapar desses países por conta do controle desses governos sobre as transações bancárias. Em alguns casos, aqueles que abandonam o país perdem suas contas bancárias, como é o caso visto na Venezuela. Assim mesmo que elas consigam um emprego no país de refúgio ficam impossibilitadas de enviar ajuda para parentes e amigos.

A saída, então, pode ser encontrada numa moeda marginal descentralizada que não sofra controle de Estado algum e ao mesmo tempo guarde em si "reserva de valor" e possua aceitabilidade, além de ser segura contra fraudes e falsificações. O ativo que preenche esses requisitos é o Bitcoin, o qual tem sido defendido como uma espécie de "moeda social" pela Human Rights Foundation a fim de que refugiados, pessoas em situação de vulnerabilidade e até mesmo militantes de Direitos Humanos ao redor do mundo possa receber doações sem que esses Estados intervenham e até mesmo possam efetivamente proibir.

A questão, porém, é que esses mesmos Estados podem ainda criar seus próprios sistemas aparentemente semelhantes ao Bitcoin e forçar o seu povo a utilizar os seus ativos criptografados fiduciários. Esse risco, contudo, não parece ser tão grande uma vez que quem decide o que usar e como usar é o povo, o qual não irá se submeter à vontade do tirano tendo como opção a sua liberdade.

REFEFÊNCIAS

Alto Comissionado das Nações Unidas para Refugiados. <https://www.acnur.org>. Acessado em

ANTUNES, Alexandre. *"Bitcoin deve ser temido por ditaduras", diz diretor da Human*

Rights Foundation. Disponível em: https://portaldobitcoin.com/bitcoin-deve-ser-temido-por-

ditaduras-diz-diretor-da-human-rights-foundation/. Acessado em 02 de fev. 2020.

_____. *"Bitcoin é uma proteção contra ditaduras", diz ativista de direitos humanos.*

Disponível em: https://portaldobitcoin.com/bitcoin-e-uma-protecao-contra-ditaduras-diz-

ativista-de-direitos-humanos/. Acessado em 02 de fev. 2020. 18:00:00

_____. *Procura por Bitcoin na Venezuela dispara com inflação de 14.000% no país.*

Disponível em: https://portaldobitcoin.com/procura-por-bitcoin-na-venezuela-dispara-com-

inflacao-de-14-000-no-pais/. Acessado em 19 de fev. 2020. 13:35:00

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos***.** tradução Carlos Nelson Coutinho;

apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAROSSI-FILHO, Milton; SZTAJN, Rachel. *Natureza Jurídica da Moeda e Desafios da*

Moeda Virtual. São Paulo: Revista Jurídica Luso-Brasileira. 1 ed. Ano I. 2015.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Venezuela/Leyes/constitucion.pdf>. Acessado em 20 de set. 2020. 15:30:00.

Constitution of Zimbabwe Amendment No 20. Disponível em <https://www.parlzim.gov.zw/images/documents/Constitution-of-Zimbabwe-Amendment_No_20_-_14-05-2013.pdf>. Acessado em 20 de set. 2020.

De Nicolo, Gianni; Honohan, Patrick; Ize, Alain. 2003. *Dollarization of the Banking System : Good or Bad?*. Policy Research Working Paper;No. 3116. World Bank, Washington, DC. © World Bank. Disponível em

<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/18133.>. Acessado em 11 de dez. 2020. 14:00:00

Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponível em<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acessado em 06 de nov. 2020. 19:20:00

GLADSTEIN, Alex. *Why Bitcoin Matters for Freedom.* Disponível em https://time.com/5486673/bitcoin-venezuela-authoritarian/. Acessado em 15 de fev. 2020. 18:00:00

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris: 1991.

Human Rights Foundation. *Human rights guides for countries under tyranny*. Disponível em <https://hrf.org/programs_posts/your-human-rights/>. Acessado em 02 de nov. 2020. 19:10:00.

_____. *HRF's Bitcoin Development Fund.* Disponível em <https://hrf.org/programs_posts/devfund/>. Acessado em 21 de dez. de 2020. 19:00:00.

_____. *Second round of bitcoin devfunf grants announced.* Disponível em < https://hrf.org/press_posts/second-round-of-bitcoin-devfund-grants-announced/> . Acessado em 21 de dez. de 2020. 19:00:00.

NAKAMOTO. Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System.* Disponível em <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acessado em 05 de jul. 2020. 15:00:00.

OLIVEIRA, Liliana Rodrigues Nunes de; GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos e a busca dos migrantes venezuelanos por trabalho e emprego no Brasil.* obra coletiva "Debates sobre Estado Empresário e Regulação: perspectivas Latno-americanas". CRV: Curitiba, 2019.

PAAR, Christof e PELZL, Jan. *Understanding Cryptography*: A Textbook for Students and Practitioners. Springer. 2a edição. 2010.

REPUCCI, Sarah. M*edia Freedom: A Downward Spiral.* Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-and-media/2019/media-freedom-downward-spiral>. Acessado em 06 de jun. 2020. 12:00:00.

SCHMIDT, Darwin. *Venezuelano Compra Alimentos Após Receber Doações de Criptomoeda NANO.* Disponível em <https://portaldobitcoin.uol.com.br/venezuelano-compra-alimentos-apos-receber-doacoes-na-criptomoeda-nano/>. Acessado em 19 de fev. 2020. 14:00:00.

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

SOUZA, Alexandre. *Desafios atuais sobre a regulação do bitcoin no Brasil: um olhar sobre a des(ordem) econômica.* 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018.

The Economist Intelligence Unit. *Democracy Index*. Disponível em <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2019.pdf&mode=wp&campaignid=democracyindex2019>. Acessado em 05 de jun. 2020. 20:00:00

TRIGO, Pedro. Venezuela: do totalitarismo para a ditadura?. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/186-noticias/noticias-2017/568168-venezuela-do-totalitarismo-para-a-ditadura>. Acessado em 19 de dez. 2020. 21:00:00

UFA2020 Overview: Universal Financial Access by 2020. Disponível em:

https://www.worldbank.org/en/topic/financialinclusion/brief/achieving-universal-financial-

access-by-2020. Acessado em 20 de fev. 2020.

United Nations. *Study on common challenges facing States in their efforts to secure democracy and the rule of law from a human rights perspective*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.29_English.pdf>. Acessado em 11 de set. 2020. 17:00:00.

Worldometer. *World Population*. Disponível em <https://www.worldometers.info/world-population/>. Acessado em 02 de nov. 2020. 19:10:00

World Bank. The Global Findex database 2017. Disponível em <https://globalfindex.worldbank.org/>. Acessado em 16 de 2020. 19:00:00

World Economic And Social Survey 2018: Frontier Technologies For Sustainable Development. Disponível em <https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/WESS2018_ch1_en.pdf>. Acessado em 23 de fev. 2020.

REFORMA TRABALHISTA E CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: o caso dos borracheiros da Bahia

Andressa Lima de Oliveira Silva
Graduada em Direito pela Faculdade Nobre, Feira de Santana, Brasil,
andressalima412@gmail.com

Fernando Gabriel Lopes Cavalcante
Mestre em Sociologia e Direito, PPGSD/UFF, Feira de Santana, Brasil,
gabrielcavalcanteadv@gmail.com

Carla Appollinário de Castro
carlauffvr@gmail.com
Doutora em Sociologia e Direito, PPGSD/UFF, Niterói, Brasil

Resumo: O trabalho do petroleiro cumpre com uma finalidade central para a reprodução da sociedade capitalista. A mercadoria petróleo carrega consigo elementos característicos essenciais para a obtenção de energia pelo ser social no capitalismo. Nesse sentido, os petroleiros acabam por constituírem-se hoje como uma categoria operária que ocupa um espaço vital no complexo social humano. O trabalho petroleiro atravessa desde a extração do óleo em terra ou em mar, passando pela transformação em derivados petrolíferos através do refino, até a distribuição, tornando-se um encadeamento concreto de atividades humanas que tem por finalidade a produção da mercadoria petróleo. A presente pesquisa tem como objeto a análise das peculiaridades do trabalho petroleiro, compreendido no interior da totalidade social.

Palavras-chave: petróleo; petroleiro; trabalho; mercadoria; atividade de trabalho.

INTRODUÇÃO

O produto do trabalho requer as atividades humanas necessárias para o seu desenvolvimento. Visto por fora o circuito completo ganha significado final com a concretização do produto, já no âmbito interno as várias atividades aparentemente desconexas tratam de intervenções no mundo inteiramente distintas e que requerem conhecimentos humanos distintos. Tal processualidade abarca todo e qualquer produto produzido pelo ser social humano, de forma que no âmbito do capitalismo o organizador amplo das atividades humanas conformadoras dos produtos é o processo de valorização do valor: o capital. Quando se diz que tal processualidade abarca todo e qualquer produto se está

falando tanto dos produtos mais simples que não necessitam para a sua produção da divisão social do trabalho, quanto de produtos complexos que precisam de um emaranhado de atividades atuando sistematicamente para que ocorra a produção. No caso dos produtos mais simples que prescindem da divisão social do trabalho o mesmo ser humano realiza o todo processual conformador do produto, já no caso da produção de produtos complexos há uma divisão entre vários braços e pernas humanas do processo total de formação do produto.

O petróleo, desde a sua produção enquanto mercadoria no século XIX, tem o desenvolvimento de sua produção de maneira complexa. Em essência o processo completo de produção dos insumos comercializáveis do petróleo pode ser dividido nas seguintes etapas: a perfuração, a produção, o refino, o transporte e a armazenagem, e a distribuição. A perfuração necessita de conhecimentos geológicos para a devida determinação do local apropriado para que a jazida de petróleo seja atingida e ali se consiga desenvolver um ciclo de produção satisfatório. A produção compreende o processo de retirada do material hidrocarboneto do subsolo, seja ele o petróleo, em todos os seus níveis de densidade, ou o gás. A necessidade do refino deriva da objetividade de que o petróleo em estado bruto é inútil para a reprodução de sua utilidade social, surgindo então o processo de transformação através de um conjunto de intervenções industriais do petróleo em estado bruto nos diversos derivados do petróleo, desde a gasolina até o asfalto. O transporte e a armazenagem compreendem um sistema composto de milhares de quilômetros de dutos que interligam os campos de produção, as refinarias e terminais de estocagem tanto terrestres quanto marítimos, havendo também o transporte através de navios tanque que conseguem armazenar milhões de litros do produto e por caminhões. Por último a distribuição é relacionada com a entrega dos derivados do petróleo em postos de venda. Todo esse circuito é interrelacionado. Mangabeira assim expõe a interconexão da indústria do petróleo:

> A produção de petróleo se realiza, na verdade, por um processo industrial, desde o bombeio, desde a limpeza e a conservação dos poços até a concentração do óleo em parques de tanques, para posterior bombeio até o terminal marítimo ou até a refinaria de Mataripe, onde se transformará nos derivados – gasolina, óleo diesel, óleo combustível etc. – sendo estes, então, bombeados para o transporte marítimo ou terrestre – tudo em ambiente fechado, desde as profundidades do subsolo até os postos de gasolina ou depósitos dos outros derivados. Produção, transporte por oleoduto do óleo cru, transporte posterior dos derivados, distribuição constituem um conjunto integrado. Nele, no plano local e no plano

> nacional, se deve pensar como um todo, cujas partes são complementares" (MANGABEIRA, 1964, p. 68)

A questão é que os diversos pôres teleológicos conjugados na atividade petroleira conformam um complexo social, que vai desde a análise geofísica de terrenos propícios à exploração, passando pela perfuração do solo, até a atividade de realizar a estocagem e comercialização nos postos de gasolina. Este complexo tem como implicação teleológica a obtenção de energia, de forma que integra o complexo total da sociedade, sofrendo e exercendo influência recíproca da totalidade social. De forma que a estabilização desse complexo é reforçada pela lógica do valor; ou, dito de outra maneira, os trabalhadores petroleiros realizam a atividade de produção do petróleo não só por conta das ordens superiores, de supervisores, diretores, presidentes e etc., mas principalmente por conta da coerção da lógica do valor. Ainda resta compreender que, dada a estruturação do capitalismo em nível internacional, a lógica expansiva do valor se reproduz de maneira diferenciada entre países de capitalismo central e países de capitalismo periférico, de forma que essa diferenciação tem desdobramentos diretos na exploração do trabalho nas economias dependentes e especificamente nos trabalhadores implicados diretamente no complexo de produção de petróleo.

O presente artigo tem como objeto de pesquisa realizar uma análise de como se dá a atividade de trabalho petroleira. Utilizaremos como base de pesquisa entrevistas realizadas com petroleiros das mais diversas áreas de intervenção. Partimos do pressuposto de que a atividade de trabalho petroleira conforma um complexo integrado ao complexo maior da sociedade capitalista. Colocando em outros termos, a indústria do petróleo está imersa no restante do tecido social, é parte imanente deste e internamente organiza-se de maneira a formar etapas produtivas que tem por fim conceder energia para a reprodução capitalista do restante da sociedade. O complexo energético do petróleo, entretanto, não deve ser encarado como uma estrutura social ou instância social estanque, mas sim como uma enorme rede congregada de seres humanos e de vontades humanas amalgamadas pelo processo social de valorização do valor cuja finalidade última é produzir energia para o ser social humano. Essas atividades humanas são, no concreto, inúmeras e variáveis, alguns trabalhadores operam máquinas na refinaria, outros dirigem caminhões, outros consertam maquinários e outros realizam análises químicas. Não é possível, então, quantificar as inúmeras atividades que estão inseridas no processo global de produção do petróleo. Assim, em razão da infinitude de atividades que compõem a produção de

petróleo nossa análise não irá conseguir abranger todas as atividades petroleiras, reduzindo-se aquelas que conseguimos captar através das entrevistas.

DESENVOLVIMENTO

O primeiro trabalhador que abordaremos é o petroleiro João Marcos, que entrou na Petrobrás no setor da oficina, na manutenção elétrica, e que depois passou a ser operador de sonda de limpeza de poço de petróleo. No caso há uma distinção no processo de extração em que uma primeira sonda realiza a perfuração do poço e outra seria responsável por realizar a limpeza deste quando assim fosse necessário. Após 4 ou 5 anos atuando com a sonda de limpeza, João Marcos foi transferido para a operação de uma sonda de perfuração marítima chamada Petrobrás 5, a qual de acordo com ele foi vendida pelo governo Temer. No caso o trabalho no mar de João Marcos era relacionado à manutenção elétrica da sonda. João Marcos, então, atuou tanto na perfuração marítima quanto na perfuração terrestre se aposentando em 2016, assim especificando como se dava o seu trabalho:

> "Olhe bem, o trabalho de perfuração, aqui embarcado com as sondas, tanto marítima quanto terrestre, a gente trabalha 14 dias, folga 21, quem é contratado próprio né? Petrobrás próprio, direto... terceirizado trabalha 14 e folga 14, é um por um, e petroleiro 14 por 21 ainda né? Porque com a reforma trabalhista vai mudar essa relação aí, vai ficar por igual agora".

O primeiro ponto que aparece como elemento caracterizador da atividade de trabalho exercida por João Marcos é a jornada de trabalho exercida por ele, estabelecendo um comparativo entre a jornada de 14 dias de trabalho por 21 de folga com a jornada do terceirizado que é de 14 dias de trabalho por 14 de folga. O elemento da comparação com o trabalho terceirizado abordaremos mais detidamente em outro ponto do presente escrito, mas o que fica explicito é que a condição de trabalho é intimamente apresentada em contraposição ao tempo de não-trabalho. Além disso, surge entrelaçado com a questão das alterações na legislação trabalhista, de forma que o controle do trabalho para João Marcos atinge relação direta com a política estatal, a mesma política estatal que de acordo com ele vendeu a sonda na qual trabalhava. João Marcos continua:

> "É... e aí quando... nesses 14 dias de embarcado nossa atividade né... no mar seria preventiva e corretiva das atividades... motores, corrente contínua, alternada, iluminação é... a parte de STR, a parte de controle da perfuração e coisa e tal. Na plataforma tem uma sala de controle, da parte

> elétrica que controla tudo né? Chama de marítima. Na terrestre a coisa é mais complicada né? Terrestre também tem perfuração só que a sonda, ela a cada período né... ela desmonta a sonda para montar toda de novo em outro local entendeu? E aí esse trabalho é bastante braçal, tanto para quem trabalha na manutenção, como pra quem trabalha na produção. É bastante braçal, tem que montar mesmo, pegar pesado mesmo para desmontar meio mundo de equipamentos, de fiação, cabos, entendeu?"

A segunda questão que consideramos central na fala de João Marcos é o comparativo estabelecido por ele entre o trabalho junto à sonda marítima e a terrestre. O trabalho terrestre seria "mais braçal", enquanto o marítimo "preventivo e corretivo", enquanto no primeiro o petroleiro seria encarregado de usar seus braços e pernas para executar a atividade, no segundo as palavras que surgem são "motores", "corrente continua", "corrente alternada" e é a "sala de controle" que "controla tudo". O maquinário toma o lugar do homem de forma mais explícita na realização do trabalho e o papel do petroleiro se resume a acompanhar a máquina. Mas a dicotomia que surge é entre um trabalho que é "mais braçal" e outro que, ao inverso, seria "mais intelectual" ou que requer mais a atenção, mesmo que não fique explícita na entrevista a questão da atenção será uma tônica expressa na caracterização do trabalho petroleiro:

> Bastante desgastante... e inclusive as pessoas, eu mesmo consegui uma doença nos ombros, tendinite, por conta de trabalho, meu joelho também, malacia patelar, por conta da atividade pesada que é esse serviço de perfuração. Tem colegas meus que trabalham nas áreas na parte de produção né... que trabalham diretamente com o poço né... descendo tubo, perfuração, descendo broca pra perfurar, tirando e botando essas coisas, essa movimentação toda que faz, da sequência da perfuração, que dá problema de coluna né? Devido ao esforço físico que faz na atividade mesmo com todas as inovações tecnológicas, máquinas pneumáticas, hidráulicas, não sei o quê, mesmo assim, hoje ainda continua pesado. Antigamente era muito mais pesado que hoje, mas hoje tá mais leve, um pouco mais leve, mas mesmo assim acidenta as pessoas, o serviço de perfuração de sonda.

Do trabalho braçal da perfuração deriva os acidentes de trabalho e doenças adquiridas a partir da atividade de perfuração. Fica aparente então que a atividade física inicial necessária para a extração do petróleo, mesmo que seja acompanhada por máquinas que visem reduzir os danos da atividade causam doenças, mortificam o trabalhador, geram problemas físico em quem realiza a atividade. O comparativo feito em relação à evolução tecnológica no tempo

aponta um processo constante de diminuição do desgaste físico necessário para empreender o trabalho, mesmo que essa diminuição não seja suficiente para eliminar os problemas de saúde causados.

> Também a atividade é essa, eu tinha que começar a montar as sondas em terra, a parte toda elétrica da sonda, o mastro que vai embaixo no chão e depois de toda a parte elétrica conectada e instalado ai... levanta o mastro, levanta o mastro e depois vai partir para o casarilho, o alojamento, onde as pessoas dormem no pé da sonda né? Os eletricistas e o pessoal de manutenção normalmente dormem no pé da sonda, então é terrestre, e o pessoal de produção ia para hotel ou alojamento e voltava pra de noite, eles trabalham 12 horas direto, de 7 da manhã até 7 da noite ou 6 da manhã até 6 da noite, e tem o turno da noite também que pega 7 da noite e larga 7 da manhã. É 24 horas trabalhando, não para, entendeu? Durante 14 dias. É essa a atividade né? A de perfuração é essa aí. No marítimo ele tem a manutenção do equipamento que deteriora, que se estraga, que tem que repor entendeu? A gente tem que fazer a manutenção preventiva e a corretiva entendeu? Dois tipos de atividade que a gente faz.

Aqui apreendemos que a atividade de perfuração tem subdivisões internas, e mesmo nessas subdivisões internas existem algum grau de desgaste maior inerente a uma do que a outra, ou algum grau de hierarquia estabelecido. Dessa maneira enquanto cabe ao chamado "pessoal da manutenção" dormir "no pé da sonda", ao pessoal da produção seria possível dormir em alojamento. Não surgem as razões para que o processo desenvolva-se dessa maneira, mas é possível que o trabalho realizado pela manutenção necessite de um acompanhamento mais aproximado em relação às máquinas, o que expressa que é a atividade de trabalho realizado que vai originar diferenciações de tratamento social entre trabalhadores que realizam atividades bastante similares.

Além do João Marcos, que trabalhava na manutenção do equipamento de extração, dialogamos também com Radiovaldo, que por outro lado trabalhava na parte operacional, na extração terrestre e entrou na Petrobrás em 1986:

> Eu entrei na Petrobrás em 1986, eu sou técnico de operações, entrei por concurso nesse cargo que é um cargo de nivel médio é... que atua nas áreas mais operacionais, esse cargo, uma atividade operacional com relação a produção de petróleo, enfim.

Essa atividade, ela é quem faz a operação mesmo, ela cuida de toda a parte operacional, de produção de petróleo, de produção de gás, de produção nas

refinarias, então é um cargo muito numeroso, talvez a função mais numerosa na Petrobrás é justamente essa.

Você cuida da operação, tudo o que diz respeito a operar a produção, operar a refinaria, operar a plataforma, passa por esse cargo, é por isso que ele é numeroso, é muito numeroso e tem esse cargo em todos os estados, então é seguramente ah... numericamente é o maior contingente de cargos da Petrobrás é o técnico de operações, porque o nome já diz, é o técnico que cuida da parte operacional das instalações, sejam ela de produção de petróleo, produção de gás, em terra, em mar, de instalações industriais como refinarias, terminais e por isso que esse cargo ele é muito comum".

Na narrativa de Radiovaldo o chamado trabalho enquanto técnico de operações abrange um sem número de atividades, acabando por abarcar tanto o trabalho em terminais, refinarias, campos de petróleo e gás, plataformas, qual a definição que surge: é aquele trabalho em que o trabalhador deve "operar", "cuidar da parte operacional", e o nome "já diz". Ou seja, uma gama de trabalhos totalmente heterogênea é reduzida a única palavra: "operação". A segunda questão que surge na narrativa de Radiovaldo deriva da primeira, o chamado técnico de operações é o cargo mais numeroso da Petrobrás, não poderia ser de outra maneira já que a nomenclatura abrange atividades tão distintas. Radiovaldo continua explicitando a importância política e estratégica do chamado técnico de operações, que essa categoria vem diminuindo numericamente, e localizando onde ele se insere na atividade produtora de petróleo, na extração de óleo terrestre:

> "Eu trabalhei na área de produção de petróleo e gás, que aqui na Bahia é conhecida como OBA, Obahia. É em terra, a Obahia é só em terra, porque basicamente nossa produção toda de petróleo e gás sempre foi basicamente terrestre, naturalmente quando eu entrei ela tinha uma produção maior, tinha também um contingente maior, vem diminuindo até por conta também do declínio da produção, mas ainda hoje é um cargo muito numeroso né... e é um cargo inclusive que tinha uma participação importante nos movimentos de greve e também no próprio sindicato, sempre foi um grupo, um segmento próximo do sindicato, digamos assim, até por ser numeroso e por ser estratégico ele."

A segunda etapa da produção das mercadorias derivadas do petróleo é o refino. O refino tem sua processualidade desenvolvida num espaço social adequado: a refinaria. Normalmente o espaço social ocupado pela refinaria é afastado do centro urbano. Em verdade a refinaria é como uma cidade

especializada (FERREIRA e IGUTI, p. 15). No interior da refinaria teremos ruas, restaurantes, dormitórios, estações de energia, ambulatórios, corpo de bombeiros, guaridas de segurança e uma continua reprodução em menor grau do espaço social circundante, a fim de que sejam cumpridas determinações sociais que tais estruturas cumprem no meio urbano. Além disso teremos todos os maquinários destacados para a realização do processo produtivo em si: reatores, encanamentos, válvulas, bombas, torres, vasos, tanques de armazenamento espalhados por toda a instalação. O processo de refino requer um grau de complexidade da atividade de trabalho ainda maior que o da extração, com trabalhadores destacados em inúmeros processos produtivos.

Tivemos acesso em nossas entrevistas a três tipos de trabalhadores do refino: os da administração, os operadores e os analistas químicos, de forma que vamos empreender análise a respeito das peculiaridades apresentadas por estes, e abstrair o restante das atividades de trabalho dos petroleiros que atuam nas refinarias.

A primeira trabalhadora que trabalhava na refinaria que analisaremos é a Wanda Conti. A Wanda ingressou na Petrobrás em 1972, época ditatorial, em que a ficha de ingresso dela na empresa demorou seis meses para retornar da análise da Policia Federal, ingressando através de uma firma terceirizada chamada Mão de Obra (mas que o petroleiros chamavam de "Manobra"), passando a trabalhar na Refinaria do Planalto (REPLAN) em Campinas. A Wanda assumiria então diversas funções administrativas dentro da empresa como a mesma explica:

> "Então, dentro da Refinaria, eu trabalhava na parte administrativa. Naquele tempo que eu entrei não tinha mulher alguma na área de operação. Agora tem, tem engenheiras, tem clínicas... Mas no tempo que eu entrei mulheres eram só para função administrativa. Então, eu trabalhava na parte administrativa como o escritório de uma firma. Era horário comercial e tal. Agora, tinha a parte toda de operação que era em turnos e cada turno tinha o seu coordenador. Tinha o supervisor de turno. E a refinaria funcionava naturalmente 24 horas sem parar".

O local do trabalho feminino dentro da refinaria ganha contornos centrais na fala de Wanda. Para ela as mulheres passaram a ocupar espaços dentro do trabalho petroleiro que antes não ocupavam. O local da mulher era o trabalho administrativo, e ao ser questionada a respeito da divisão do trabalho na refinaria o relato dela prossegue no seguinte sentido:

> Mas então, mas aí é difícil, porque veja, eu cumpria a parte administrativa, eu fui secretária, por exemplo, do laboratório nos lugares que eu trabalhei, os químicos cumpriam a tarefa de analisar todo o petróleo e todos os produtos que saíam, se estavam com a qualificação permitida. Os da vigilância cumpriam de vigiar toda a área da refinaria e sobretudo as questões de emergência e tudo mais entendeu? Os da operação, a operação tinha utilidade, destilação, craqueamento, enxofre e ... Acho que estou esquecendo algum...ah...e transferência e estocagem. Então, cada grupo desses cumpria uma tarefa de .... A destilação, por exemplo, os destiladores tinham que trabalhar na destilação dos produtos e passar por tanques dentro da refinaria os produtos destilados para frente. Os do craqueamento a mesma coisa, os da produção do enxofre a mesma coisa. Então, tem funções muito diversificadas, tem toda uma parte de almoxarifado, que também é mais considerado administrativo, né, que tinha que ter o material que a área iria precisar. A área era a parte de operação e do turno né? Tinha também o restaurante que tinha que servir todos. Cada lugar tinha sua...No fundo uma refinaria é o seguinte: o que importa é receber o produto e devolver o produto...já pronto pela distribuidora para ser vendido. Então, cada parte tinha o seu específico nesse serviço de que o produto chegasse lá na linha final pronto para ser vendido e na especificação que era necessária. Essa que era a divisão do trabalho.

Wanda detalha a partir de seu olhar os outros seguimentos de trabalhadores e oferece qual é o posicionamento funcional da refinaria no processo mais amplo de produção dos derivados de petróleo. A refinaria no seu olhar é um ponto da produção ao qual caberia receber o produto dos poços de óleo e devolver esse produto transformado (pronto) para ser vendido na distribuidora. No olhar de Wanda o trabalho interno na refinaria seria subdividido entre os químicos, os trabalhadores da vigilância, os da operação, transferência e estocagem, almoxarifado, destiladores, os da produção de enxofre, os trabalhadores do restaurante e assim sucessivamente. Wanda prossegue voltando a falar de seu trabalho:

> E nós que éramos do administrativo, tinham secretarias de todas estas unidades. Eu trabalhei no laboratório, eu trabalhei na operação, eu trabalhei na assistência médica que era o setor de plano de saúde dos trabalhadores, eu trabalhei numa parte de biblioteca também. Eu trabalhei em vários setores da refinaria. Cada setor no administrativo era direcionado para uma área dessas de produção. No fundo, o que era importante na refinaria, não era o administrativo. O administrativo era puro agregado, era um auxiliar, o importante é a produção, né? Então nós trabalhávamos todos em função da produção e da especificação dos produtos.

O tom que transparece na fala de Wanda é o de que o trabalho que lhe cabia "não era importante", é interessante ela assim caracterizar pois ela faz relação entre o seu trabalho e o trabalho feminino, e aponta que hoje existem mulheres engenheiras, clinicas e assim por diante. Ou seja, Wanda acreditava que o seu trabalho não tinha tanta importância assim na produção do petróleo, sendo um "puro agregado", cabendo à produção a importância. Outra questão interessante na fala de Wanda é que o trabalho administrativo aparece destacado do trabalho realizado para a produção dos derivados de petróleo, assim Wanda como trabalhadora do administrativo acompanhou os processos produtivos mais diversos como "pura agregada". Voltaremos a falar da questão do trabalho feminino na área do petróleo posteriormente, mas, para concluir a análise a respeito dos apontamentos de Wanda é importante apontar como ela inicia o seu relato a respeito de sua trajetória na Petrobrás:

> Mas, enfim, quando eu entrei na Petrobrás, a Petrobrás da Replan, a Replan, que era a refinaria do planalto né...Ela era vinculada sindicalmente à refinaria de Cubatão, que acho que foi uma das primeiras. Não sei se a Relan foi a primeira ou se a Cubatão foi a primeira refinaria da Petrobrás. Mas enfim, éhhh..., nós não tínhamos sindicato próprio. Foi quando houve...Eu não vou...Porque de 72, logo no começo, não houve nada de interessante. Eu só vou falar a questão do sindicato. Quando houve as grandes mobilizações de São Bernardo do Campo, por volta de 78, que foram as dos metalúrgicos, com o Lula e tudo, nós começamos a discutir a questão de fundar um sindicato e petroleiros lá na Replan para a base da Replan. Então nós começamos a discutir com um grupo de petroleiros...néhh...como é que a gente poderia fazer...e....éhh....nós....uma das coisas inovadoras foi que a primeira gestão do nosso sindicato teve mulher na executiva do sindicato, que era eu por um acaso.

No relato da Wanda é expresso que de 1972 até 1978, com o surgimento do movimento sindical "não houve nada de interessante". Essa narrativa realça o caráter dado por ela mesma ao trabalho administrativo como acessório. Ao longo de 6 anos de atividade de trabalho não houve, para Wanda, nada que importasse, passando a haver quando a mesma passou a participar das discussões para a fundação do sindicato e passou a integrar a direção do sindicato. Outra questão que é desdobramento da caracterização do trabalho administrativo como acessório é que a Wanda não detalha qual era o seu trabalho no processo produtivo.

Em contraponto ao trabalho realizado pelo pessoal administrativo temos os trabalhadores que são destinados a realizar a operação na refinaria. A

terminologia operação já foi utilizada por Radiovaldo para determinar o seu trabalho, apontando que o operador é o trabalhador mais numeroso e que o operador atua tanto nos campos de petróleo como ele quanto nas refinarias, nos terminais, e etc. Sérgio Abade oferece uma narrativa mais detalhada a respeito da função do operador, a trajetória de Sérgio Abade na Petrobrás iniciou-se no CEMPES em 1980, quando ocupava a função de auxiliar de apoio operacional, sendo transferido em 1983 para a REPLAN em Campinas atuando na operação da refinaria e por fim sendo transferido para a refinaria de Duque de Caxias, REDUC:

> Eu trabalhava na refinaria na parte da operação. A operação como o próprio nome já diz é você operar os sistemas, os vários sistemas de cada unidade né? Nós temos na refinaria 50 e tantas unidades, cada uma com o seu processo específico e com a sua quantidade de equipamentos, de todas as marcas e nomes e questões que são operados por nós. Então, cada unidade dessa tem uma média hoje... Então, ao longo dos anos nós sempre somos direcionados na nossa própria cabeça, na cabeça do operador, o operador é o funcionário Petrobrás, não tem terceirizados tá, ainda hoje a gente consegue manter de não ter terceirizados, então são funcionários treinados pela Petrobrás. A nossa profissão ela está mais ou menos ai para ser reconhecida mas não está para ser reconhecida como operador de refinaria, hoje nós deixamos de ser isso e somos chamados de técnicos de operação. Então tem o técnico sênior, o técnico júnior e o técnico... daqui a pouco eu lembro.

A refinaria aparece na narrativa de Abade como um encadeamento de processos internos, processos centralizados nas chamadas unidades, nas quais cabem alterações no produto petrolífero a fim de que sirva ao consumo. A função do operador é realizar cada um desses processos, de maneira que o operador, ou técnico de operação, na informação prestada por Abade, não é terceirizado e sim o funcionário Petrobrás. Para além disso, é colocado na cabeça desses funcionários que eles são o funcionário Petrobrás. O núcleo duro da empresa, que de fato realiza o processo finalístico da empresa petrolífera, sendo então necessário que esses funcionários sejam treinados pela firma. É interessante estabelecer o comparativo com a narrativa da Wanda, ao passo que o operador é o núcleo duro da empresar, o trabalho do administrativo é visto como um trabalho acessório. Ele prossegue sua narrativa:

> Então, essa questão é nossa, nossa... Então são sistemas de unidades de processamentos interligados em suas várias fases de funcionamento. Aí você tem a parte de operação em si das unidades, você tem a parte de quando sai das unidades o material já pronto e então vai para a estancagem,

> você tem a parte de operação dos produtos brutos e você tem a parte de operação das utilidades. Utilidade é o que? É água, energia elétrica e vapor, e também ar comprimido, e... Tem também os produtos que entram como catalizadores que também são bombeados em alguns momentos pelas utilidades. Então é operação do que a gente tem chamado combustível e lubrificantes, na operação você tem duas divisões: uma divisão de combustível, ou seja, gasolina, querosene, diesel, né? É... e os gases, GLP e o Butano, os gases que sobram, do GLP o gás de cozinha e o Butano também. Do outro lado você tem os lubrificantes, desde o lubrificante mais fino, menos denso até o mais denso, na refinaria vão ser melhorados, vão ser tratados e distribuídos nas unidades das refinarias, normalmente é BR, e as empresas internacionais que é Shell, Texaco, todas essas que tem aqui no Brasil e mais a BR que é a BR distribuidora, vão ser tratados e distribuídos também os combustíveis."

Abade divide a operação na refinaria entre a operação dos produtos brutos, operação de combustíveis, operação de lubrificantes e operação das chamadas utilidades. Em primeiro lugar é importante ressaltar o contato com elementos encontrados na natureza de forma a alterar a substância do petróleo: água, vapor e ar são utilizados como elementos internos na produção dos derivados petrolíferos. Continua da seguinte maneira:

> Hoje tem alguns outros processos na refinaria, você tem processos de coque e processo de limpeza vamos dizer assim de uma forma menos técnica, tipo uma limpeza do produto, por exemplo, você pega um óleo lubrificante e ele sai da unidade de destilação e craqueamento que são as unidades do início do processo e depois daí ele vai para uma unidade de destilação, de extração dos polimanufaturados, daquilo que não pode ficar no óleo, no hidrocarboneto, porque senão ele vai dar problema na cor do produto, vai dar problema na queima do produto, ou seja vai restar H2S, esses produtos indesejáveis no produto, então esses produtos indesejáveis são tirados também no nosso processo. Isso é a parte mais ou menos quimica. Como é que é retirado isso e como é feito a destilação em quase todos os processos? É tirado baseado em temperaturas e pressões. Temperaturas, talvez, dependendo da luminosidade, altíssimas. A partir de fornos, de caldeiras e pressões também a partir da combinação com outros produtos que são colocados, hidrogênio, nitrogênio. Esses produtos ganham pressões tais que vão ser usadas e controladas para que você possa fazer toda essa coisa da destilação, do craqueamento, de particulas".

O retorno à relação com elementos encontrados na natureza revela o padrão de trabalho perigoso ao qual o petroleiro é submetido: temperaturas altíssimas, pressões altíssimas, produtos corrosivos, tudo isso deve ser controlado

pelo operador. E como o operador controla essas variáveis? Abade explica:

> "O operador controla esse maquinário, hoje lá na REDUC você tem controles computadorizados que você trabalha na frente de uma tela de computador com um sistema já é... como é que a gente fala... do computador né? E você tem também os maquinários por ar comprimido e pneumáticos, os chamados pneumáticos. Você tem na área várias bombas, bombas que movimentam o produto tipo bomba d'água né? Na ponta dessas bombas você tem é... válvulas de controle, algumas unidades, são poucas hoje dentro da refinaria, porque a maioria esmagadora hoje é eletrônica controlada por computadores. E aí o operador faz o que? Ali naquelas máquinas ele controla, coloca a bomba para operar, mete a vazão, coloca a temperatura, coloca a pressão e vai fazer isso passar em torres, em válvulas, em vasos, por exemplo: torre de decantação, torre de destilação, vasos de acúmulo, vaso para esquentar, vaso para... Então você tem os equipamentos são bombas, vasos, torres, fornos, permutadores, trocadores de calor, vasos de pressão, tudo são esses equipamentos que nós operamos, que nós controlamos essas condições dentro deles. Ou seja, todos esses equipamentos nós controlamos, vazão, pressão, temperatura, retornos, a saída do produto já para ir para tanques de acumulo para depois desses tanques sair para venda e.... Você tem as tubulações internas da unidade, onde você trabalha o produto e tem depois a tubulação externa que sai do nosso... A gente chama de limite de bateria, limite de bateria é quando sai de nossa unidade e quando entra na nossa unidade, sai da nossa mão como operador de processo e vai para a mão do operador de transferência e estocagem. Que é o operador que é dessa área de acúmulo e de guardar os produtos e que vai realizar o transporte dos produtos pelos dutos".

À primeira vista temos um quadro no qual o óleo bruto chega à refinaria e é colocado sob as mais variadas pressões, temperaturas, vazões, colocado à reagir com água, ar, elementos nitrogenados, hidrogenados, ácido sulfúrico, e toda essa situação é orientada pela vontade humana do operador, mas essa vontade humana é intermediada pelo equipamento construído para tal fim. É compreensível o porquê o treinamento desse trabalhador é essencial para que o processo se dê sem interrupções: o menor deslize pode causar problemas de todas as ordens e descambar para uma catástrofe. Wanda já havia nos dito que a função da refinaria é receber produto e devolver produto, mas Sérgio Abade enriquece a análise ao determinar as alterações que são feitas no espaço social da refinaria a fim de que os derivados de petróleo sejam entregues para consumo. Toda a processualidade passa pelo operador, e, como já havíamos encontrado na exposição de Radiovaldo, o trabalho do operador é o mais heterogêneo da cadeia

produtivo do petróleo. O operador na refinaria intervém diretamente no óleo bruto, opera para a produção de combustíveis e lubrificantes, opera as chamadas utilidades, opera a limpeza do produto e, por fim, opera a estocagem e encaminha para os dutos para ser distribuído o produto final através das distribuidoras.

Saindo da refinaria e sendo encaminhado através dos dutos que conectam a refinaria com o mundo externo, ou através de caminhões, ou através de navios, o derivado de petróleo agora se espalha pelo tecido social sendo distribuído, requerendo, portanto, trabalhadores que atuem nessa fase. A Petrobrás tem uma subsidiária específica para tratar das questões que envolvem a distribuição: a Transpetro. A respeito do trabalho na distribuição a narrativa da petroleira Jailza traz diversos apontamentos que analisaremos, mas é imprescindível ter em vista que Jailza, negra e mulher, entrou na Petrobrás em 2007, ou seja: Jailza é a concretização feminina daquelas mulheres que assumiriam funções "mais importantes" da narrativa de Wanda:

> No caso como eu disse a Transpetro trabalha na verdade na parte de logística, a gente faz essa parte de controle, estocagem e transporte de combustível, de petróleo e derivados, o terminal de Madre de Deus ele é o segundo maior do país e é o primeiro em variedade de produto que é armazenado nos terminais, em primeiro lugar é o terminal de São Sebastião em São Paulo ele e em segundo lugar o de Madre de Deus, só que o de Madre de Deus é o mais antigo, ele já tem se não me engano acho que 60 anos, e ele foi criado justamente pra atender a refinaria, tem um terminal aquaviário, trabalha lá tanto no modal de carretas e o modal de navios, eu trabalho como técnica de operações na parte operacional.

Em primeira linha o espaço social de atuação de Jailza é totalmente diferente do espaço social da refinaria. O Terminal recebe o produto petrolífero acabado e o papel cumprido por ela é controlar a estocagem e o transporte do produto, atuando no chamado Terminal de Madre de Deus:

> É justamente isso a gente faz toda a parte de operação tanta de estocagem quanto de controle, a gente não faz análise isso já fica pros analistas químicos que fazem o controle da qualidade do produto químico, mas a gente faz toda essa parte do transporte no meu caso hoje tô operando na parte de navio, então lá em Madre de Deus tem um acompanhamento de navios né? Então eu sou operadora, então eu atuo tanto na parte do atraque de navios para que os navios tenham capacidade de acoplar no terminal e também faço o atendimento dos navios com a parte da papelada, a parte mais burocrática, quem vai se aproximar do terminal, quem vai carregar.

O trabalho para ela é dividido em duas partes, a primeira que ela mesma denomina posteriormente de "operação" é a de orientar o atraque dos navios e a segunda que seria o cumprimento da funcionalidade mais burocrática, da "parte da papelada":

> E também faço operação, faço o acompanhamento e fico no posto até terminar meu turno, na verdade fica sempre um operador no posto então é 24 horas, então na minha área de operação a gente trabalha 24 no caso a nossa escala é um turno de 12 horas e folga 4 dias, por que eu acho que existem empresas que trabalha com turno de revezamento de 4 por 12 o que é mais penoso por que acaba diminuindo nosso tempo de descanso, o trabalho é tranquilo é um trabalho que exige muito mais de concentração, um trabalho muito mais a questão da mente, existe uma parte negocial de atender os navios, a maioria dos navios que operam lá não é tripulação brasileira, no meu caso eu tive que aprender inglês naturalmente quando estava operando fui aprendendo os termos e instruções e hoje faço todo o atendimento em inglês, as tripulações estrangeiras em sua maioria não são de origem britânica então tem um sotaque inglês deles também, normalmente ucraniano, sul-africano preto, russo e a parte de convés normalmente indiano, filipino e chineses também, então a operação é basicamente isso, hoje eu tô mais nessa parte, trabalho com navios de 12 metros de comprimento, 14 metros de comprimento, são navios grandes com uma boa capacidade, e de lá a gente estoca.

Aqui surge a preocupação com o detalhamento do turno e da demonstração de que o trabalho no terminal, assim como vimos no poço de petróleo e na refinaria, precisa ser realizado 24 horas. Em razão da necessidade de trabalho contínuo os turnos de trabalho são divididos de forma a que sempre um trabalhador possa ser substituído por outro. Outra questão que surge, e é interessante fazer um paralelo com a narrativa do João Marcos, é que o trabalho é considerado "tranquilo", que requer muito mais "atenção" e que abre possibilidades de aprendizado de outras línguas. Na orientação dada por Jailza o seu trabalho é muito mais um trabalho intelectual: passar orientações, estabelecer negócio, controlar a estocagem, fazer a papelada e assim por diante, diferentemente do trabalho do João Marcos no poço que seria, nos próprios termos utilizados por ele "mais braçal":

> Lá nos recebemos da refinaria, porque a estocagem da refinaria é feita no Terminal de Madre de Deus e nos outros terminais como por exemplo o Terminal de Candeias que é uma base terrestre que atua com carretas, lá nossa atuação é com navios, recebe da refinaria, carrega o navio e de lá vai pra outro estado, na outra unidade pra abastecer a própria Bahia é por

> carreta e por duto, lá nós temos um duto que atende boa parte do recôncavo, que vai mandar diesel gasolina e GLP lá pra base de Jequié e Itabuna, esse posto não é operado pelo terminal de Madre de Deus, é controlado e monitorado pelo Centro que fica no Rio de Janeiro, alguns dutos nossos hoje em dia são acompanhados também por eles, dado ao processo de centralização mas principalmente de desmonte, de privatização, que a gestão quer e aí vem reduzindo os quadros, enxugando os quadros e cada vez deixando mais o trabalho menosprezado.

Aqui nos deparamos em como a reprodução do trabalho de Jailza acessa em seu horizonte o destino final dos derivados de petróleo. Os terminais servem para redistribuir a mercadoria petróleo para os mercados de consumo. O vislumbre do destinatário final nos faz compreender a necessidade de um processo de trabalho que "não para", que necessita de substitutos para "operação" 24 horas, desde o começo da cadeia na extração do óleo bruto do poço até a distribuição o petróleo e o trabalho com o petróleo têm como destinatário final suprir uma demanda de consumo também ininterrupta. Por outro lado, é exposto também a face da repercussão do processo de privatização da empresa: diminuição do quadro de trabalhadores e aumento da carga de trabalho para os trabalhadores remanescentes a partir da centralização da "operação" em outro estado.

CONCLUSÕES

Da perfuração do poço de petróleo até o destino final na ponta da bomba de gasolina o que percebemos são atividades de trabalho inteiramente distintas. O que nos leva à reflexão a respeito do que é exatamente ser petroleiro? Dito de outro modo: mecânicos, "operadores", analistas químicos, engenheiros, motoristas, realizam atos completamente diferentes entre si, mas se denominam petroleiros. Entramos em contato, por exemplo, com uma representante do setor da distribuição, empregada da BR Distribuidora, subsidiária da Petrobrás, que ao começo da conversa, ao ser explicada do teor da entrevista respondeu "não sou petroleira". O fato dela responder "não ser" lança mais sombras do que luzes à questão pois se ela "não é" por trabalhar em setor administrativo de uma subsidiária da Petrobrás: o que faz, por exemplo, seu Barreiros, motorista aposentado reivindicar ser petroleiro e todo final de semana sentar e jogar dominó com outros antigos petroleiros na subsede do SINDIPETRO em Feira de Santana? Essa é uma questão que desdobraremos no tópico seguinte.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Leda Leal; IGUTI, Aparecida Mari. *O trabalho dos petroleiros: perigoso, complexo, contínuo e coletivo*. São Paulo: Scritta,1996, 148 p.

MANGABEIRA, Francisco. *Imperialismo, petróleo, Petrobrás*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1964, 210 p.

DEONTOLOGIA ALEMÃ:
a inversão dos valores morais

Guilherme de Assis Furtado
Acadêmico de Direito da Escola de Direito das Faculdades Londrina
guilhermefurtado_650@hotmail.com

Luiz Gustavo Tiroli
Acadêmico de Direito da Universidade Estadual de Londrina
luiz.gustavo.tiroli@uel.br

Natália Maria Ventura da Silva Alfaya
Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal Fluminense
naty.alfaya@gmail.com

Resumo: O presente artigo traz à baila considerações deontológicas sobre o nazismo Alemão, entendendo e demonstrando como foi possível um sistema que legitimou uma verdadeira inversão de valores morais em uma sociedade evoluída e moderna. O processo em que causou essa inversão, pode ser identificado como a burocratização excessiva, a inversão dos valores da consciência e retirada da responsabilidade das condutas praticas pelo povo, aos quais foram trazidas de forma cautelosa e muito articulada. Ao enfrentarmos estes elementos, a utilização da filosofia moral e da Sociologia do Direito se faz como um elemento crucial para a análise destes eventos tão sombrios para a humanidade, pois deles extraem-se elementos imperiosos para o caminho da pesquisa. Neste prisma, a partir de uma metodologia histórico-indutiva e bibliográfica, busca-se elucidar como ocorreu a inversão de valores e os resultados derivados desta causa, bem como analisar dentro da sociedade os passos dados. Assim a pesquisa a que se segue, conta com autores preciosos na pesquisa deste fenômeno, tais como Zygmunt Bauman, Hanna Arendt, Norbert Elias e pesquisadores da área como Marcos Guterman. Deste modo, busca-se enfatizar e entender como as virtudes de uma sociedade foram invertidas de acordo com os ideais nazistas aos quais possibilitaram e legitimaram todo um sistema axiológico deturbado e que modificam, na consciência dos indivíduos, seus ditames éticos e morais por meio de uma burocratização em níveis absurdos, garantidores de uma coordenação e fragmentação da vida, assim como, uma descaracterização do judeu como humano. O que se conclui desta pesquisa é que a consciência do indivíduo revela um campo altamente perigoso na medida em que valores de uma sociedade são retirados e como a coordenação em níveis alarmantes corrompe o senso ético e viabiliza, nas mãos daquele que detém o poder, a chave para a legitimação de um regime altamente cruel e impiedoso.

Palavras-chave: Alemanha nazista. Totalitarismo. Filosofia Moral.

INTRODUÇÃO

No cenário ocidental, em vista de uma demasiada busca pelo poder, assim como, um imperialismo que transformava nações, o século XX surgiu como um propulsor de ideais totalitários que marcaram, sobretudo, as relações entre povo e Estado. A Alemanha, objeto de estudo aqui presente, evidencia um dos mais sombrios e cruéis períodos da história, nos mostrando claramente como fora a arquitetura de um plano que acabou ceifando milhares de judeus e pessoas que lutavam contra este sistema genocida.

Pode-se pensar, à luz da modernidade, que o Holocausto significou um episódio singular da história ocidental, e que os mecanismos usados se desdobraram de uma maneira única e divergente das demais. Contudo, Zigmunt Bauman nos esclarece o contrário, a experiência da nova modernidade revelou uma exaltação de um processo ao qual subestimamos e que, de fato, veríamos sua verdadeira face (BAUMAN, 1998, p. 19).

A construção de um mundo em que a tecnologia, assim como a evolução industrial se tornavam o maior objeto das nações, surgiam, concomitantemente, problemas que atingiram a evolução dos Direitos. Como propulsor dos direitos de liberdade e a notável progressão do homem como cidadão político e indiscutivelmente livre, o iluminismo buscava até então favorecer a vida humana dando ênfase em sua racionalidade, mas ao que parece, essa ideologia não convenceu os que se ascendiam ao poder. A forma pela qual se estabeleceram os métodos industriais pelo Europa, e a se tratar, especialmente na Alemanha nos períodos pós Grande Guerra, reduziam, literalmente, os direitos do homem a pó, mitigando e externalizando das formas mais cruéis o indivíduo.

Dessarte, o que se deseja enfatizar vai além de um processo meramente histórico, ao qual nos aponta ao ultranacionalismo militar alemão, as crises pós primeira guerra mundial e também o antissemitismo crescente pela Europa no século XIX. Sabe-se, inexoravelmente, que estes aspectos mencionados detém um caráter importante, mas não tocam no cerne do problema, ou seja, não exprimem a indagação de como foi possível diante de uma questão moral, um consentimento de valores aos quais eram totalmente repudiados por uma tradição heterogênea de valores judaico-cristãs e de moral secularizadas, tornarem atos imorais em virtude.

Deste prisma, de que modo os códigos de condutas foram alterados e aceitos para promover um impiedoso Estado que legitimou um verdadeiro genocídio? Assim como, transformaram assassinato em virtude? Neste corolário, é evidente a complexidade das questões propostas e que possivelmente não tenhamos uma resposta definitiva a todas elas, mas que despertam a capacidade da reflexão e da tomada de decisões alcançadas por este lapso-temporal. Diante disso, através da Filosofia moral e do Direito buscaremos entender o impacto que a ética, assim como o estudo deontológico de uma sociedade transforma-se em um estudo primordial para o entendimento de relações entre o Estado e o Povo.

Dito isto, o objetivo deste artigo é demonstrar de que maneira uma sociedade evoluída, sofisticada e que detinha métodos de produção invejáveis em um contexto mundial, poderia, verdadeiramente construir um império do mal e garantir que seus integrantes seguissem do modo a que simpatizassem com os ideais nazistas e legitimassem um dos maiores sistemas de terror que o mundo já viu, senão o pior. Para isso, a construção da pesquisa utiliza o método histórico-dedutivo utilizando bases doutrinárias como a de Hanna Arendt, Zigmunt Bauman, Hans Kelsen e principalmente de filosóficos e sociólogos da investigação do fenômeno nazista, como o brasileiro Marcos Guterman.

Neste sentido, a primeira etapa desta pesquisa busca explicar a moral utilizada na análise e dela extrair conceitos chaves para o avanço das ideias. De igual maneira, o segundo capítulo irá propor a grande ideia de burocratização e a racionalização do mundo, assim como a busca excessiva pelo poder, apontados por Bauman nas categorias da modernidade.

Neste seguimento, ao analisar a deontologia alemã, assim como as formas ao qual foram legitimados valores e a positivação de normas para a funcionabilidade de um sistema deturpado, fica claro no decorrer desta pesquisa, que os fatores que levaram a funcionabilidade correta do nazismo, se consiste em uma ruptura democrática, uma intensa burocratização e tecnocracia em padrões essenciais, assim como, retirar a racionalidade do indivíduo a fim de seguir a lógica do "Outro", em um processo ao qual retira o caráter imoral e ilícito da consciência do indivíduo e a passa a responsabilidade ao líder – Fuhrer -, possibilitando que o mesmo não reflita no prisma de um imperativo categórico, mas delegue a culpa àquele que assume a responsabilidade como um coordenador de todo este sistema.

1. UMA ANÁLISE MORAL

A seguir este tópico, é necessário discutir a níveis teóricos os fundamentos da moral envolvidas para a interpretação do mecanismo genocida que foi impetrado na Alemanha nos períodos que se estenderam o Estado Nazista. Assim, o desenvolvimento destas ideologias parte das leituras de Aristóteles, Bauman e Hanna Arendt em uma dialética prática e de cunho supra sensível a despeito da transformação dos indivíduos, aos quais muitos tinham um jeito pacífico, e que participavam de uma sociedade civilizada e moderna, a ponto de demonstrarem a real inversão de valores seguidos pelas tradições vigentes ao tempo.

A história do pensamento moral, apresenta uma variedade e coletânea intensa de pensadores e filósofos que se dedicaram a tratar sobre este assunto. Qual a melhor forma de vida a ser vivida? O que o homem precisa fazer para ser feliz? como resolver os problemas da polis? Todas essas questões e indagações permanecem no campo da esfera filosófica e convivem conosco até os dias atuais. No entanto, dentre essas perguntas, Aristóteles (384-322 a.C.), com a finalidade de descobrir as respostas de uma vida boa aos indivíduos que compõem a polis, guia o tema das Éticas enquanto a melhor vida a ser vivida. Com efeito, a filosofia do *ethos* de Aristóteles é considerada uma análise do "raciocínio que o sujeito singular realiza ar dar origem a uma ação bem deliberada" (ABBÀ, 2011, p. 65), assim o que faz da ética o objeto, se instaura sob os pilares da sabedoria prática exercido pelo agente, constituídos pelas virtudes em conjunto com o grupo.

Este detalhe da ética aristotélica nos faz pensar, assim como a partir de uma leitura de Hanna Arendt -que possui uma teoria dialética kantiana-, que o sujeito trabalha suas relações morais, na forma da tomada de decisões morais, de forma consciente, distinguindo o que é certo do que é errado "respeitando um conjunto de normas tendentes à universalização" (GUTERMAN, 2013, p. 40), pois cumulativamente exerce sua função na sociedade, e que, a priori, detém seu código moral. Sobretudo, a caracterização do que é a moral, pode ser definido como um conjunto de práticas, virtudes e restrições a determinados atos que não necessariamente estão na vigência do ordenamento jurídico daquele tempo e local (GUTERMAN, 2013, p. 38). De igual maneira, a moral vincula determinados grupos sociais a uma legislação da consciência, o imperativo categórico, em que mitiga de certa forma a liberdade das decisões de cada

indivíduo. Nas palavras de Ernst Tugendhat (1997, p. 46), "os membros da comunidade têm que subordinar-se ao sistema de normas em que consiste uma moral, e sendo as normas sempre algo que limita a liberdade de cada um, cada qual necessita de uma razão, de uma justificativa para subordinar-se".

Deste prisma, a explicação dos juízos morais apresentados nasce de um elemento racional que está intrinsecamente ligado a como internalizamos determinada conduta, isto é, boa ou má, permitida ou se é proibida. O que neste sentido, não é correspondente do mundo jurídico, enquanto se distinguem pela sanção aplicada e como é a interpretação das regras morais e jurídicas pela sociedade, o que se faz de extrema importância. Além disso, Tugendhat traz-nos as "regras de razão", exprimindo que as normas contidas no código moral presente na sociedade exprimem finalidades e que dizem respeito a razoabilidade dos meios para se concretizar a conduta moral. Deste modo, o sujeito que não segue as regras morais da sociedade, que são impostas em nossa consciência, se vê, primeiramente em desaprovação consigo mesmo e com a repudia do "Outro".

Nossas atitudes e práticas, como vimos acima, são sempre dotadas de uma privação de liberdade na medida em que encaramos o "Outro", interpretado na figura de *alter-ego*, em que em sua etimologia do latim ajuda a entender a expansão de seu significado: *alter* (outro) e *ego* (eu). Essa outra pessoa ocupa das mesmas condições e qualidades a que eu possuo, detém sua subjetividade, sua visão, entendimento e experiência subjetiva e objetiva ao mundo dos fenômenos, e portando, assim como eu, faz o que eu faço e circunda nossa liberdade pois, "Na presença do *alter-ego*, meu ser para mim mesmo é também, inevitavelmente, ser para outro" (BAUMAN, 1998, p. 143).

Como entende Levinas, a interação ao meio em que convivo e a consciência de que o "Outro" detém das mesmas características humanas que possuo, significa, acima de tudo, o laço que eu tenho por ele, outro de mim. Essa responsabilidade intersubjetiva remonta que, diante da presença do "Outro", não meramente visto como a presença física, mas sim um sentimento, não há coação na conduta praticada, mas sim a relação de reponsabilidade incondicional. Assim, para Levinas, na medida em que avanço na interpretação do "Outro" como uma pessoa é igual a mim, a responsabilidade mútua toma forma, evidenciando que a moralidade é "uma estrutura primária da relação intersubjetiva". (LEVINAS, 1982, p. 95).

Neste sentido, o indivíduo que decide praticar um crime renega o código moral presente e recebe a desaprovação dos demais indivíduos na sociedade (Outro), que por estes, repudiam a conduta cometida. Além disto, o peso da conduta cabe a si mesmo, sendo externalizado na razão do sujeito o ato praticado. Deste modo, essa característica gera "a sanção social que todas as regras sociais implicam, no caso das regras morais, consiste no sentimento de indignação e no da vergonha" (KORELC, 2001, p. 94).

O processo que explica está "indignação", se liga fielmente a estrutura educacional que recebemos a partir do nosso processo de socialização e de consciência moral a partir das experiências, assim, experimentando as formas da sociedade o sujeito molda sua identidade, para que se tenha a capacidade e a faculdade de interagir como um indivíduo moral ou criticar determinado sistema valorativo, isto como uma pessoa moralmente consciente. Assim como, há determinadas instituições que cooperam no caminho do que deve ser tolerado com bons comportamentos e maus comportamentos na sociedade, ao qual detém um poder cultural imenso e que emanam "uma estrutura moral autoritária", como a religião, a igreja e a tradição familiar. Deste modo, como explica Giuseppe Abbà, a partir da interação do sujeito ao mundo dos fenômenos, realizando suas condutas empíricas e avaliativas, integra um determinado código moral, levando a em "continuidade com o *ethos* do grupo a que pertence no sentido de que ela se remonta às razões últimas que legitimam os juízos morais compartilhados pelo grupo." (ABBÀ, 2011, p. 27).

Mas o que de fato isso coopera a entender o sistema nazista? É necessário entender que este fenômeno totalitário tomou um lugar muito importante no que salientar de "consciência" do sujeito moral. Tal importância esta, que os indivíduos pertencentes àquela sociedade "contentavam-se em deixar às autoridades do Estado a decisão sobre o que fazer e o que não fazer, sobre o que era certo e o que era errado" (ELIAS, 1996, p. 339). Essa visível transmissão da responsabilidade e a não consciência dos atos considerados "bom" e "mau", fez com que os indivíduos naquela sociedade fossem simpatizantes com o comportamento nazista. Sobretudo, isso não foi uma tarefa fácil.

O nazismo construiu de maneira complexa e muito bem pensada, um sistema filosófico e moral para legitimar os valores que seriam impetrados àquela sociedade. Em função disto, os primeiros passos a serem dados para uma inversão desses valores foram tomados contra a Arte. No começo da época de 1933, a arte era de fundamental importância para os nazistas, assim como para o

povo. No entanto, a arte judaica, era considerada um movimento degenerado objetivando que a arte moderna mostrava os sinais de doenças mentais refletidos pelo autor. Paul Schultze-Naumburg, como propulsor da ideia de uma luta entre arte moderna, viajava o país inteiro dando palestras discutindo o que, em sua visão, estaria ocorrendo. Mostrando em slides, ele exibia casos e casos de judeus com deformações e fotos de portadores de doenças mentais, relatando com a arte moderna estaria se construindo, demonstrando essas características diretamente nos autores. Para Naumburg o movimento artístico era o reflexo da saúde racial e os judeus estariam "infectando-a".

Como a arte, outras instituições foram atacadas de igual maneira e proporção, como a Arquitetura, Cultura e classes sociais. As bandeiras nazistas, estandartes eram moldados com o avanço deste ataque. Neste sentido, aos poucos foram-se construídos vários aspectos para este colapso moral, resultando então vários crimes, autorizados e sentenciados tanto pela esfera jurídica, mas como pela esfera moral. A notável progressão do esquecimento de valores que se perpetuam anteriormente na Alemanha, que se fundavam em doutrinas judaico-cristãos, e em princípios como "não matarás" parecem ter perdido a força. O que antes era considerado crime, passou a ser visto com outros olhos.

Adolf Eichmann, como um dos principais responsáveis pela organização e detentor de altos cargos que empreenderam na Solução Final, é considerado um homem brutal e que contribuiu de diversas formas para que aquele sistema fosse bem sucedido. No entanto, como explica Bauman, este homem não era um ser demoníaco, mas sim cumpria ordens de maneira que não obtinha a capacidade de refletir por si mesmo o resultado moral que suas ações gerariam. A organização nazista potencializou uma burocratização nas formas mais perversas e alienadas possíveis, isto é, assim como Eichmann a maioria dos que viviam na Alemanha naquele período eram desobrigados a refletir nas condutas morais que as levariam. Este fenômeno, caracteriza a inversão da forma de pensamento, ensejando que, o que anteriormente fomentava na responsabilização automática do agente na prática de um ato imoral, ao qual a culpa era tomada pela sua consciência, e também no *ethos* em que vivia, não mais assim se verificavam.

Ao retirar a obrigatoriedade da reflexão de suas condutas morais e das consequências que ela pode gerar, o indivíduo não internaliza a culpa pelo ato praticado, mas consegue transferir a responsabilidade, em favor de um dever expresso por um líder, que esse ato pode ser feito e realizado. Hitler diversas

vezes assumia a responsabilidade total do que estava acontecendo, retirando da consciência do sujeito o peso dos atos tomados (GUTERMAN, 2013, p. 50). Assim, Adolf Hitler ao utilizar os métodos de dominação pela Arte, Arquitetura, Cultura tomava o campo dos valores morais, apresentando então seu projeto ultranacionalista e eliminacionista, ao qual julgava ser um fator da luta da "Natureza", mostrando que eliminando os judeus, estariam tomando seu lugar novamente.

Essa característica fundamental para a chegada do extermínio dos judeus, se deu de maneira intensa por parte de Hitler, sua luta pelo lugar de "Natureza" do alemão ariano, ensejou na ampla despersonalização e degradação da figura do judeu, colocando-o como uma figura conturbada apenas, como salienta Bauman, "uma peça no museu".

Deste modo, obteve-se sucesso no trilhar dos eventos que se destacaram pela luta da retirada do código moral que antes vigorava sob os pilares de valores cristãos e costumes secularizados e admitiu uma inversão destes que legitimaram um sistema moral deturbado a ponto de aceitarem que os ideias do líder ultranacionalista pudesse estra correto, e que nesta, a vitória da "Natureza" se daria por certo. Nas palavras de Hanna Arendt:

> Era como se a moralidade, no exato momento de seu total colapso dentro de uma nação antiga e altamente civilizada, se revelasse no significado original da palavra, como um conjunto de costumes, de usos e maneiras que poderia ser trocado por outro conjunto sem dificuldade maior do que a enfrentada para mudar as maneiras à mesa (ARENDT, 2008, p. 34).

Assim, fica claro entender que a sociedade aceitou este código moral, e moldaram suas atitudes nesses atos. E que por fim, a moral, na interpretação de Hanna Arendt vira um sistema de conformidade e de não conformidade a um arbitrário sistema de normas, que por sua vez, acaba englobando os indivíduos que na sociedade partilham seus deveres. Ademais, os fatores que contribuíram para esta troca de código moral se instalam também sob os moldes da burocratização excessiva e da coordenação em massa, que serão vistos a seguir.

2. A SOCIEDADE BUROCRÁTICA E A VONTADE DO FUHRER

A civilização moderna, fruto de um desenvolvimento dos processos de evolução da economia, meios de produção, trabalho e indústria dos séculos

passados, potencializaram a expansão de uma estrutura burocrática ao qual envolve diversos grupos sociais e os interliga na busca das finalidades alheias. A estrutura hierárquica que com ela surge, instaura requisitos a serem cumpridos pelos que se submetem a essa ordem, isto é, necessita-se que os que interagem com a cadeia burocrática trile o caminhado para garantir a experiência e aprendizado afim de que "comecem de baixo" e garantam as habilidades necessárias quando chegarem "lá em cima" (BAUMAN,1998, p. 84).

Os sistemas normativos e políticos da Alemanha, nos períodos de anteriores ao Terceiro Reich moldavam-se, como de praxe, em um sistema de coordenação entre os órgãos públicos e que exija, dos alemães uma imensa coordenação em unanimidade. Essa essência é a burocracia, entendida como uma intensa participação dos cidadãos que compõem a sociedade nas organizações impessoais e que geram cargos, hierarquias e principalmente uma divisão de responsabilidades e especializações de trabalho, o que, na Alemanha, era vista com intensa importância.

É inevitável, como se sabe, que as atividades exercidas pelo que comanda uma empresa ou que está no topo da cadeia burocrática do trabalho se dividem da maioria dos que ainda estão no começo desta escala de coordenação, pois se enquadram questões de conhecimento, oportunidade e gerenciamento diferentes. No entanto, há burocracias que sugerem uma total separação do indivíduo e o resultado por ele elaborado, como o caso do metalúrgico que vende aço para uma empresa aérea e que está empresa desenvolve bombas nucleares. A distância em que é criada entre a tarefa exercida e o produto final também integra um impacto psicológico de "profundo e longo alcance", ao qual, como delimita Bauman:

> uma coisa é dar ordem num avião para que se lancem bombas, outra bem diferente é cuidar do fornecimento regular do aço a uma fábrica de bombas. No primeiro caso, quem dá a ordem pode não ter nenhuma impressão visual nítida da devastação que o bombardeiro irá causar. No segundo caso, porém, o diretor de suprimentos da fábrica, se quiser, não precisa pensar no uso a que se destinam as bombas (BAUMAN, 1998, p. 85).

Isto nos mostra que diante destas situações, a burocracia instaura um regimento de mitigação de responsabilidade da culpa uma vez que, se as bombas matassem famílias, pessoas inocentes e diversos mais, os empregados que venderam o aço não teriam culpa nenhuma se tratando individualmente. O ponto a que se objetiva esclarecer, é que quando se separa o indivíduo do resultado

material e moral das suas ações, a responsabilidade a que lhe deveria ser concebida é quase nula ou inexistente.

A hierarquia de comando mitiga e suprimi, na medida em que avançam na fragmentação das atividades sociais e do trabalho, a racionalidade dos indivíduos, o que sugere que a os seus atos praticados serão de culpa da empresa, mas não do indivíduo. Mas essa questão seria suficiente para que o senso ético e moral de um funcionário pudesse ser mudado? Ao potencializar uma separação entre a finalidade da conduta praticada, o afastamento entre o dever moral se torna cada vez mais mitigado, uma vez que o indivíduo, dentro da cadeia burocrática, não creia que tenha responsabilidade pelo dano causado.

Com efeito, a "hierarquia linear de comando" tratado por Bauman, enfraquece esse senso ético do indivíduo a ponto de não ser visível e moralmente imputável os atos práticos que ele produz. Essa prática, de modo sistemático, intensamente afetado por uma inversão moral concomitante na sociedade, exprime que a operação burocrática de Hitler estaria dando certo na medida em que a progressão deste efeito se perpetuava nos moldes da sociedade.

Assim, o processo de desumanização do objeto, ponto crucial para tomada destas atitudes em relação aos judeus se torna eficaz na medida em que a vida humana, as pessoas e o que elas são, perdem totalmente sua identidade, reduzidas a qualidade e quantidade. A burocracia moderna cria uma película que dificulta muitas vezes interpretar que por trás de algum objeto ou finalidade está uma vida humana, um ser racional e equivalente a mim, o *alter-ego*. O que se consiste nessa atividade se instaura sob os pilares de uma tarefa a ser cumprida, um objetivo que cria a dificuldade de entender que são pessoas e, que, partir disto, os efeitos são quase sempre uma indiferença moral e ética concorrendo à lealdade e no cumprimento de metas que não impactam sua consciência moral.

O sucesso que a máquina da burocratização obteve, a se tratar do âmbito geral, foi tão exacerbado e extraordinário que a partir do momento em que o Partido Nazista tomou o poder e realizou as substituições das normas da sociedade, bem como o código moral, a chave do holocausto foi girada. Deste modo, como entende Marcos Guterman, "a sociedade trabalha então com seus distintos indivíduos, cada qual com sua "velocidade", num único circuito integrado, absolutamente harmônico, que funcionaria exclusivamente de acordo com uma única vontade – a do Fuhrer" (GUTERMAN, 2013, p. 254).

A burocratização em prol da retirada da capacidade do senso ético e moral dos indivíduos e o trabalho da desumanização neste processo, capacitaram uma racionalização de cooperação entre os indivíduos, cada qual realizando sua parte. O maquinista agora não via mais seu trem cheio de pessoas, ou judeus sendo levados, mais sim transportando uma carga passada para ele. O funcionário encarregado de verificar a quantidade de indivíduos que entrava no trem se consistia na realização do objetivo da contagem e numeração, mas não como humanos sendo tratados como escória e sendo levados a seu caminho final.

A política, severamente substituída pelo sistema burocrático daquele regime era liderada por Adolf Hitler, ao qual assumia toda e qualquer responsabilidade daquele sistema. Em um de seus discursos, especificamente o de 1939, Hitler declarou expressamente a posição dos nazistas e a finalidade que por eles objetivam alcançar. O primeiro ponto discursado se pautava na inclusão de uma Alemanha unida e que consistiam em seguir os desejos por ele evidenciados. Essa parte em específico gerou uma série de atos aos quais muitos deles não eram realmente ordenados, a cadeia burocrática avançava na medida em que "passava necessariamente pela capacidade de antecipação do "desejo do Fuhrer" (GUTERMAN, 2011, p. 252). Outro fato importante desenvolvido se liga ao fato de que Hitler anunciava que não reconhecia nenhuma razão ou moral a ser seguida, mas sim as leis que seriam impostadas àquela sociedade, o que se pode dizer que exprimem um valor nas condutas morais da sociedade.

Não obstante, todas as ações de Hitler não necessitavam ser formais a ponto de ser escritas, mas a cadeia burocrática se desenvolvia de forma a que não precisam ser puramente direcionadas. Deste efeito, a violência era mascarada sob os pilares de uma conduta zelosa era difundida na sociedade, revelando que a finalidade das condutas cometidas não tinha importância, mas sim a realização de seu próprio ato, como nos elucida Bauman.

A importância deste ponto, se dá, nas palavras de Jhon Lachs enunciados por Bauman, um valor enorme na compreensão deste fato:

> A distância que sentimos de nossas ações é proporcional à ignorância que temos delas; nossa ignorância, por sua vez, é em grande parte uma medida da extensão da cadeia de intermediários entre nós e nossos atos... Na medida em que perdemos consciência do contexto, as ações se tornam movimentos inconsequentes. Com as consequências longe dos olhos, as pessoas podem participar dos atos mais abomináveis sem sequer questionar seu papel e responsabilidade neles (LACHS, 1981, p. 12).

Nessa perspectiva, fica legitimo afirmar que pessoas normais participam do genocídio e possibilitaram que esse sistema obtivesse sucesso em suas finalidades. Adolf Eichmann, em seu julgamento em Jerusalém diz que não fizera nada de errado, mas apenas estava seguindo o código moral vigente naquele período, assim como, afirmava e reforçava que nunca havia matado sequer um judeu (ARENDT, 1999, p. 33).

A proporção deste pensamento de Eichmann evidencia que até os mais próximos dos atos cometidos não tinham a clara capacidade de pensar nos seus atos com um resultado moral. A prática que ele desencadeava gerenciava a morte de milhões de judeus, mas que, no entanto, não eram suficientes para que a culpa desencadeasse a responsabilização interna do sujeito.

Desta maneira, ao perceber a obediência cega a estes conjuntos de coordenações que exprimiam valores imorais, nos leva a crer o quão sucessivo o progresso da burocracia nos moldes de uma sociedade instável que detinha uma líder ultranacionalista poderia dar certo. Essa construção, que começara nas particularidades da doutrina moral, ganha proporções que reforçam e remontam nas relações impessoais e as circundam na medida em que Hitler aplica as delimitações por ele definidas.

3. A FIGURA DO JUDEU E A SOLUÇÃO FINAL

Sob as bases necessárias para apoiar todo sistema nazista, garantidos por uma coordenação e burocratização da vida e do trabalho em níveis surpreendentes, assim como, uma retirada da racionalidade e a responsabilidade da internalização da culpa do sujeito moral para a prática de seus atos, Hitler detinha o que precisava para pôr em prática a Solução Final. O antissemitismo agora amplamente difundido pelo meio da sociedade contava com a caracterização de uma medida higiênica, limpando o que havia de sujo na sociedade. Heinrich Luitpold *Himmler* anunciava aos oficias da SS que "O antissemitismo é como se livrar de piolhos [...] É uma questão de limpeza". Essa comparação a vermes, insetos e bactérias era muito frequente e que não poupava esforços nas propagandas nazistas. A ideia de que o judeu era um vírus, algo perigoso em vista de um ponto sanitário garantiam os "mecanismos sociopsicológicos para produzir a reação de nojo e aversão [...] da carne crua ou do cheiro de urina humana" (BAUMAN, 1998, p. 103).

De maneira cruel e impiedosa, a figura do judeu era transformada em vilão aos olhos da sociedade, caracterizado por Hitler muitas vezes como um "explorador dos ingênuos alemães", causador e influenciador das Guerras antepassadas, bem como sua atuação na morte de mais de 800 mil crianças e na utilização dos desastres das guerras para o enriquecimento sem precedentes às custas dos alemães. No entanto, ainda não era suficiente para que o povo esquecesse de suas mentes e corações a figura do judeu.

A busca então, neste momento, se pautava em achar a melhor forma de definir os judeus, excluindo-o de vez da consciência e da vista das testemunhas que presenciavam este processo acontecer. Em setembro de 1935 saiam de Nuremberg as leis que resultariam no cabimento dessa tarefa. No meio desta, havia a "Lei de proteção do sangue e honra alemães" tendo como dados do gráfico o nível de pureza do sangue na família, junto também às proibições de casamento entre um judeu e um "puro sangue" aos quais estavam devidamente proibidas sob o ordenamento jurídico daquele sistema.

Na medida em que a Alemanha se preocupava com a "limpeza" dos judeus de forma racional, e avançava de maneira coordenada sob os aspectos, como as Leis de Nuremberg, as propagandas intensamente sanitárias e propensas ao repúdio e nojo do povo judeu, assim como a dominação de instituições sociais, o plano final estaria sendo arquitetado. Os que sabiam da Solução Final a que vinha ser empregada aos judeus deveriam negar quaisquer tipos de explicação, se não quando a expressão causava uma ideia vaga e despretensiosa, como a de "lavamos todos para o leste" – campo de concentração de Auschwitz-.

Em um ritmo crescente, a degradação do judeu na mente das pessoas era amplamente visível na Alemanha, a propaganda e a alienação para reforçar as práticas e do consentimento popular tomavam frente na construção deste paradigma. Na medida em que os esforços para essa alienação ganhavam grande apelo nos becos e ruas da sociedade alemã, a passagem para a descaracterização do judeu como humano começara a dar sustento ao então holocausto.

O Holocausto, fruto do processo amplamente organizado, burocrático e amplamente dominante nos corredores sociais, demostra que a sociedade ocidental compactou com aquele sistema de normas e preceitos de condutas morais. A nova forma em que a violência era gerada tinha com apoio extremo o uso da ciência e das tecnologias que avançaram com o tempo, demonstrando que o impacto causado a esse grupo só foi possível graças a civilização moderna. Assim, para Bauman, "o Holocausto é um subproduto do impulso moderno em

direção a um mundo totalmente planejado e controlado, uma vez que esse impulso deixe de ser controlado e corra à solta" (BAUMAN, 1998, p. 80).

Isto quer dizer que a partir do momento em que se obtém os níveis necessários de impulsos, e artimanhas para impulsionar um sistema inteiro para a funcionalidade, em que, no caso detinha organização, economia, setores e divisões inteiras criadas com finalidades específicas, assim como, compartilhar a desumanização de um grupo e despertar através da coação, do medo, e dos princípios que alienaram a Alemanha naquele período, a máquina nazista sairia sucessiva em sua finalidade.

Não obstante, é crucial argumentar que o antissemitismo não era algo exclusivamente da sociedade alemã na época, mas sim compactua e transmitida através dos séculos por toda Europa Ocidental. França, Inglaterra assim como vários países possuíam o sentimento antissemita encrustado na consciência subjetiva das pessoas, o que nos sugere, que o nazismo poderia ter dado em certo não apenas na Alemanha naquele período, mas sim em vários outros países.

As notícias que circulavam o mundo não chocavam diretamente os líderes dos países fortemente econômicos, mas apenas gerava, com diz Guterman, um "Ligeiro mal-estar". Isso fez com que a posição de Hitler se situasse de forma mais à vontade ao pronunciar-se sobre o holocausto ao resto do mundo. O que antes era tratado com desconforto, agora parecia estar pronto pra ser aceito.

Como se sabe, Hitler ao introduzir a inversão dos valores morais, sustentou conjuntamente a figura maligna do judeu, o responsabilizando pelos demais desastres econômicos e sistemáticos da sociedade, assim como julgavam a presença marcante dos judeus no comércio, dos grupos judaicos que consistiam em uma elite alemã e também nas condutas por eles praticadas. Desta óptica, houve uma divisão entre exterminar os judeus enquanto uma "encarnação do mal", algo indesejável e um destruidor.

A ciência no processo de desenvolvimento por dentro da sociedade alemã, permanecia-se como uma instituição descaracterizada de um senso valorativo a tudo que estava passando, assim como, possibilitou que os métodos mais inovadores e eficientes para a chamada esterilização fossem possíveis. Em segundo aspecto, ao aproveitar esse senso científico os médicos nazistas viam a chance perfeita para empreenderem seus experimentos nos judeus que iriam para câmara de gás. Cada dia a mais, as pesquisas devolvidas eram mais ambiciosas e

que, na medida da sua progressão, passavam a ser feitas muitas vezes de forma clandestina (BAUMAN, 1998, p. 92).

Deste modo, a ciência à luz da modernidade prevaleceu como um pilar imbatível na medida em que o programa nazista avançava, assumindo posições aos quais, posteriormente seriam amplamente debatidas politicamente ao redor do mundo. O impacto que isso trazia à sociedade, conforme vimos nos capítulos passados não parece ter comovido o senso ético dos indivíduos. Assim, realmente verifica-se que o mandamento "não matarás" se tornou algo suprimido e invertido a ponto de conduzir experimentos e mortes cruéis sob o manto da violência e tecnocracia em parâmetros inalcançáveis, assim como, serviu de lei para que outros experimentos e condutas fossem adotados na medida em que o nazismo tomava sua verdadeira forma.

Com isso, nota-se uma extrema descaracterização do judeu como ser humano e a depreciação de sua imagem filiado a responsabilização de eventos como as Guerras, as ameaças e as riquezas oriundas do povo alemão. O resultado disso, foi um nojo expressivo por grade parte da sociedade em relação ao judeu, demonstrando que a alienação por parte dos canais como Rádio, TV, e a apropriação da Cultura, Arte e Arquitetura tiveram sucesso nesta concretização da higienização da sociedade, como por eles chamados.

CONCLUSÃO

A Alemanha, sob o regime nazista, gerenciou uma cadeia de eventos aos quais possibilitaram um dos maiores episódios de assassinato em massa do mundo e da história. A maneira que se desdobraram estes eventos não foi tomada de maneiras alheatórias e diversificadas, mas seguiram uma cronologia e uma ordem que possibilitaram a tomada efetiva deste sistema deturbado.

Como um grande sociólogo Zygmunt Bauman promove uma nova reflexão da modernidade a partir do holocausto, juntando as esferas políticas, sociais e da filosofia para entender melhor esse movimento que sentenciou milhões de judeus a morte. A partir das suas concepções, assim como de vários outros pesquisadores determinantes para essa a pesquisa conduzida, chega-se a eventos cruciais para explicação desse fenômeno, ainda que não por inteiro, mas sim demonstrar o trilhar dos eventos deste marco tão importante para a nova interpretação da civilização moderna.

Bauman demonstra, como evidenciado, que o nazismo não foi um evento distinto na história da modernidade e que muito menos seria um acidente causado pelos males da sociedade, mas que, a partir das reflexões entende-se que o holocausto foi o resultado desta nova civilização emergente. A burocratização excessiva a partir de uma tecnocracia e cientificidade em níveis jamais visto, legitimaram este movimento às margens de uma grande raiva internalizada contra os judeus na Europa Ocidental, fruto de um processo secular, que advém dos primórdios da Idade Média, apontados por Arendt.

A busca pelo poder excessivo, faz com que um imperialismo seja uma droga viciante na consciência daqueles que ousam uma ascensão ao poder, causando impactos amplamente genocidas e que acabam com democracias e a revertem ao um Estado coercitivo. Na medida em que técnicas capazes de gerar uma aceitação de tais valores por uma sociedade floresce, os lideres as usam como meios necessários para os mais bizarros fins.

De grande importância, para explicar o movimento nazista, ao qual provem sua força da aceitação de uma sociedade, a Filosofia moral e a ética se fazem de fundamental primazia. Autores como Aristóteles, Immanuel Kant, Emmanuel Levinas, Sartre e Hanna Arendt fundamentam doutrina filosóficas interessantes aos quais foram objetivamente dissertadas na explicação deste artigo.

A partir da reflexão da sociedade nazista no começo do século XX, povo ao qual acabava de passar pelo fim da Primeira Grande Guerra e que arcava com a grande humilhação da derrota, contava com seu país divido em questões ideais. Essa instabilidade foi usada como arma crucial na mão dos nazistas para se alavancarem ao poder, ao qual, chegando lá tomaram todas as forças políticas e ergueram um dos maiores impérios totalitários nunca visto.

A filosofia moral adotada para explicar esse fenômeno consiste na concepção aristotélica e kantiana de determinar que os sujeitos presentes na sociedade são conscientes de suas atitudes e de seus atos dentro da vida consuetudinária. Essa interpretação permite demonstrar que os indivíduos daquela sociedade, assim como de uma análise sistema da Europa Ocidental, detinha código morais advindos da religião, família e de morais secularizadas, que permitiam a interpretação da conduta "boa" e "mau" dos indivíduos.

Ao que se constata, os valores que antes se apresentavam como garantidores de uma tradição bíblica como o mandamento "não matarás"

perderam a força em detrimento a uma nova forma de raciocinar. Os mandamentos nazistas, ao impetrarem os novos códigos de conduta na sociedade, retiraram da consciência do indivíduo moral a internalização da culpa pratica pelo ato imoral, ao qual anteriormente visto, se destaca por uma dívida interna e uma indignação por parte da sociedade, visto como o "Outro".

O Outro, nesse sentido, considerado como uma figura que limita minha liberdade e faz com que o respeito e a responsabilidade mútua se tornem incondicional, guia as relações intersubjetiva na sociedade. Assim, ao interpretarmos o indivíduo social como um sujeito moral e que pratica seus atos conscientemente na sociedade, fica nítido que ao exercer uma conduta ao qual é julgada pela sociedade imoral, como um crime, o sujeito passa por um processo de racionalização, exprimindo-o em sua consciência e levando a culpa, a priori, em si mesmo. Posteriormente, ao *ethos* cabe a decisão de causar o desconforto e a indignação do ato praticado.

No entanto, o movimento nazista, ao praticar uma engenharia social que visava transformar o consciente do indivíduo moral, obtém a capacidade de retirar a responsabilidade e a internalização da conduta anteriormente julgada como imoral, e passar para o Fuhrer. A burocracia, como nos aponta Weber e Bauman é um processo que surgiu com mais intensidade na modernidade, comprimindo e transmitindo aos indivíduos uma fração das atividades aos quais não possuem consciência prática dos meios e dos fins que elas geram.

Era fácil, assim, conseguir fazer com que trabalhadores de uma fábrica de tecidos pudessem vende-las para a fabricação das roupas aos quais os judeus seriam mortos, assim como, do maquinista de trem que não mais via sua carga como algo importante na sua consciência social, como uma pessoa ou um animal, mas via meramente como uma carga a ser transportada e um dever a ser cumprido. A níveis sistemáticos, essa prática permeava todo o conjunto da sociedade, levando-as a um trabalho que separa a consciência do indivíduo da prática ao resultado final que sua ação contribuiu.

Essa obediência e lealdade ao sistema, possibilitaram que a máquina burocrática e tecnocrática pudesse trabalhar exclusivamente no estrito sentido do dever, ensejando na tomada de atitudes do povo sob a forte "vontade e desejo do Fuhrer". O povo neste sentido, era determinante para que os ideias nazistas pudessem ser colocados em prática e gerassem os resultados esperados pelo líder.

A partir deste fenômeno causado não por uma tarefa simples de repetição nas Rádios, mas pela construção de valores sólidos, ou seja, visíveis a todos os alemães, o processo devastador tomava forma. O processo de dominação da Arte, Cultura, Arquitetura e das Classes Sociais causava um forte impacto psicossocial ao colocar o judeu como uma figura responsável pelas Guerras, fomes, e por fatores que eram considerados repulsivos na mente dos alemães. Além disto, o processo recebeu a exteriorização dos judeus comparados a insetos, vermes e todo tipo de repulsa presentes nestas frases.

A desumanização do judeu tomou frente ao processo decisório do holocausto, fazendo até mesmo Hitler divulgar ao mundo como uma tarefa a ser cumprida e executada. A ciência, a burocracia, a mitigação do trabalho e sua fragmentação cooperam decisivamente para o sucesso para um dos maiores crimes e genocídios ocorridos na história da humanidade.

Com isso, conclui-se que o processo da consciência moral detém um caráter fundamental na visão da civilização, uma vez que, ao instrumentalizar essa racionalidade estaremos correndo sérios perigos a ordem democrática e a vida como *ethos*. Diante disso, a busca pela explicação dos sistemas modernos, através da Filosofia Moral, do Direito e da Sociologia devem cumprir seu papel e constranger todas as possibilidades necessárias a fim de garantir jamais venha a acontecer demais atos atentatórias aos Direitos tão fundamentais, que são os humanos.

REFERÊNCIAS

ABBÀ, Giuseppe. *A história crítica da filosofia moral.* Tradução de Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência "Raimundo Lúlio", 2011.

ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo***.** Companhia de Bolso, 1989.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1998.

CORRÊA FERNANDES, I. N. Silêncio e solidão: algumas questões sobre filosofia moral em Hannah Arendt. Pólemos – *Revista de Estudantes de Filosofia da Universidade de Brasília*, v. 8, n. 15, p. 149 - 162, 31 jul. 2019.

ELIAS, Norbert. *Os Alemães.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

GUTERMAN, Marcos. *A moral nazista*: uma análise do processo que transformou crime em virtude na Alemanha de Hitler. Universidade de São Paulo, 2013.

LACHS, John**.** *Responsability and the Individual in Modern Society*. Brighton: Harvester, 1981.

KANT, Immanuel. *A religião nos limites da simples razão*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2017.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KORELC, M. Papel da razão e do sentimento na proposta ética de tugendhat. Philósophos - *Revista de Filosofia*, v. 6, n. 1/2, 16 jan. 2008.

LEVINAS, Emmanuel. *Ética e Infinito*. Edição 70, 2017.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Editora Lafonte. 2018.

TUGENDHAT, Ernst. Igualdade e universalidade na moral. In: BRITO, A. N.; HECK, J. N. *Ética e política*. Goiânia: Editora da UFG, 1997.

ORÇAMENTO PARTICIPATIVO DO MARANHÃO: aprofundamento da gestão democrática vinculante na construção de políticas públicas

Igor Martins Coelho Almeida
Universidade de Lisboa
Doutorando em Direito – Especialidade Ciências Jurídico-Políticas
imcalmeida7@gmail.com

Resumo: Este trabalho apresenta como objetivo principal avaliar a metodologia do orçamento participativo do Estado do Maranhão no contexto atual do conceito de democracia, com destaque para os elementos que podem ser aperfeiçoados para a permanência do instrumento como elemento democrático na gestão pública. Nasce a partir das preocupações com os mecanismos institucionais de participação popular presentes nas democracias representativas e a necessidade de fortalecê-las dentro das instituições democráticas, sendo o orçamento participativo um modelo reconhecido de construção de políticas públicas alinhado aos anseios da democracia. Utiliza o método indutivo, qualificando-se a pesquisa como exploratória a partir dos dados e informações colhidas na legislação e fornecidas pelo órgão executor estadual da política de participação popular. Como conclusões, verifica-se que, diante do contexto social e econômico do Maranhão, o resultado é satisfatório pois incita a participação popular em conjunto com o crescimento de indicadores de desenvolvimento humano. Além disso, a metodologia de orçamento participativo adotada pelo Estado converge para um conceito democrático contemporâneo por incentivar a construção e o controle de políticas públicas. Por fim, há a defesa da institucionalização do orçamento participativo como política de Estado, com criação lei específica determinando sua utilização, bem como a vinculação da Administração Pública aos resultados das decisões.

Palavras-Chave: Democracia; Orçamento Participativo; Maranhão; Vinculação.

INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas tem-se acompanhado o descrédito nas instituições democráticas em nações que, até então, eram consideradas democracias robustas e consolidadas, como EUA, países da União Europeia e da América Latina. A falta de representatividade da sociedade nos espaços

institucionais como o Parlamento e o aumento do percentual de abstenções em processos eleitorais são alguns desses sintomas.

Há de se ressaltar, por outro lado, que o modelo democrático incorporado já no fim do século passado não se limita ao exercício do sufrágio, tendo em vista a busca pelo envolvimento da sociedade, de forma direta, nas deliberações governamentais, sendo o orçamento participativo um destes instrumentos de gestão democrática. No Brasil, ele tem sido utilizado desde a década de 1990 por administrações municipais espalhadas pelo país, com a Constituição Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal e o Estatuto da Cidades servindo de fundamento jurídico. Diversos foram os modelos adotados, com características específicas e peculiares em cada um deles, como, por exemplo, a (in)existência de vinculação das deliberações da população às respectivas leis orçamentárias.

A política do orçamento participativo no Brasil ganha um novo capítulo a partir de 2015, com a adoção como política pública pela administração do Estado do Maranhão, com território e população significativamente maior que vários dos municípios que passaram pelo mesmo processo. Além da maior complexidade em relação à diversidade geográfica e populacional, o orçamento participativo implantado pela gestão estadual apresenta um diferencial: a vinculação das propostas apresentadas pela sociedade ao orçamento público estadual.

Diante desse contexto, decidiu-se aprofundar os estudos para verificar como a metodologia apresentada para a realização do orçamento participativo no âmbito estadual está alinhada aos conceitos contemporâneos sobre democracia. Como hipótese principal, presume-se que a realização de espaços de oitiva da sociedade na construção dos orçamentos vai ao encontro do modelo de uma democracia mais participativa. Todavia, a possibilidade de que as escolhas de ações pela população sejam efetivamente incluídas nas leis orçamentárias aprofunda um modelo de gestão participativa ainda mais democrático.

O presente trabalho tem como objetivo central avaliar a metodologia do orçamento participativo do Estado do Maranhão no contexto atual do conceito de democracia, destacando os elementos principais a serem aperfeiçoados para a permanência e fortalecimento do instrumento dentro da gestão pública democrática. Para isso, será feita uma abordagem inicial sobre o valor democrático da participação popular nas democracias representativas e a evolução do sistema eminentemente representativo para a incorporação dos

instrumentos de participação popular no conceito moderno de democracia. Posteriormente, uma breve apresentação sobre o orçamento participativo como premissa democrática para a construção de políticas públicas e o sistema normativo que o fundamenta. Por fim, uma análise sobre o Estado do Maranhão e o modelo de orçamento participativo implantado a partir de 2015, com exame da metodologia e dos resultados alcançados até o ano de 2019.

Esta pesquisa é classificada quanto ao método de abordagem como indutiva. A indução é um processo mental em que o indivíduo parte de dados particulares vistos com certa repetição, que leva o pesquisador a inferir uma verdade geral. O presente trabalho aborda questões administrativas, a partir da análise dos relatórios de gestão e realização dos orçamentos participativos fornecidos pela administração pública estadual. Com relação aos objetivos, esta pesquisa é exploratória, pois se utiliza das informações obtidas por consulta à legislação e fornecidas pelo próprio órgão executor do orçamento participativo estadual. Segundo as vertentes teórico-metodológicas, esta pesquisa é de tecnologia científica, a qual converte o pensamento jurídico e toda a sua produção em uma tecnologia voltada para as questões sociais (GUSTIN; DIAS, 2013).

1. DO MODELO REPRESENTATIVO AO CONTEÚDO CONTEMPORÂNEO DE DEMOCRACIA: a importância da participação popular no Século XXI

Nas últimas décadas, o termo *Democracia* ganhou força não apenas na esfera política, mas sobretudo nas vidas acadêmica, filosófica, social e até mesmo econômica, pois há quem defenda – os liberais, notadamente – que o mercado econômico só pode prosperar livremente se for conduzido por normas democráticas que garantam liberdade. Mas, qual sentido que a sociedade tem dado à democracia? Feijó (2017) alerta para a necessidade de análise do uso de um conceito tão propagado e aceito universalmente. Primeiramente, deve-se entender a formação da democracia representativa.

É na Inglaterra que o modelo de governo representativo ganha força e conteúdo. A Magna Carta de João Sem Terra, ao estabelecer limites ao poder do Rei, traça as primeiras linhas de um Estado que pretendia garantir direitos e liberdades mínimas aos cidadãos, e nos séculos seguintes, o Parlamento teria papel decisivo na condução do reinado britânico. Era composto de membros

escolhidos em certas localidades para atuarem na fiscalização das atividades do reino, como a cobrança de impostos, e apresentarem ao monarca as queixas e reclamações dos súditos, obrigando-o a prestar contas de suas ações (FEIJÓ, 2017). Na Inglaterra governada por Enrique V, o Parlamento tem um papel importante, fazendo parte da vida administrativa do reino e "*autorizaba una serie de actos, respecto de los cuales el asentimiento del pueblo o era imposible o carecia de sentido*". Assim, mais do que um órgão legislativo, o Parlamento inglês era um órgão administrativo e judicial do reino (JELLINEK, 1981. p. 434). É nesta conjuntura política e social – mesclada com as relações reais da época – que surge a ideia fundamental do Estado representativo moderno, no qual o povo está representado pelo conjunto de membros do Parlamento (JELLINEK, 1981). Estes, embriões do Poder Legislativo, não tinham independência de atuação, mas serviam como órgão de consulta e resposta àqueles que reclamavam do poder absoluto na figura de um indivíduo (FEIJÓ, 2017).

Com a formação dos Estados modernos e a queda de regimes absolutistas pela Europa ocidental, redescobriu-se a necessidade de resgatar valores da democracia ateniense. A ideia de um *governo do povo* era bem vista pela sociedade pós Revoluções do século XVIII que lutava por igualdade e liberdade e a escolha pela Democracia parecia o caminho natural do sistema político a ser abraçado. A questão a ser enfrentada era como introduzir o modelo de participação popular, de assembleias com cidadãos para deliberações do governo em espaços territoriais tão vastos. A democracia antiga precisava se reinventar.

É por volta do século XVIII que sistemas aparentemente antagônicos começam a ser trabalhados para se fundir. A ideia da democracia clássica (governo do povo) somada ao sistema representativo dos Parlamentos molda a chamada *democracia representativa*, de modelo liberal para garantir, sobretudo, os direitos, garantias e liberdades individuais insculpidos na Magna Carta e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O caminho percorrido para chegar à denominada democracia representativa foi longo e ela é o único modelo democrático que hoje é compatível diante da complexidade dos problemas que atingem as sociedades modernas (MIRANDA, 2002). Contudo, é fato que o arquétipo apresentado por esse modelo passa por uma crise de legitimidade nas últimas décadas. A questão que se impõe é: como é possível fazer renascer o sentimento democrático na sociedade?

Jellinek aponta que o conceito tradicional de representação se dá pela relação que uma pessoa com outra ou com um grupo em virtude do exercício da

vontade da primeira sendo expressada pela última, criando um vínculo jurídico. Isso em um conceito ampliado. Em sentido restrito "*se entiende por representación la relación de un órgano com los miembros de uma corporación, la voluntad de estes miembros*" (1981 p. 429), com o órgão primário (o indivíduo/povo) tendo como poder apenas expressar de modo imediato sua vontade. Para o autor, já está ultrapassada a fórmula clássica sobre a legitimidade de quem tem o direito de voto quando da instituição do sufrágio universal. O que se busca agora é as situações nas quais o povo deve participar dos processos de decisão, em conjunto com os representantes democraticamente eleitos.

Um aprofundamento para buscar a *legitimidade normativa* em decisões que, mesmo tomadas na construção de leis pelos Parlamentos devem ser submetidas a escrutínio popular, defendendo a necessidade de serem estabelecidas condições formais e materiais para que os cidadãos possam livremente expressar sua vontade nesses espaços de decisão, pois "a participação cívica na *polis* é, pois, uma condição indispensável à plena realização da Democracia" (FEIJÓ, 2017, p. 37), revisitando a democracia clássica ateniense. Os dois atributos devem ser vistos para além de sua expressão formal, a trazer consigo uma carga de valor substancial. No que toca à *liberdade*, esta tem conceitos plurais, sendo necessário saber se uma pessoa é capaz de produzir os objetos de sua escolha arrazoada (SEN, 2011).

Amartya Sen busca destacar um conceito de liberdade que ultrapasse os limites do conceito liberal clássico que desconsiderava condições e capacidades dos sujeitos para o seu exercício. A prevalência de um "conceito republicano" de liberdade – pautada na institucionalidade – não é capaz de responder a um novo modelo de Democracia. A sua "discordância [em relação ao conceito republicano] diz respeito à afirmação de que a ideia republicana de liberdade pode *substituir* a perspectiva de liberdade como capacidade" (2011, p. 340). Portanto, o exercício da liberdade deve ter uma relação intrínseca com a manifestação – e por que não, a promoção via estatal – das capacidades imanentes a cada indivíduo. Desconsiderá-las para a apuração da verificação da liberdade não permitirá analisar profundamente um conceito de Justiça – e de democracia – à contento para a contemporaneidade.

É através dessa articulação entre a *liberdade* e a *capacidade* que Amartya Sen se aproxima de um conceito de democracia para além das instituições liberais que moldaram o regime nos últimos três séculos. Há de se ressaltar que ele demarca a importância dessa institucionalidade (em especial a instituição das

eleições e do voto secreto) para o desenvolvimento da Democracia, principalmente no Ocidente. Com base em diversas contribuições de cientistas políticos, filósofos e outros autores de fins do século XX e com elementos intrínsecos à sua reflexão de uma ideia de Justiça que Sen afirma que culminaram com o reconhecimento de uma compreensão mais ampla de democracia, envolvendo a participação política, a interação pública e o diálogo (2011). Nesse sentido, configura um conceito de democracia que se alinha a este ponto. Ao trabalhá-lo, realiza um levantamento teórico sobre o exercício das liberdades e o seu conteúdo. A construção desse conceito se dá dentro de uma análise mais geral sobre o conceito de Justiça. Para o autor, em conjunto com outros atributos, a igualdade e a liberdade – sob o viés que aponta – tem papéis fundamentais na formulação da Justiça e da Democracia. Temos então a democracia encarada como *democracia substancial* (SEN, 2011).

Já Jorge Miranda reforça a necessidade de uma experiência democrática que não se restrinja às macroinstituições políticas (Executivo e Assembleia Nacional, por exemplo), devendo a democracia se aproximar cada vez mais dos cidadãos. Afirma que "a democracia só poderá vingar se se apoiar em fortes instituições municipais e regionais com efectiva participação popular; (...) a democracia só é possível e duradoura quando os cidadãos efetivamente sentem que têm directa interferência na gestão das comunidades em que imediatamente se situam" (1976, p. 402-403). Reforça o entendimento de que a democracia política (nesse caso, as instituições formais mais próximas do cidadão) com formas de participação popular instigam a prática democrática na sociedade e, com isso, a condução para uma democracia social. Analisando o cenário político-jurídico duas décadas depois, o constitucionalista português reforça a tese sobre a relação simbiótica entre democracia e participação popular quando afirma que só existe governo democrático quando o povo tem meio efetivos para definir diretrizes políticas dos órgãos estatais (MIRANDA, 2002).

Portanto, a democracia do século XXI exige mais do que instrumentos puramente formais de escolhas de representantes em períodos eleitorais ou mesmo um maior número de plebiscitos e/ou referendos (já que estes também podem estar contaminados pelos mesmos vícios de legitimidade dos processos eleitorais em virtude medos, coações, etc). Em uma sociedade densa, complexa, com uma diversidade política-cultural profunda e em um território vasto, esperar que as decisões políticas oriundas do legislativo e do executivo sejam, por si só, caracterizadas como *democráticas* pode não ser o correto, pois estas podem conter

dispositivos que infrinjam o valor substancial do conceito contemporâneo de democracia.

2. O ORÇAMENTO PARTICIPATIVO COMO PREMISSA DEMOCRÁTICA NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A noção geral orçamento participativo conduz a uma forma de construção de orçamentos públicos que envolva a participação direta da população beneficiárias das políticas públicas ali apresentadas. O orçamento participativo é instrumento de complementação da democracia representativa, pois permite que o cidadão debata e defina os destinos de uma localidade, deliberando sobre as prioridades de investimentos e estimula o exercício da cidadania, o compromisso da população com o bem público e a corresponsabilização entre governo e sociedade (BRASIL, 2015).

Para operacionalização, é importante que esta ferramenta se estruture de forma a atrair segmentos da sociedade que não possuíam voz nas decisões da vida política de suas cidades, identificando segmentos populacionais subrepresentados para que as políticas públicas discutidas e selecionadas tenham caráter redistributivo (MARQUETTI; CAMPOS, 2008).

Os modelos tradicionais de orçamento participativo enfatizam questões locais, com assembleias dispondo de tempo reduzido para a discussão das propostas. Outras dificuldades a serem apontadas estão na baixa escolaridade da população em algumas regiões, o que dificulta a discussão de questões estratégicas de longo prazo e em relação a abrangências das políticas públicas, pois ações que intervém na atividade econômica do município, que poderia representar uma maior participação da população de maior vulnerabilidade na economia local, têm baixo índice de escolha. Assim, investimentos nas áreas de formação, qualificação profissional, economia solidária e organização de cooperativas fomentariam a geração de renda (MARQUETTI; CAMPOS, 2008).

A Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000) estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com ações planejadas e transparentes, prevenindo os desequilíbrios que afetam as contas públicas, atribuindo limites para o cumprimento das metas estipuladas e criando punições a fim de evitar abusos e possíveis desvios. Criou mecanismos para

assegurar a transparência na gestão fiscal, determinando às diversas Administrações Públicas que incentivem a participação popular durante os processos de elaboração das leis orçamentárias (art. 48, §1º, I). Nota-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê, sem a obrigatoriedade, a realização do Orçamento Participativo para todos os entes federativos.

O Orçamento Participativo está previsto no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição e estabelece como objetivos da política urbana o ordenamento do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a qualidade de vida da população. Nas cidades, alinha-se à gestão democrática prevista nos art. 2º, II e art. 4º, III, f, do Estatuto (BRASIL, 2001). A gestão democrática da cidade também tem como instrumentos os debates e consultas públicas, pugnando o Estatuto da Cidade que a gestão orçamentária participativa deve ser realizada através de debates e consultas públicas, sendo condição obrigatória para a aprovação das leis orçamentárias na Câmara Municipal (art. 44 da Lei nº 10.257/2001).

Trata-se de importante avanço democrático a obrigatoriedade de realização de debates públicos sobre os projetos de lei orçamentárias para que a casa legislativa possa apreciá-los e aprová-los. Contudo, o Estatuto da Cidade não prevê a obrigatoriedade de que as decisões populares tomadas nestes espaços de debate e consulta sejam ratificadas pela Câmara Municipal. A população, maior interessada na construção e efetivação dos programas e ações constantes nos orçamentos, acaba por não ter a palavra final sobre a destinação de parcela dos recursos públicos. Esta deficiência começa a ser suprida na construção do Orçamento Participativo implantado na Administração Pública do Estado do Maranhão a partir de 2015, como veremos a seguir.

3. O CENÁRIO SOCIOECONÔMICO DO MARANHÃO E OS DESAFIOS PARA O FOMENTO À PARTICIPAÇÃO POPULAR

As instabilidades políticas e econômicas que golpearam o Brasil no último século repercutiram no Maranhão, unidade federada que passou da riqueza econômica e importância política da era pombalina à quase completa inoperância da União em pouco mais de 250 anos. A mudança do eixo político-econômico do país para o centro sul deixou o Estado sem políticas estatais de

incentivo à produção e ao desenvolvimento. Esse abandono pelo Governo Federal repercutiu no modo de atuação das elites locais.

Desde o período colonial e principalmente após o deslocamento do eixo político para o centro-sul, a estrutura política-oligárquica do Maranhão girava em torno da influência da família, das relações clientelistas e do jogo de disputa entre as facções de poder (COSTA, 2019). Com a máquina burocrática do Estado voltada para o atendimento a interesses privados, as políticas necessárias para a promoção do desenvolvimento social e econômico nunca foram prioridade. Esse abandono colocou o Maranhão, no fim do século XX, entre as unidades federadas com os piores índices socioeconômicos. Os recentes dados estatísticos demonstram como a inoperância estatal na promoção de ações de desenvolvimento repercute diretamente no cenário de pobreza e desigualdade. Em 2010, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) era de 0,639, o que colocava o Estado com o penúltimo lugar (IBGE, 2010). Já em 2019, o IDHM calculado foi de 0,687, mantendo-o na mesma posição do ranking nacional (IPEA, 2019).

Hoje, o Maranhão possui aproximadamente 60% da população acima de 25 anos com, no máximo, o ensino fundamental completo. Destes, 16,7% não possui nenhuma educação formal (IBGE, 2020). A deficiência educacional repercute em outros índices importantes para medição da qualidade de vida. O rendimento nominal mensal domiciliar *per capita* é de apenas R$ 636,00 (seiscentos e trinta e seis reais), fazendo do Maranhão o Estado com o pior rendimento do país. Apesar de relativo avanço, o índice GINI em 2019 era de 0,526 (em 2003, o índice era de 0,43).

O cenário não é muito diferente quanto a acesso a bens, informação e tecnologia. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio de 2015 indicou que apenas 19% dos domicílios maranhenses possuíam microcomputador e que apenas 34,3% dos moradores com mais de 10 anos tinha acessado à *internet* no período de referência da pesquisa (IBGE, 2015). Esses dados ratificam o alto grau de exclusão digital imposta à população maranhense. Por outro lado, 94,5% dos domicílios possuíam televisão (89% com sinal de TV aberta ou com recepção de sinal por antena parabólica). O elevado índice de domicílios com acesso à aparelhos de televisão não significa acesso à educação e informação qualificada que possam proporcionar atuação eficaz nas proposições de políticas públicas para o Estado.

4. O ORÇAMENTO PARTICIPATIVO DO MARANHÃO: IMPLANTAÇÃO, METODOLOGIA E RESULTADOS

O processo de construção e implementação do orçamento participativo na esfera estadual tem início logo em 02 de janeiro de 2015, com a criação da Secretaria Adjunta de Participação Popular (SAPP) no âmbito da Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Participação Popular (Sedihpop). Entendendo o processo democrático de construção de políticas públicas como um direito humano e fundamental, tem-se por primeira vez dentro da estrutura político-administrativa do poder executivo estadual uma institucionalidade que teria por missão a indução da democracia participativa em espaços governamentais.

A Secretaria Adjunta de Participação Popular encontra-se organizada administrativa em supervisões que dispõem sobre ações de participação em determinados espaços. Essas supervisões tem por objetivo construir e discutir a) Desenvolvimento Territorial, b) Formação e Mobilização Social, c) Articulação com Conselhos, d) Organização do Orçamento Participativo, e) Acompanhamento de Processo Orçamentário, f) Sistematização das Demandas Prioritárias, g) Demandas e Respostas, h) Produção de Conteúdo e i) Suporte Tecnológico (MARANHÃO, 2015). A existência de um setor específico para a organização do orçamento participativo no Maranhão não significa uma atuação isolada. Todas as demais supervisões trabalham de forma articulada na organização e efetivação do orçamento participativo pois, como veremos, a metodologia utilizada pela SEDIHPOP e pelo Governo do Estado propõe a atuação dialógica e transversal entre setores e políticas públicas interrelacionadas.

Após a realização da primeira experiência de um Orçamento Participativo com nível regional, foi editado em fevereiro de 2016 o Decreto Estadual nº 31.519, que cria a Comissão Permanente do Orçamento Participativo (COP), com o objetivo de "garantir a intersetorialidade das propostas populares para o orçamento do Estado do Maranhão" e os "processos de consolidação das propostas definidas pela população para o orçamento participativo, integrando as competências dos diversos órgãos (MARANHÃO, 2016). Com caráter consultivo, de monitoramento e avaliação, a COP é composta de técnicos de seis políticas públicas estaduais, quais sejam: Direitos Humanos, Saúde, Educação, Infraestrutura, Desenvolvimento Social e Planejamento e Orçamento. O instrumento normativo estadual aponta as atribuições da Comissão que vão desde o processo de participação nos processos de consulta populares (art. 4º, I),

sistematização das propostas oriundas das consultas (art. 4º, II), planejar cursos e seminários de formação em participação popular, intersetorialidade e democratização dos recursos públicos (art. 4º, VII) e a contribuição para a construção da metodologia para elaboração do Plano Plurianual e as prioridades anuais do orçamento participativo (art. 4º, IX).

O Decreto Estadual 31.519/2016 é a única regulamentação jurídica no âmbito estadual a dispor sobre o Orçamento Participativo. Não existe Lei ou outro Decreto que garanta o Orçamento Participativo como política obrigatória de atuação da Administração Pública Estadual. O compromisso de inclusão das diretrizes e propostas nas leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual) é político pois ausente norma jurídica que estabeleça a devida obrigatoriedade.

A Constituição Federal (art. 165, §9) impõe prazos para que o projeto de lei orçamentária do Executivo seja enviado à casa legislativa deliberar sobre a proposta e aprovar eventuais emendas (lei complementar estipula os prazos). Assim, a contar da abertura do exercício financeiro e do início da execução orçamentária pela Administração Pública, estava posto o desafio de pensar a construção, discussão e elaboração de um projeto de lei orçamentária anual que envolvesse a participação de todas as regiões administrativas indicadas e alcançar o máximo de pessoas possíveis dentro do universo de 7 milhões de habitantes.

A metodologia elaborada tenta amplificar o debate. Inicialmente, a Administração Pública Estadual valeu-se de uma divisão territorial já existente que contava com articuladores regionais organizados pelo Governo Federal, em que o território maranhense é dividido em 15 (quinze) regionais, com sedes em municípios de maior relevância econômica, política e social para serem realizadas as Escutas Territoriais, cujo objetivo é levantar as demandas de políticas públicas diretamente da população da região, subsidiando a elaboração de programas e ações do projeto de lei orçamentária a ser encaminhada para o Legislativo (MARANHÃO, 2015).

Nessas escutas – que geralmente duram um dia – os participantes são apresentados a conceitos e noções gerais sobre orçamento público, bem como à orientação metodológica de construção da LOA e da própria Escuta. A seguir, são divididos em eixos temáticos por área de atuação estatal (por exemplo, o eixo "qualidade de vida" abrange políticas de educação, saúde, moradia, saneamento básico e outras correlatas (MARANHÃO, 2015). Ao final, os grupos temáticos apresentam o resultado da discussão para toda a plenária, que é responsável por

escolher 3 (três) propostas[1], o que resulta, ao final, em 45 (quarenta e cinco) propostas oriundas das Escutas Territoriais.

O Orçamento Participativo de 2019 contou com uma ampliação do processo de Escutas Territoriais. Houve o rompimento da vinculação administrativa à organização do Ministério do Desenvolvimento Agrário, passando-se, naquele ano, a oitiva da população em 22 (vinte e duas) regionais, garantindo maior proximidade entre a Administração Pública e os cidadãos. Outra novidade trazida pelo OP daquele ano foi a realização das audiências por mais de uma vez em uma mesma regional. Ao todo, foram 35 escutas ao longo de 6 (seis) semanas – entre 28 de maio e 11 de julho daquele ano (MARANHÃO, 2019).

Passa-se então à etapa digital do processo. As indicações das Escutas Territoriais são apresentadas na plataforma PARTICIPA MA para que toda a população possa, por território, escolher uma dentre as três propostas para constar na lei orçamentária do ano posterior.[2] Em virtude da dificuldade da exclusão digital ainda imposta a muitos maranhenses, a Administração Pública estadual realiza parcerias com órgãos e instituições estatais e da sociedade civil (como universidades e sindicatos, por exemplo) para instalação de pontos de apoio para votação. A partir de 2017 a votação também passou a ser presencial por meio de cédulas em eventos e atividades realizadas pelo Executivo Estadual nos quinze territórios e em agências dos Correios, através de parceria firmada (MARANHÃO, 2018, p. 25).

Findo o prazo estabelecido pela Administração Pública estadual para a votação das propostas que serão incorporadas à lei orçamentária, é realizada a etapa da devolutiva, oportunidade que os técnicos do Executivo retornam aos territórios com a resposta sobre as demandas eleitas no Orçamento Participativo daquele ano. Nesta etapa também são apresentadas as obras concluídas, em andamento e o status de cada demanda priorizada em Escutas Territoriais anteriores (MARANHÃO, 2018). Além da discussão das demandas populares prioritárias para a LOA, em alguns anos também são analisadas indicações da

[1] A plenária do território da Região Metropolitana de São Luís, por conta do maior percentual populacional frente a outros territórios regionais, escolhe 6 (seis) propostas.

[2] No caso do território Região Metropolitana de São Luís são escolhidas duas propostas.

sociedade para o Plano Plurianual (*OPs* de 2015 e 2019) e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (como aconteceu em 2018).

No primeiro ano de realização (2015) as Escutas Territoriais do Orçamento Participativo estadual foram realizadas nas quinze divisões previamente estabelecidas, alcançando um público total de 3.082 pessoas. A votação digital através da Plataforma Participa MA contou com 23.006 votantes. Sem a cultura de participação popular entranhada na sociedade maranhense, discutir orçamento público em conjunto com as autoridades estatais era um desafio para muitas pessoas (MARANHÃO, 2015b).

Em 2016 foram mantidas as 15 Escutas Territoriais e a ampliação dos pontos de votação digital (324, estabelecidos em órgãos e instituições parceiras, públicas e privadas) e das estratégias de divulgação. Ainda assim, houve uma queda de participação popular na votação digital para escolha da proposta de cada território a ser incluída na LOA 2017: foram apenas 14.968 votos na plataforma *PARTICIPA MA*, cerca de 65% em relação ao ano anterior e 1.236 participantes nos encontros das Escutas Territoriais[3]. Sobre o declínio da participação digital, a Administração Estadual aponta problemas técnicos, de divulgação e de metodologia. Em relação a este último, percebeu-se a necessidade de expandir o processo de escolha para além da votação digital.

Com a solução parcial de alguns dos problemas identificados, a participação no Orçamento Participativo do 2017 atingiu níveis superiores aos do ano anterior: 2.148 pessoas participaram das Escutas Territoriais (aumento de 73%) e 17.144 votantes (digitais e de forma presencial). Apesar desse aumento, os números estavam abaixo do OP 2015, ano de sua implantação. Destaca-se a simplicidade do Relatório de Gestão 2017, com a ausência de dados e informações relevantes para compreensão maior do processo, como, por exemplo, os problemas identificados conduziram a uma baixa participação no processo de votação, mesmo ampliando-a para a forma presencial. (MARANHÃO, 2017).

De forma contrária, o Relatório do Orçamento Participativo de 2018 apresenta informações e dados mais completos sobre a ocorrência do processo, garantindo mais transparência na análise. Segundo a SAAP, participaram das Escutas Territoriais 2.841 pessoas. Corrigindo as deficiências dos anos anteriores,

[3] Esse número está disponível no Relatório de Gestão da SAAP do ano de 2017. Não foi possível identificar esse dado no Relatório de 2016.

a votação das propostas (presencial e digitalmente) para inserção na lei orçamentárias do ano seguinte contou a 30.267 cidadãos, o maior registro até então (MARANHÃO, 2018).

Por fim, encerra-se o recorte metodológico dessa pesquisa com os números sobre o Orçamento Participativo de 2019, responsável por indicar as prioridades territoriais para a lei orçamentária de 2020 e a construção do Plano Plurianual 2020-2023. A alteração da metodologia de realização do OP impactou significativamente no público-alvo alcançado. A reconfiguração do modelo pensado inicialmente contribuiu para uma maior participação popular. As 35 audiências públicas regionais contaram com a presença de 6.109 pessoas, um aumento de 100% em relação ao ano de maior participação até então (2015). A reconfiguração da estratégia de mobilização e divulgação e a manutenção da metodologia de votos presenciais e digitais elevou também em mais de 100% o número de votantes das propostas para a LOA 2020: 30.549 o fizeram de forma presencial e 32.920 realizaram a votação de forma digital, quase 1% da população total do Estado levantada no Censo de 2010. (MARANHÃO, 2019).

CONCLUSÃO

A teoria democrática moderna, alinhada ao espírito dos tempos pós-guerras do Século XX, nos apresenta uma concepção de democracia que não se restringe ao direito de votar ou ser votado. Diálogo institucional e interação pública entre Estado e Sociedade Civil são princípios basilares de regimes democráticos ocidentais. Assim como o conceito de democracia foi reinventado a partir da formação dos Estados europeus pós-absolutistas para incorporar a ideia de representatividade, os acontecimentos sociais, políticos e econômicos forçaram a uma mudança de paradigma sobre democracia para aprofundar instrumentos que possibilitassem uma proximidade com os titulares do poder. Um regime verdadeiramente democrático se consolida quando os cidadãos possuem condições efetivas de interferir nas decisões governamentais, seja propondo-as, construindo-as ou controlando-as.

O período democrático pós 1988 é mais duradouro da história brasileira e se caracteriza não apenas pela afirmação dos princípios liberais de representatividade, mas também por proporcionar instrumentos que possibilitem ao povo a incidência direta em decisões políticas. Nossa Constituição alinha-se ao conteúdo material de democracia, incorporando mecanismos como a

iniciativa popular de leis e os espaços de consulta e participação na construção de programas e ações governamentais, como as audiências públicas e dos conselhos gestores e de direitos.

Sendo os orçamentos públicos os instrumentos capazes de normatizar e concretizar as políticas e programas de ação governamental para efetivação de direitos, nada mais coerente dentro do atual modelo democrático dialógico do que conferir espaços de participação direta dos cidadãos na elaboração destes projetos legislativos. É dever do Estado tornar acessível a linguagem técnica das planilhas orçamentárias para que a sociedade em geral tenha oportunidade de incidir de forma qualificada na escolha de prioridades de ações em determinado período e região.

A realização de processos de orçamento participativo decorre de uma interpretação do sistema de normas que fundamentam a construção das leis orçamentárias, mas a ausência de legislação específica não disseminou a realização de orçamentos participativos na administração pública brasileira. Em algumas, o orçamento participativo surge mais como um princípio e valor de uma gestão com determinado perfil ideológico mais democráticos, progressista e pluralista do que uma política de Estado, e isso acaba por repercutir na sua descontinuidade. Raros são os exemplos de administrações municipais que continuam a realizar, de forma sistemática e periódica, essa ação.

A política orçamentária analisada aqui difere-se de outras experiências brasileiras em razão do âmbito de abrangência. Aplicar a política do orçamento participativo no território regional com as características geográficas, políticas e socioeconômicas do Maranhão é um grande desafio. Além da extensão territorial e do elevado número populacional a ser atingido, o Estado apresenta baixos índices de inclusão educacional e digital e um histórico de formação de currais políticos-eleitorais que não permitiram a formação de uma cultura democrática, de uma cultura de *res publica*. Não à toa, grande parte das propostas escolhidas pelos votantes refere-se a programas de fortalecimento educacional (reforma de escolas), ações da saúde e fomento e geração de renda para os mais vulneráveis.

Percentualmente, os índices de participação nas Escutas Territoriais/Audiências Regionais e no processo de votação (presencial e digital) para escolha das ações e programas que serão incluídas nas leis orçamentárias é muito baixo. Em virtude dos fatores acima elencados, é incorreto afirmar que as cinco primeiras experiências de orçamento participativo a nível estadual tenham

sido um fracasso, mas é fundamental que o maior número possível de pessoas seja atingido, e há caminhos para isso.

A forma de alteração no processo de votação em 2017 e uma fragmentação maior nas regiões e cidades de realização das audiências de escuta demonstram que o processo se reinventa para se consolidar e amplificar o raio de atuação. Realizar votação exclusivamente digital em uma das unidades federadas com maior índice de exclusão digital de todo o país caminhava na contramão da própria concepção democrática do orçamento participativo. A garantia de votação por meio impressa e presencial – paradoxalmente vai na contramão do processo democrático brasileiro neste século – é crucial devido as circunstâncias condicionantes impostas a grande parte do público alvo. A ampliação das regiões de abrangência e do número de audiências no processo de 2019 possibilitou que a presença nas Escutas aumentasse mais de 100% em relação ao ano inaugural do processo, recorde de participação até então. Um território de vasta extensão e com problemas de infraestrutura e mobilidade dificulta que pessoas das localidades mais longínquas possam participar do processo.

Sob o ponto de vista da institucionalidade, deve ser garantido pela gestão estadual a incorporação definitiva do Orçamento Participativo Estadual como uma política de ação de Estado, e não de governo. O decreto do Poder Executivo não oferece segurança jurídica suficiente de continuidade da política nos anos vindouros. Assim, a criação de instrumentos normativos como emenda à Constituição Estadual e/ou criação de leis específicas que garantam não apenas a continuidade da realização do orçamento participativo após o fim da atual gestão estadual, mas, sobretudo, a inclusão obrigatória na lei orçamentária da proposta escolhida por cada região e o percentual do orçamento destinado à discussão da sociedade. Estes três pontos são os pilares fundamentais para a consolidação da política participativa na construção de orçamentos públicos verdadeiramente inclusivos e que garantam à população a exequibilidade das ações aprovadas.

Ademais, deve-se destacar o papel da Participação Popular como política de Estado permanente, que busque incentivar a cultura de participação da sociedade civil nos espaços de decisão. Em um território com as características socioeconômicas aqui apontadas, trata-se de um desafio hercúleo que transita pela intersetorialidade das políticas públicas, não sendo responsabilidade apenas

de um setor específico, mas um comprometimento de toda a gestão pública, em todas os programas e ações governamentais.

Em que pese as correções elencadas para o fortalecimento da ação, há de se destacar a importância da implantação do orçamento participativo na administração pública de uma unidade federada como o Maranhão em um momento tão peculiar para o regime democrático brasileiro. Nestes tempos de incerteza quanto ao valor da democracia, a ampliação dos espaços de deliberação na gestão pública e o estímulo para que a sociedade civil esteja presente são ações assertivas no cumprimento de um dever fundamental de todo Estado que se apresenta como democrático: a garantia da participação popular para a garantia de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Controle Social – Orçamento participativo 2015*. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/controlesocial/OrcamentoParticipativo.asp>, Acesso em: 15 set 2015.

BRASIL. *Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>, Acesso em 11 ago 2020, 14:05.

BRASIL. *Lei n° 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>, Acesso em: 11 ago 2020, 14:56.

COSTA, Yuri. *ESCALAS DE PODER*: grupos políticos no Maranhão oitocentista e sua relação com a Corte do Império. Revista Outros Tempos, vol. 16, n. 27, 2019, p. 141 - 161.

DAHL, Robert. A. *A democracia e seus críticos***.** Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

FEIJÓ, Rui Graça. *Democracia – Linhagens & Configurações de um conceito impuro*. Porto: Edições Afrontamento, 2017.

GUSTIN, Miracy B. S.; *DIAS*, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. 4ª ed. Belo. Horizonte: Del Rey, *2013*.

IBGE. Maranhão. *Índice de Desenvolvimento Humano. Ano 2010*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ma/pesquisa/37/30255?ano=2010> Acesso em 09 set 2020, 15:10.

IBGE. Maranhão. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Ano 2015*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ma/pesquisa/44/47044> Acesso em 05 set 2020, 17:15.

IBGE. Maranhão. *Sistema de Indicadores Sociais. Ano 2020*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ma/pesquisa/45/82120> Acesso em: 4 set 2020, 16:05.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1981.

MARANHÃO. *Decreto nº 30.660, de 6 de março de 2015*. Dispõe sobre a reorganização da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e Participação Popular – SEDIHPOP. Diário Oficial do Poder Executivo. Disponível em: <https://www.diariooficial.ma.gov.br/public/index.xhtm> Acesso em 30 ago 2020, 13:40.

MARANHÃO. *Decreto nº 31.519, de 29 de fevereiro de 2016*. Cria a Comissão Permanente do Orçamento Participativo. Diário Oficial do Poder Executivo. Disponível em < https://www.diariooficial.ma.gov.br/public/index.xhtml> Acesso em 30 ago 2020, 18:45.

MARANHÃO. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e Participação Popular. *Relatório do Orçamento Participativo e Escuta Territorial 2015*. São Luís: [s.n], 2015. 143p.

MARANHÃO. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e Participação Popular. *Relatório do Orçamento Participativo 2016*. São Luís: [s.n], 2016. 126p.

MARANHÃO. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e Participação Popular. Superintendência de Orçamento Participativo. *Relatório de Gestão 2017*. São Luís: [s.n], 2017. 11p.

MARANHÃO. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e Participação Popular e Secretaria de Estado do Planejamento e Orçamento. *Relatório do Orçamento Participativo 2018*. São Luís: [s.n], 2018. 30p.

MARANHÃO. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e Participação Popular. *Relatório do Orçamento Participativo 2019*. São Luís: [s.n], 2019. 14p.

MARANHÃO. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos e Participação Popular. Secretaria Adjunta de Participação Popular. *Relatório de Gestão 2019*. São Luís: [s.n], 2019. 13p.

MARQUETTI, Adalmir; CAMPOS, Geraldo Adriano de. *Democracia e redistribuição*: apontamento iniciais. In: MARQUETTI, Adalmir; CAMPOS, Geraldo Adriano de; PIRES, Roberto (organizadores). Democracia participativa e redistribuição: análise de experiências de orçamento participativo. São Paulo: Xamã, 2008. p 13-29.

MIRANDA, Jorge. *Constituição e Democracia*. Lisboa: Petrony, 1976.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Radar IDHM*: evolução do IDHM e de seus índices componentes no período de 2012 a 2017. – Brasília: IPEA : PNUD : FJP, 2019. Disponível em:<https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190416_rada_IDHM.pdf> Acesso em 03 set 2020, 13:45.

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça***.** Trad. Denise Bottmann / Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. *El valor universal de la democracia***.** Trad. Michel Seiner Pellny. THEMIS Revista de Derecho. Año 2003, n. 47, p. 277-286. Disponível em < https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/399258> Acesso em 05 set 2020. 16:34.

GLOBALIZAÇÃO, GLOCALIZAÇÃO E SOBERANIA NACIONAL: POR UMA HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PAUTADAS EM PLURALIDADES JURÍDICAS

Jamile Gonçalves Calissi
Universidade do Estado de Minas Gerais
jamile.calissi@uemg.br

Renato Zanolla Montefusco
Fundação Educacional Raul Bauab
renato.montefusco@uemg.br

Resumo: Pretende-se fazer uma análise da interferência da globalização e da glocalização nas soberanias nacionais descortinando a importância dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, sobretudo, o sistema global elaborado pela Organização das Nações Unidas. Paradigma do direito moderno é a chamada "soberania nacional", a supremacia do Estado-nação na ordem interna e a independência em suas relações internacionais, considerado absoluto, entretanto, gradualmente mitigado foi relativizado, influenciado pelo modelo comunitário internacional. O direito das gentes e os direitos humanos deverão fornecer um enquadramento para o chamado "constitucionalismo global", influenciado, principalmente, pelo modelo comunitário internacional, globalização e glocalização importando na necessidade de o direito se adaptar à integração internacional, ao fortalecimento das relações supranacionais e, sobretudo, à internacionalização dos direitos humanos.

Palavras-chave: Democracia; Globalização; Glocalização; Direito Humanos; Internacionalização

1. Introdução

Um dos principais paradigmas do direito moderno que, aliás, remonta a séculos, é a chamada "soberania nacional", que representa a supremacia do Estado-nação na ordem interna e a sua absoluta independência em suas relações internacionais. Durante vários séculos, referido paradigma foi considerado absoluto.

Ocorre que esse paradigma vem sendo gradativamente modificado e tende a ser relativizado, influenciado pelo modelo comunitário internacional e pelo fenômeno da globalização. A partir desses fenômenos, o direito deve se

adaptar a esse novo quadro, especialmente no que se refere à flexibilização da soberania, com base na integração internacional, no fortalecimento relações supranacionais e, sobretudo, na internacionalização dos direitos humanos.

Até Hans Kelsen, com a tese de ilusão da soberania, o fenômeno passou por variações conceituais até apresentar na atualidade uma tendência ao fenecimento de sua gênese, passando por transformações que poderão culminar em alterações e redefinições da própria sociedade.

Essa questão é resultado direto do pensamento internacional contemporâneo, que tenta compreender o Estado de um modo diferente da formatação original, influenciado, primeiramente, pelo surgimento do modelo comunitário de organização social, com origem em um processo integracional, sobretudo econômico, eclodindo nas questões jurídicas que ultrapassam as fronteiras jurisdicionais.

Insere-se o assunto na seara da democracia, que hoje se utiliza de um discurso político interno e internacional para justificar-se e pressupõe repensar o princípio da autodeterminação para adequar a legitimação da autoridade e da soberania política por meio de suportes sociais e políticos em outros níveis, supranacionais e subnacionais.

Além disso, o direito das gentes e os direitos humanos, já observados com os olhos do movimento internacional que pressiona os Estados-nações, deverão fornecer um enquadramento razoável para o chamado "constitucionalismo global", como forma de validação das constituições nacionais perante o direito internacional.

2. A globalização e a relativização da soberania

A soberania é uma racionalização jurídica do poder e, junto ao povo, território e governo é um elemento fundamental do conceito de Estado. Sua definição clássica aborda dois aspectos: internamente, é o poder de auto-organização do Estado e externamente, a independência e igualdade frente aos outros Estados nacionais (LORA ALARCON, 2011, p. 4).

No âmbito dessa racionalização jurídica do poder, o Estado moderno soberano constituiu-se instrumento de legitimação da força coercitiva ao transformar o poder de fato em poder de direito, por intermédio de festejados

teóricos como Maquiavel, passando por *Jean Bodin*, *Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rosseau*.

Esse entendimento de que a soberania aborda dois aspectos, o interno e o externo, remonta a Hugo Grocio quando da sua concepção de direito natural. Antes, porém, teólogos espanhóis do século XVI (*Francisco de Vitória, Gabriel Vasquez de Menchaca, Balthazar de Ayala e Francisco Suarez*) já antecipavam a reflexão do tema (FERRAJOLI, 2002, p. 5).

Desde os primórdios, as palavras "ordem" e "organização" são importantes. Se hoje é possível que parte do mundo seja composta de sociedades desenvolvidas regidas por conjuntos de normas próprias, é porque os ancestrais se preocuparam com sobredita ordem e, em uma clara manifestação de refinada sabedoria, perceberam o poder que dela emana (MONTESQUIEU, 1997, p. 37)[1].

Diferentemente do mundo bipolar vivido até o final da década de 80, onde o planeta era dividido ideologicamente entre os capitalistas, tendo como força motora os Estados Unidos, e os socialistas, representados pela então União Soviética, muitos países implementaram a convivência "cooperativa", o que culminou na formação de blocos onde a ideologia cedeu espaço para outras questões, principalmente práticas e econômicas.

O aspecto da quebra de ideologias, no entanto, não pode ser justificado unicamente por questões político-ideológicas, pois vem acompanhado de toda uma cadeia de desenvolvimentos que o mundo experimentou, quer seja economicamente, quer seja culturalmente, quer seja juridicamente, e este último como consequência imediata dos outros.

O fenômeno da globalização, recente para os leigos, mas antigo para os mais observadores, é de reconhecida importância como agente modificador do mundo e gerador da chamada cooperação transnacional. E, sendo a globalização

[1] Defendia, Montesquieu, a existência da Leis Naturais, invariáveis e anteriores à todas as leis, quer às ligadas ao sentimento, quer às ligadas ao conhecimento (positivadas), pois decorrem unicamente da constituição de nosso ser. É a lei considerada basicamente no homem antes da sociedade (homem em estado natural). São quatro as Leis Naturais de Montesquieu: a que leva à ideia de um criador e, por temor, portanto, ninguém procuraria atacar; a que determinava a busca por alimentos; outra que demostrava a necessidade natural de existência mútua de homem e mulher; e por fim a do desejo de viverem em sociedade.

redefinidora de conceitos, será também causa direta das modificações jurídicas contemporâneas.

Embora a mudança de ideologia ocorrida no final do ano de 1989 possa parecer a única ensejadora dos atuais conceitos, a globalização é o pano de fundo dessa transição e, para muitos, a propulsora de todos os acontecimentos das últimas décadas, somada à redefinição dos direitos fundamentais iniciada após o fenecimento da sociedade no pós-guerra.

A globalização é conceituada básica e unitariamente como um "[...] fenômeno cultural de convergência de pensamento em escala mundial" (MENDES, 1998, p. 9). Esse conceito, no entanto, não é suficiente para designar as reais consequências do fenômeno. A globalização tem três aspectos enfáticos: aspecto material, aspecto espaço-temporal e aspecto cognitivo (HELDE; MCGREW, 2001, p. 11-17).

Do aspecto material, resulta a identificação, por exemplo, dos fluxos de comércio, capital e pessoas em todo o globo. Esses fluxos são facilitados por diferentes tipos de infra-estrutura, tais como, física (transportes ou sistemas bancários) ou simbólica (inglês usado como língua franca). Tudo isso gerando uma interligação mundial.

O aspecto cognitivo diz respeito à conscientização popular do modo como acontecimentos distantes podem afetar destinos locais (e vice-versa), bem como as percepções públicas da redução do tempo e do espaço geográfico. O aspecto espaço-temporal diz respeito à mudança na escala da organização social que liga comunidades distantes e amplia o alcance das relações de poder nas grandes regiões e continentes do mundo.

Desse conjunto de conceituações, pode-se extrair alguns pontos gerados pelo fenômeno: ação à distância, compressão espaço-temporal, interdependência acelerada, mundo em processo de encolhimento, integração global, reordenação das relações de poder inter-regionais, consciência da situação global e intensificação da interligação inter-regional (HELDE; MCGREW, 2001, p. 17).

Nessa linha de pensamento, o direito em geral tem observado o chamado fenômeno da "*flexibilização da soberania nacional*", que no campo jurídico representa um novo olhar sobre os direitos humanos, agora objetos de proteção da novel sistemática dos tribunais internacionais.

3. O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

Consequência direta da globalização e, por conseguinte, da internacionalização dos direitos humanos[2], a emergência na estipulação de um sistema internacional no pós-guerra é hoje compreendida como fundamental na reconstrução desses direitos e na sua condução a "paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea" (PIOVESAN, 2001).

Essa internacionalização, além de consagrar a unificação dos direitos liberais e políticos com os direitos sociais, culturais e econômicos (PIOVESAN, 2009, p. 13), expandir os direitos fundamentais em normas jurídicas de direito internacional e provocar a "utilização da experiência jurídica externa", tanto de direito internacional quanto de direito estrangeiro (ROTHNBURG, 2014, p. 9), naquilo que hoje é chamado de Estado Cooperativo (LUCAS VERDU, 1998; HÄBERLE, 2000; HÄBERLE, 2007)[3], ocasionou, ainda, a necessidade do estabelecimento de um diálogo "entre fontes" (ROTHENBURG, In: PAGLIARINI; DIMOULIS, 2012, p. 333-359; RAMOS, 2012)[4] e, consequentemente, de um "modelo de articulação" onde não deve haver relação de subordinação e hierarquia entre as instâncias decisórias, pelo contrário, devem elas dialogar em um processo constante de aprendizagem, em um sentido de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas para que ao final seja possível

[2] Principalmente a partir da criação do Tribunal de Nuremberg concluído pelo Acordo de Londres, e criação da Organização das Nações Unidas através da Carta de São Francisco.

[3] O Estado Cooperativo representa um novo paradigma do Estado de Direito Constitucional Comparado. Através dessa nova perspectiva, no Estado Constitucional deixa-se de observar somente o ordenamento jurídico interno para preocupar-se, também, com o Direito Constitucional em um mundo globalizado, discutindo-se o direito interno através de resoluções de problemas já implementadas no âmbito global e em outros ordenamento jurídicos de outros países. Tem como fundamento, a Constituição como resultado de uma ciência cultural, teses disseminadas por Pablo Lucas Verdú e Peter Häberle.

[4] A esse diálogo de fontes, Walter Claudius Rothenburg chama de constitucionalismo internacional, e esclarece que a internacionalização dos direitos humanos levou a uma "pluralidade de ordens constitucionais" em que às normas internas devem somar-se as normas jurídicas estrangeiras e internacionais, bem como, as decisões dos tribunais externos. Essa "conternporaneidade do direito constitucional", assentada na ideia do neoconstitucionalismo é denominada de diversas maneiras: inteconstitucionalismo por Canotilho, transconstitucionalismo por Marcelo Neves, cross-constitucionalismo por André Ramos Tavares, constitucionalismo transnacional por Manuel Aragon Reyes, constitucionalismo supranacional por Alexandre Coutinho Pagliarini.

encontrar um ambiente de convivência plural e de aceitação das diferenças (NEVES, 2009).

A Europa, com o advento do direito comunitário do pós-guerra e o seu novo modo de pensar o mundo e sua estrutura política, econômica e jurídica, proporcionou um espaço adequado para o desenvolvimento dessa internacionalização do direito através da reconstrução dos direitos humanos e da inserção da dignidade da pessoa humana como pauta no centro das relações entre os Estado europeus.

Nesse sentido, a teoria da proteção multinível foi desenvolvida para explicar a integração europeia quando, além dos Estados-membros europeus, outros atores, tais quais, instituições subnacionais (províncias ou municípios), instituições nacionais (ministérios) e supranacionais (Comissão Europeia) participavam do processo e, inclusive, dialogavam entre si sem a intermediação de instituições intermediárias em um processo que ficou conhecido como "política de coesão europeia" (URUEÑA, In: GALINDO; URUEÑA, 2014, p. 15-48).

Esse é um processo que, aplicado em sentido geral, na realidade, concorre para a superação do "paradigma clássico do constitucionalismo ocidental" por um paradigma de constitucionalismo global que oferta à atualidade, a chamada interconstitucionalidade, ou constitucionalismo multilevel (além da governação transnacional e o constitucionalismo internético) (CANOTILHO, 2008, p. 261).

A tese da interconstitucionalidade pressupõe relações "interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político" e tem por desafio o problema da "articulação entre constituições e afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidade diversas". Nesse sentido, guarda dois aspectos, um relacionado à interorganizatividade e outro referente à interculturalidade constitucional (CANOTILHO, 2008, p. 266-267 ss).

Pressupõe, pois, vários níveis e, em âmbito europeu, trabalhou em quatro níveis para a produção e proteção dos direitos humanos: âmbito subnacional (em que é possível a proteção dos direitos humanos a partir de unidades subnacionais que, embora tenham diálogo com o internacional, precisam guardar a sua relação hierárquica com a ordem constitucional a qual pertencem), âmbito nacional (Constituições Nacionais), âmbito internacional

(Sistema Europeu de Direitos Humanos) e âmbito supranacional (Carta dos Direitos Fundamentais) (URUEÑA, In: GALINDO; URUEÑA, 2014, p. 15-48).

Na interconstitucionalidade há uma rede de constituições de estados soberanos que deverão, no diálogo com o grau superior (supranacional), expor as várias identidades nacionais para, ao reentrar nessa forma organizativa superior, manter os valores e funções das constituições dos Estados nacionais, em um processo de interculturalidade constitucional ou partilha de culturas.

Essa teoria frutificou na ambiência do chamado "Direito de Europa", direito constitucional comum europeu, que já há muito tempo tem oferecido ao mundo um modelo *europeizado* a ser seguido. Como fator preponderantemente positivo, esse modelo desenvolvido por força do direito comunitário europeu alimenta uma perspectiva de "direito comum" sem, contudo, prescindir das culturas jurídicas nacionais (HÄBERLE, 2003, p. 66).

No transconstitucionalismo, por sua vez, parte-se da premissa de existência de relações transconstitucionais para elaborar uma proposição de superação do paradigma nacional-estatal do constitucionalismo e do direito internacional e incorporar a ideia do entrelaçamento das diversas ordens jurídicas, que poderiam, inclusive, prescindir dos tratados internacionais, no âmbito das Cortes Constitucionais. O resultado seria, então, de diálogo entre centro das ordens jurídicas fundamentado em um núcleo basilar composto pela separação de poderes e garantia dos direitos fundamentais (NEVES, 2009, p. 114-121).

Como não se trata de mera convergência de ordens jurídicas, o entrelaçamento proposto pelo transconstitucionalismo resultaria, por exemplo, no caso dos direitos humanos, na possibilidade de diálogo entre ordens constitucionais trazendo à compreensão do problema, aquilo que se tem discutido e decidido em âmbito internacional ou em um cenário mundial (NEVES, 2009)[5].

[5] Isso é melhor compreendido em sede de direito comunitário. A tese defende o ponto de vista do diálogo constitucional. Marcelo Neves explica que o transconstitucionalismo não é um processo de formação de transconstituições, mas uma proposta de diálogo entre os sistemas constitucionais. Assim, pode haver o transconstitucionalismo sem uma transconstituição, na medida em que o prefixo trans aponta para a ocorrência de elementos que atravessam os sistemas, e não que os unificam em uma espécie de metasistema. No espaço comunitário, assim, deverá haver o diálogo constitucional legitimador naquilo que é chamado por Marcelo Neves

Assim, em tempos de "proteção multinível dos direitos humanos" em que podem/devem ser observados, ao menos, em três âmbitos (supranacional, internacional e nacional), os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos configuram-se em instrumentos imprescindíveis à proteção de tais direitos e à tranquilização daqueles que entendem o Estado como o grande violador dos direitos humanos (NEME; ATIQUE, 2008, p. 95-106).

Atualmente, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos compreende, estruturalmente, um sistema global, e outros sistemas regionais: o europeu, o interamericano e o africano. Pode-se mencionar, ainda, duas outras formas de observar os direitos humanos, a percepção asiática e a percepção do oriente médio. Contudo, trata-se de enfrentamentos incipientes dos direitos humanos e, em que pese a importância de suas concepções, inclusive diferenciadas no tocante à visão ocidental, não representam, ainda, sistemas regionais estruturados para a proteção dos direitos humanos.

3.1 O sistema global de proteção aos direitos humanos

O sistema global de proteção aos direitos humanos, aberto à adesão de praticamente qualquer Estado é, desde sua concepção, potencialmente aplicável a qualquer pessoa "concebida em sua abstração e generalidade" (PIOVESAN, 2000, p. 93), porque tem por base uma "ética da globalização" que valoriza questões que ultrapassam os Estados nacionais e as soberanias absolutas para propugnar pelo respeito à proteção das pessoas (SINGER, 2004).

Essa ideia coincide com o processo de judicialização dos direitos humanos que, desde o Tribunal de Nuremberg, passando pelos Tribunais *ad hocs* para a ex-Iugoslávia e Ruanda, até a criação do Tribunal Penal Internacional através do Tratado de Roma de 1.998, tem disseminado o entendimento de que além dos Estados, os indivíduos também podem ser penalizados por violação dos direitos humanos (SIQUEIRA, 2014, p. 132).

---

de concepção histórico-universal de Constituição, ou seja, norma jurídica suprema dentro de uma ordem social, em uma relação de coordenação e não mais de subordinação. Dessa forma, somente em um espaço onde seja possível haver o diálogo entre política e direito é que existirá uma Constituição substancial. E se houver um documento que faça o acoplamento estrutural entre a política e o direito, a Constituição existirá formalmente.

Além do mais, segue-se a isso, a questão de implementação de uma jurisdição universal com autoridade da ONU para observar a ideia de uma única "lei" para todos, ideia também disseminada a partir de Nuremberg e o estabelecimento dos três tipos penais, crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, independente das legislações internas (SINGER, 2004, p. 163).

Esse é o sistema que integra a estrutura da Organização das Nações Unidas[6], e possui instrumentos normativos de índoles geral e especial.

Como principais instrumentos normativos gerais, o sistema global possui a Carta Internacional de Direitos Humanos ou Carta das Nações Unidas de 1.945, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1.948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Os instrumentos normativos especiais, por sua vez, referem-se sempre à previsão da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis e "realça o processo da especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade" (PIOVESAN, 2000).

Pode-se, nesse sentido, mencionar, a título exemplificativo, a Convenção pela Eliminação e todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção pela Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.

No âmbito global de proteção dos direitos humanos, a ONU mantém organismos e mecanismos convencionais (que obrigam os Estados contratantes nos termos dos documentos específicos assinados) e extraconvencionais (que vinculam os membros da organização sem socorrer-se às convenções específicas) para a vigilância, supervisão, monitoramento e fiscalização do cumprimento de todos os instrumentos normativos pertinentes (LIMA JR, 2002).

Como principais órgãos, o sistema global possui o Conselho de Direitos Humanos da ONU, antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU, os Comitês de Direitos Humanos e os Relatores Especiais e Grupos de Trabalhos.

A Comissão de Direitos Humanos foi o principal órgão do sistema global até ser substituída em 2.006 pelo Conselho de Direitos Humanos. Foi

[6] Cujos órgãos principais são: Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Corte Internacional de Justiça, Conselho Econômico e Social e Secretariado.

criada em 1.946 para promover e proteger os diretos humanos através de procedimentos especiais, tais quais, as missões de investigações e o mecanismo temático ou mandado fornecidos aos Relatores Especiais e Grupos de Trabalhos e era subordinada ao Conselho Econômico e Social (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 627-670).

De 1.946 a 1.967, já através da Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção às Minorias, redenominada em 1.999 para Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, elaborou o arcabouço normativo destinado à proteção e promoção dos direitos humanos (fase legislativa): Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.948 e os dois Pactos Internacionais de 1.966 (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

A fase de implementação deu-se a partir do ano de 1.967, quando a Comissão de Direitos Humanos passou a apreciar todos os casos de violações de direitos humanos submetidos a ela.

Atualmente, a Comissão de Direitos Humanos deixou de ser assim chamada e foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos, com a promessa de maior transparência na fiscalização e promoção dos direitos humanos.

O Conselho de Direitos Humanos é órgão intergovernamental de mecanismo não-convencional subordinado à Assembleia Geral que implementou alguns avanços, como por exemplo a adoção do *Institution-building package*, composto pelo *Universal Periodic Reviw* (para avaliação dos direitos humanos nos Estados-membros), o *Advisory Committee* (que fornece conhecimento especializado em direitos humanos) e o *Complaints Procedure* (por onde pessoas e organizações submetem seus casos de violações de direitos humanos) (GARCIA, 2005, p. 55-62).

Como mecanismos convencionais (*treaty-monitoring bodies*) de proteção dos direitos humanos no âmbito do sistema global, há os Comitês de Direitos Humanos: comitê para monitorar a implementação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, comitê para monitorar a implementação do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, comitê para monitorar a implementação da Convenção contra a Tortura e outras Tratamentos Crueis, Desumanos ou Degradantes, comitê para monitorar a implementação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, comitê para monitorar a implementação da Convenção Internacional sobre a Eliminação

de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (GARCIA, 2005, p. 55-62).

Os comitês, criados analogamente ao Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, têm competência para avaliar comunicações que contenham violação a direito disposto apenas na Convenção que o criou, e o fazem por meio de diversas funções, entre elas, receber petições individuais (vinculada à declaração feita em separado pelo Estado), comunicações interestatais e relatórios; proferir uma decisão em relação à petição individual que apenas declare que a violação resta caracterizada ou que determine que o Estado repare a violação cometida; requerer dos Estados informações sobre determinada situação[7].

Os mecanismos extraconvencionais (procedimentos especiais), que têm por propósito a proteção dos direitos humanos através da interpretação ampla dos objetivos da proteção aos direitos humanos da ONU e do dever de cooperação dos Estados para alcançar esses objetivos, decorrem de resoluções elaboradas por órgãos das Nações Unidas (como a Assembleia Geral e o Conselho Econômico e Social) e são utilizados pelos Relatores Especiais e Grupos de Trabalhos, que possuem prerrogativa dentro da Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos para investigar violações contra os direitos humanos e os problemas causados em nível multinacional, e avaliar a apresentação de denúncias por indivíduos ou grupos de indivíduos, prescindindo da ratificação de convenções específicas.

O mecanismo extraconvencional mais utilizado é o sistema da resolução 1503 do ECOSOC, que até a década de noventa, sob os auspícios da antiga Comissão de Direitos Humanos já havia recebido mais de trezentas e cinquenta mil denuncias de violações de direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1997, p.168). Estabelecido em 1.970 pelo Conselho Econômico e Social das

[7] O Brasil, importante ressaltar, ainda não reconheceu a competência do Comitê dos Trabalhadores Migrantes e do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para receber petições individuais, uma vez que não ratificou a Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias e o Protocolo Adicional ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e dos direitos econômicos, sociais e culturais. Aos países que ratificaram o Protocolo Adicional ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, as vítimas de violações dos direitos econômicos, sociais e culturais poderão apresentar seu caso diretamente ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

Nações Unidas (ECOSOC), o sistema 1503 foi criado para acompanhar os casos coletivos de violações de direitos humanos, referentes a grandes contingentes populacionais e, para ser utilizado, prescinde da ratificação dos Estados-membros da ONU (LIMA JR., 2002, p. 3).

O documento mais importante do sistema global[8] é a Carta das Nações Unidas de 1.945 que, ao instituir a ONU, previu expressa e claramente a necessidade de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Entretanto, no processo de declaração da importância dos direitos humanos, a Carta não teve o condão de estabelecer, conceituar e sistematizar os direitos a que pretendia dedicar proteção (PIOVESAN, 2007, p. 128).

Coube à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.948 complementar as ideias introdutórias da Carta das Nações Unidas, especificando os direitos pretendidos pela Carta de 1.945.

Assim, ainda que sem qualquer conteúdo procedimental, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu nos artigos 1º ao 21º os direitos civis e políticos, e nos artigos 22º a 30º, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Contribuiu, dessa forma, para a previsão expressa de um elenco de direitos de variadas espécies, coerente tanto com os valores de liberdade quanto com os de igualdade, e estabeleceu-os sob o a novel perspectiva de universalidade e indivisibilidade.

Tecnicamente como uma recomendação feita aos Estados-membros da Assembleia Geral das Nações Unidas, o que denotaria uma capacidade de mera resolução, a Declaração, sob esse aspecto, não teria poder de criar obrigações jurídicas para os Estados (CALIL, 2014, p. 18).

Contudo, a ideia de sua natureza como carta de princípios e norma substantiva ganhou força ao longo da história tanto em âmbito externo quanto no âmbito interno dos Estados, tornando-a fonte de interpretação, inclusive por

[8] O sistema global de direitos humanos (Carta Internacional de Direitos Humanos – instrumento costumeiro) não é precedente (marco histórico) porque já é o próprio sistema composto da junção de vários documentos internacionais: Carta da ONU, Declaração de Direitos Humanos de 1948, os dois pactos de Nova York de 1.966 (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

força de interpretação posterior do artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1.969[9].

Assim, com força imperativa (*jus cogens*) e como principal fonte de muitos tratados internacionais, das leis e da jurisprudência de vários dos Estados signatários (CALIL, 2014, p. 18; QUINTANA, 1999, p. 117) a Declaração deve ser considerada um dos principais documentos promovedores do ideal da justiça internacional e, conjuntamente com todos os demais documentos internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos, deve também ser festejada como instrumento de afirmação e reconhecimento da personalidade jurídica internacional da pessoa para reivindicar seus direitos perante o seu próprio Estado e perante os tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Corte Interamericana e Corte Africana) (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 25; CANÇADO TRINDADE, In: BRANT, 2004).

3.2 Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos

Os sistemas regionais, dadas as suas características, integram e complementam o sistema global, mas representam vantagens para as vítimas de violações dos direitos humanos face à sua proximidade às pessoas, questões e peculiaridades de cada região.

Como regra clássica, em tese, nos sistemas regionais, depois de um indivíduo percorrer todos os caminhos jurídicos internos de seu país, em caso de violação ou persistência de violação dos direitos humanos, ele tem a oportunidade de, ainda, se dirigir à Comissão de Direitos Humanos do seu sistema regional. Essa Comissão, então, oportuniza ao Estado supostamente violador, a chance de defesa, decidindo, ao final, se houve ou não a violação.

Entretanto, como esse documento não tem força normativa, em caso de haver decisão reconhecendo a violação, a questão deve ser encaminhada para a

[9] Artigo 53.º Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.

Corte Regional de Direitos Humanos competente que, após o devido processo, profere uma decisão com valor jurídico vinculante.

Contudo, essa regra sofre algumas variações conforme o sistema regional que, oficialmente são três: o sistema europeu, o sistema interamericano e o sistema africano.

Frente à importância do tema, segue-se uma análise de cada um dos sistemas e a sua atuação em relação aos direitos humanos.

3.2.1 O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

O sistema interamericano surgiu a partir da Organização dos Estados Americanos de 1.948, organização regional para a proteção dos direitos humanos na América, e é composto por documentos gerais e documentos específicos.

A exemplo do sistema global, o sistema regional interamericano possui uma carta principal de instituição, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1.948[10] que, com natureza jurídica de tratado internacional, além de estabelecer a Organização dos Estados Americanos como organização internacional[11], apresentou o propósito de ampla cooperação entre

[10] Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 30.544 de fevereiro de 1.952.

[11] A OEA possui a seguinte estrutura institucional: uma Assembleia Geral e uma Secretaria Geral. À Assembleia Geral estão subordinados os Organismos Especializados (Instituto Panamericano de Geografia e História, Instituto Indigenista de Interamericano, Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura, Organização Panamericana para a Saúde, Instituto Interamericano da Criança, Comissão Interamericana de Mulheres), Conferências Especializadas, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Comitê Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Jurídico Interamericano, Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores (Comitê Consultivo de Defesa), Conselho Permanente da Organização, Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Integral (Comissão Executiva Permanente, Agência Interamericana para a Cooperação e Integração, Comissões Interamericanas), Entidade e Organismos (Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas, Comissão Interamericana de Telecomunicações, Centro de Estudos de Justiça das Américas, Junta de Auditores Externos, Junta Interamericana de Defesa, Comitê Interamericano contra o Terrorismo, Comitê de Coordenação de Programas Cooperação do Sistema Interamericano, Comitê Interamericano para a redução dos Desastres Naturais, Tribunal Administrativo, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Comissão de Aposentadoria e Pensões. OEA. Organização dos

os Estados americanos, reafirmou a importância da independência, liberdade, igualdade e democracia, propugnou pela segurança e paz baseadas na ordem moral e na justiça e previu de maneira genérica direitos e deveres fundamentais a serem observados pelos Estados para a promoção do desenvolvimento regional.

A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) foi complementada ainda no ano de 1.948 pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que também a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.948 da ONU, conformou-se em uma carta de princípios e não tratado internacional, que especificou os direitos genericamente previstos na carta de constituição da Organização dos Estados Americanos (OEA). Assim, então, a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem são os documentos gerais do sistema interamericano[12].

Como documentos específicos, o sistema possui a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1.969[13], conhecida rotineiramente como Pacto de São José da Costa Rica, o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1.988[14], conhecido como Protocolo de San Salvador, e o Protocolo referente à Abolição da Pena de Morte, assinado em Assunção em 1.990[15].

Estados Americanos. Disponível em <http://www.oas.org/en/default.asp> Acesso em 10.fev.2.016.

[12] Cumpre esclarecer, ainda, que à Carta da Organização dos Estados Americanos somaram-se quatro protocolos. Protocolo de Buenos Aires ou Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos de 1.967, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 66.774 de junho de 1.970 (há, ainda, o Decreto n. 67.542 de novembro de 1.972 que promulgou a Carta da Organização dos Estados Americanos reformada pelo Protocolo de Buenos Aires); Protocolo de Cartagena das Índias ou Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos de 1.985, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 67 de 1.988 e promulgado pelo Decreto n. 97.559 de março de 1.989; Protocolo de Washington ou Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos de 1.992, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 44 de 1.995 e promulgado pelo Decreto n. 2.760 de agosto de 1.998; Protocolo de Manágua ou Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos de 1.993, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 98 de 1.995 e promulgado pelo Decreto n. 2.677 de julho de 1.998.

[13] Com texto aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27 de maio de 1.992 e promulgação pelo Decreto n. 678 de novembro de 1.992.

[14] Promulgado pelo Brasil através do Decreto n. 3.321 de dezembro de 1.999.

[15] Promulgado pelo Brasil através do Decreto n. 2.754 de agosto de 1.998.

A intenção maior da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1.969 foi estabelecer um rol fundamentalmente de direitos individuais, civis e políticos.

Assim, o Capítulo II enumerou e denominou os direitos civis e políticos[16], enquanto que, em capitulo específico, no seguimento III, propugnou pelo desenvolvimento progressivo da região através da cooperação internacional para a efetivação dos direitos econômicos, sociais, sobre educação, ciência e cultura[17], embora não tenha enumerado especificamente os direitos sociais, culturais e econômicos (PIOVESAN, 200, p. 343).

Estabeleceu, ainda, normas de interpretação e o dever de adoção, pelos Estados partes, de disposições de direito interno para tornar efetivos os direitos previstos no tratado.

Por fim, estabeleceu os organismos principais do sistema interamericano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

---

[16] Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal, direito à indenização, direito de retificação ou resposta, direito de reunião, direito ao nome, direitos da criança, direito à nacionalidade, direito à propriedade privada, direito de circulação e de residência, direitos políticos. Previu, ainda, a proibição da escravidão e da servidão, garantias judiciais, princípio da legalidade e da retroatividade, proteção da honra e da dignidade, liberdade de consciência e de religião, liberdade de pensamento e de expressão, liberdade de associação, proteção da família, igualdade perante a lei e proteção judicial. (OEA. Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Costa Rica: 1.969. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm > Acesso em 11.fev.2.016).

[17] Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. OEA. Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Costa Rica: 1.969. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm > Acesso em 11.fev.2.016.

À Comissão Interamericana de Direitos Humano (órgão pertencente tanto à Organização dos Estados Americanos (OEA) quanto à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com origem embrionária na Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores em 1.959, em Santiago do Chile) (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 34-35) cabe a defesa dos direitos humanos previstos na Declaração Americana de 1.948, através do exame das comunicações de indivíduos, grupos de indivíduos e entidades não governamentais reconhecidas em algum Estado pertencente à OEA sobre violação de direitos humanos (PIOVESAN, 2007, p. 232-233).

Enfatize-se, por oportuno, que ainda que o Estado-membro não reconheça esse direito, o indivíduo, grupos de indivíduos e as entidades não governamentais podem encaminhar petições com denúncias de violações de direitos humanos diretamente para a Comissão que, no entanto, deve observar os requisitos formais da petição, contidos no artigo 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [18].

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tem competência consultiva[19] para a interpretação da Convenção e outros tratados internacionais sobre direitos humanos, e competência contenciosa[20] que lhe atribui poder de adjudicar

[18] Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. OEA. Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Costa Rica: 1.969. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm > Acesso em 11.fev.2.016.

[19] A competência consultiva consiste em verificar a compatibilidade entre normas internas dos Estados-membros e a Convenção, bem como interpretá-la, e a outros tratados, à luz dos direitos humanos.

[20] A competência contenciosa incorre em a Corte determinar se houve violação de direitos humanos, à luz da Convenção Americana o outro tratado do sistema interamericana, por parte dos Estados-membros, oque denotaria sua responsabilidade

disputas relativas à denúncia de violação dos direitos previstos na Convenção (BUERGENTHAL, 2014, p. 11-31).

Apesar de, por força do artigo 61 da Convenção, a Corte não poder receber diretamente denúncia de indivíduos, uma vez que só recebe petições oriundas da Comissão e dos Estados-membros, nada impede que as vítimas de violação de direitos humanos consigam submeter de forma autônoma seus argumentos, arrazoados e provas perante a Corte.

A Corte é composta por sete juízes escolhidos a partir de listas elaboradas pelos Estados-membros que indicam até três candidatos. A votação é secreta e a escolha ocorre por maioria absoluta dos Estados-membros da OEA durante a Assembleia Geral anterior à expiração dos mandatos dos juízes que é de seis anos.

Como à época da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1.969 nem todos os países componentes da OEA a ratificaram, desde a sua entrada em vigor em 1.978 o sistema interamericano vem apresentando três ordens distintas. Isso porque, para que a Corte Interamericana tenha jurisdição sobre um país não é suficiente que ele tenha ratificado a Convenção, antes, tem que ter aceitado explicitamente a jurisdição do tribunal.

Assim, o sistema interamericano funciona de três formas diferentes: o sistema se aplica aos membros da OEA que não adotaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sujeitos apenas à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1.948 e submetidos, portanto, somente à Comissão Interamericana; o sistema também se aplica aos países que adotaram a Convenção, mas não se submeteram à jurisdição da Corte Interamericana; e, por fim, uma terceira ordem aplicável que aos que adotaram a Declaração e a Convenção e aceitaram a submissão à jurisdição da Corte (LAYA; ROSSI; SCHREIBER, 2010, p. 16)[21].

internacional pela violação. É a Corte, também, que realiza a supervisão do cumprimento de sentenças.

[21] A título de esclarecimento, atualmente a OEA é composta por trinta e cinco Estados-membros, dos quais oito deles até hoje não assinaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Antigua e Barbuda, Bahamas, Belize, Canadá, Guiana, Suriname, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas). Dos vinte e sete países signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cinco não aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana (Dominica, Granada, Estados Unidos, Jamaica). O Brasil, em dezembro de 1.998 reconheceu a jurisdição e competência da Corte Interamericana

Em 1.988 foi aprovado o Primeiro Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1.988[22], conhecido, também, como Protocolo de São Salvador, que reconheceu os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos como um todo indissolúvel, parte da dignidade da pessoa humana, e ampliou os direitos aos benefícios da cultura já previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1.948.

O Segundo Protocolo é o que se refere à Abolição da Pena de Morte, assinado em Assunção em[23], que exaltou em seu preâmbulo a abolição da pena de morte como meio para a promoção da dignidade humana e para o desenvolvimento progressivo dos direitos do homem e estabeleceu ao longo de seus onze artigos o pleno direito à vida.

Por fim, no âmbito do sistema interamericano, além dos documentos principais, existem alguns outros documentos específicos importantes para o sistema interamericano de direitos humanos.

Nesse sentido, cita-se a *Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher,* assinada em Bogotá em maio de 1.948, com texto aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 74 de 1.951 e promulgado em outubro de 1.952 pelo Decreto n. 31.643; *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura* de Cartagena das Índias, Colômbia, de dezembro de 1.985, com texto aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 5 de novembro de 1.989 e promulgado pelo Decreto n. 98.386, também de novembro de 1.989; e *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*, ou Convenção de Belém do Pará, assinada em 1.994, com texto aprovado pelo Brasil em 1.995 através do Decreto Legislativo n. 107, e promulgação pelo Decreto n. 1.973 de agosto de 1.996;

Ou, ainda, *Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas* assinada em junho de 1.994 em Belém do Pará, com texto aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 127 de abril de 2.011; *Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência*,

de Direitos Humanos (OEA. Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm> Acesso em 12.fev.2.016.

[22] Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 3.321 de dezembro de 1.999.

[23] Promulgado pelo Brasil através do Decreto n. 2.754 de agosto de 1.998.

assinada em junho de 1.999 na Guatemala, com texto aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 198 de fevereiro de 2.001, e promulgada pelo Decreto n. 3.956 de outubro de 2.001; *Carta Democrática Interamericana*, aprovada pela Assembleia geral da OEA em setembro de 2.001 e *Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*, de março de 2.008.

Por fim, cabe mencionar que em relação aos direitos culturais, ajudam a compor o sistema interamericano os seguintes documentos: *Convenção Para o Fomento das Relações Culturais Interamericanas,* realizada na X Conferência Interamericana em Caracas, Venezuela em 1.954, com texto aprovado pelo Brasil em 1.959 através do Decreto Legislativo n. 21 e promulgado pelo Decreto n. 50.735, em junho de 1.961; *Projeto de Declaração Interamericana sobre os Direitos dos Povos Indígenas,* com discussão iniciada fevereiro de 1.997 no âmbito da OEA38 e com última resolução em maio de 2.009; *Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão,* de outubro de 2.000; *XIX Fórum de Ministros de Cultura e Encarregados de Políticas Culturais da América Latina e do Caribe, juntamente com a 1ª Reunião de Ministros de Cultura da Comunidade de Estados Latino-americanos e Caribenhos (CELAC*). Declaração do Suriname, assinada em Paramaribo, Suriname em 2.013*; Consenso de Montevidéu sobre População e Desenvolvimento,* assinado na Primeira Reunião da Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe, Montevidéu, Uruguai em 2.013.

3.2.2 O sistema europeu de proteção dos direitos humanos

O sistema europeu começou a ser delineado a partir do processo de organização regional que se instaurou na Europa com o Conselho da Europa de 1.949.

Com a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1.950 (Convenção Europeia de Direitos Humanos) a Europa passou a ter um tratado-regente aos moldes tanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.948 quanto da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1.948, documentos que além de preverem uma série de direitos substantivos individuais, também materializaram-se como cartas princípios a serem interpretadas para a sua aplicação em todo o sistema regional pertinente.

A Convenção Europeia foi o documento que estabeleceu o formato clássico de sistema regional de monitoramento em que depois que um indivíduo percorre todos os caminhos jurídicos internos de seu país, em caso de violação ou persistência de violação dos direitos humanos, ele tem a oportunidade de, ainda, se dirigir à Comissão de Direitos Humanos do seu sistema regional. Essa Comissão, então, oportuniza ao Estado supostamente violador, a chance de defesa, decidindo, ao final, se houve ou não a violação, e encaminhando o caso para a Corte competente.

A liberdade de expressão no contexto do artigo 10 da Convenção Europeia compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem ingerência de autoridades pública. Contudo, é direito que poderá sofrer restrições em caso de segurança nacional, integridade territorial e segurança pública, para a defesa da ordem e a prevenção de crime, além da proteção da saúde ou da moral e da honra de outrem[24].

[24] European Court of Human Rights. European Convention on Human Rights. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> Acesso em 17.mar.2.016.

À Convenção Europeia seguiram-se onze protocolos adicionais[25], mais a Carta Social Europeia de 1.961[26], que estendeu os direitos preliminarmente previstos com a introdução dos direitos econômicos, sociais e culturais ao rol de direitos humanos.

Destaca-se, por oportuno, que o sistema europeu, embora tenha criado o formato clássico de sistema regional de monitoramento, abandonou-o a partir do Protocolo 11 que substituiu a Comissão e a Corte Europeia por uma nova Corte Europeia permanente, com a possibilidade de acesso direto, sem análise de admissibilidade da petição por órgão intermediário, dos indivíduos, organizações não-governamentais e grupos de indivíduos perante essa nova Corte permanente.

O juízo prelibatório ficava a cargo da extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos, responsável por levar à Corte, atendidos os requisitos convencionais, os casos para julgamento.

---

[25] Protocolo 1, Paris 1.952: direito de propriedade, direito de instrução e direito de sufrágio; Protocolo 2, Estrasburgo 1.963: sobre a função consultiva da Corte Europeia de Direitos Humanos; Protocolo 3, Estrasburgo 1.963: alterou os artigos 29, 30 44 da Convenção; Protocolo 4, Estrasburgo 1.963: proibição da prisão civil por dívidas, liberdade de circulação, proibição da expulsão de nacionais e proibição da expulsão coletiva de estrangeiros; Protocolo 5: alterou os artigos 22 e 40 da Convenção; Protocolo 6, Estrasburgo 1.983: abolição da pena de morte em tempo de paz; Protocolo 7, Estrasburgo 1.984: adoção de garantias processuais na expulsão de estrangeiros, garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal, direito à indenização em caso de erro judiciário, adoção do princípio do *non bis in idem* e o princípio da igualdade conjugal; Protocolo 8: agilizou os mecanismos processuais perante as instâncias do sistema europeu com o fracionamento da Corte em câmaras de nove juízes para desafogar o volume de trabalho do tribunal; Protocolo 9: também agilizou os mecanismo processuais, consagrando o direito de acesso direto dos indivíduos à Corte Europeia para submeter casos já considerados pela Comissão; Protocolo 10: alterou o artigo 32, parágrafo 1 da Convenção; Protocolo 11: também visando agilizar os mecanismo processuais, substituiu tanto a Comissão quanto a Corte Europeia por uma Corte permanente com competência de juízo de admissibilidade e mérito e autorizou o acesso direto, sem análise de admissibilidade da petição por órgão intermediário, dos indivíduos, organizações não-governamentais e grupos de indivíduos perante essa nova Corte Europeia; Protocolo 12, Roma 2.000: estabeleceu o direito à não-discriminação; Protocolo 13, Lituânia 2.002: abolição completa da pena de morte, mesmo em situações de exceção.

[26] A Carta Social Europeia de 1.961 teve, ainda, um Protocolo Adicional em 1.988 e dois Protocolos de emendas, em 1.991 e 1.995. Em 1.996 houve uma revisão da Carta Social Europeia para incorporar ao modelo europeu ideias da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.948.

Com a extinção da Comissão Europeia de Direitos Humanos em 1.988 como órgão intermediário de admissibilidade, hoje o sistema europeu é composto, basicamente, pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pelo Comitê de Ministros, cabendo à Corte Europeia a tutela exclusiva dos direitos humanos através de pareceres consultivos, juízo de admissibilidade e julgamento das violações aos direitos humanos no continente europeu (NEME; ATIQUE, 2008, p. 101).

Os requisitos de admissibilidade são: 1) ausência de esgotamento dos recursos internos; 2) perda do prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva para peticionar à Corte EDH; 3) anonimato da petição; 4) coisa julgada, caso a petição seja essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pela Corte ou já submetida a outra instância internacional de direitos humanos sem qualquer fato novo; 5) teor incompatível com o disposto na Convenção ou manifestamente mal fundada ou com caráter abusivo; e, finalmente, 6) não ocorrência de qualquer prejuízo significativo ou matéria de grave indagação, salvo se o respeito pelos direitos exigir uma apreciação da petição.

O Protocolo 14, nesse sentido, inovou em dois pontos: introdução da figura do juiz singular, com poder de indeferir demandas; novos fundamentos do indeferimento sumário, que pode ser adotado se a demanda for manifestamente infundada ou ainda não ter sido provado "prejuízo" ou "desvantagem" insignificante, sem que haja necessidade de discussão maior dos direitos previstos na Convenção (*de minimis non curat praetor*) (RAMOS, 2010, p. 169-170).

Quando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos constata a existência de uma violação de direitos humanos previstos na Convenção Européia, limita-se a proferir uma sentença de natureza meramente declaratória, em que enuncia qual foi o direito humano, protegido na Convenção, violado pelo Estado-parte. Vale lembrar, ainda, que apenas o Estado tem legitimidade passiva no sistema europeu de proteção de direitos humanos, nunca o indivíduo.

Após proferir a sentença declaratória, cabe ao Estado condenado, mediante seus instrumentos de direito interno, reparar a lesão constatada pelo Tribunal. Vige, na hipótese, a regra de que o Estado deve recompor o status *quo ante*, isto é, tomar medidas para fazer cessar ou remover a violação de direitos humanos. No caso de uma lei declarada não compatível com a Convenção Europeia, fica o poder legislativo daquele Estado obrigado a revogá-la ou adequá-la à previsão convencional.

Em casos em que não há a possibilidade de retornar ao *status quo ante*, o Tribunal proferirá sentença condenatória, de forma a estatuir uma indenização pecuniária ao indivíduo ou a seus familiares como forma de reparação do dano sofrido.

A "execução" da sentença proferida pelo órgão julgador será observada, de perto, pelo Comitê de Ministros, órgão componente do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, ao qual cabe o auxílio dos Estados na adoção de medidas para afastar, reparar ou corrigir a violação de direitos humanos constatada pelo Tribunal.

As sentenças da CEDH proferidas por uma seção se tornarão definitivas segundo o artigo 42 da Convenção se cumprirem o disposto nos artigos 43 e 44 subsequentes, ou seja, terá um prazo de três meses para devolução ao tribunal pleno.

A preclusão desse prazo importará na definitividade da decisão (sentença), ou ainda se as partes declararem que não devolverão ao tribunal pleno a sentença (renúncia ao direito de recurso).

O Tribunal pode ainda rejeitar a petição da devolução, no caso de não levantar uma questão grave quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos ou ainda se não se levantar uma questão grave de caráter geral.

Todas as decisões têm que ser fundamentadas, não podendo os juízes sofrer nenhum tipo de retaliação dentro de seus territórios de origem por suas decisões, votos ou opiniões dentro do contexto da CEDH.

Por fim, em seu artigo 46 e "incisos", observa-se a força vinculativa das decisões em que a partes se comprometem a cumpri-las.

Além dos principais documentos constituidores do sistema europeu, há ainda outros que contribuem para a efetivação de tal sistema. Assim, a Convenção sobre a Vida Selvagem e Habitats Naturais na Europa, assinada em Berna em 1.979; Carta Europeia de Autonomia Local, assinada em Estrasburgo em 1.985 para definir o fundamento constitucional e legal da autonomia local a ser reconhecido pelas legislações internas europeias; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de dezembro de 2.000, voltada para estabelecer os direitos fundamentais aplicáveis às instituições da União Europeia e consagrar a dignidade, igualdade, liberdades, solidariedade, cidadania e justiça, encerrando

nesse documento, direitos já consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1.950, direitos consagrados na Carta Social Europeia de 1.961 e direitos consagrados na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1.989; Convenção Europeia da Paisagem, assinada em Florença em 2.000; Convenção sobre Cibercrime, Budapeste, novembro de 2.001; Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos de Varsóvia, maio de 2.005.

Em relação aos direitos culturais, o sistema europeu possui: *Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias, de 1.992*[27]; *Convenção para a Proteção das Minorias Nacionais, assinada em Estrasburgo em 1.995*[28]; *Diretiva Europeia do Princípio da Igualdade de Tratamento entre Pessoas, sem Distinção de Origem Racial ou Étnica,* assinada em 2.000.

3.2.3 O sistema africano de proteção dos direitos humanos

O sistema africano vem se delineando desde antes da instituição da União Africana em 2.002, quando ainda era chamada de Organização de Unidade Africana (OUA), instituída em 1.963, uma organização diplomática que, ao se transformar em União Africana, implementou em definitivo o sistema regional.

O seu documento regente é a Carta Africana sobre os Direitos Humanos dos Povos de 1.981 (ou Carta de Banjul), adotada por ocasião do processo de independência dos Estados Africanos, mas com entrada em vigor somente em 1.986 e fortemente influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.948, no que tange aos direitos individuais, mas implementou desde o seu início, características comunitárias, ao prever, também, os deveres individuais voltados para a comunidade, bem como, os direitos econômicos, sociais e culturais.

---

[27] COE. Council of Europe. European Charter for Regional or Minority Languages. Disponível em <https://www.coe.int/t/dg4/education/minlang/textcharter/Charter/Charter_pt.pdf > Acesso em 16.mar.2.016.

[28] COE. Council of Europe. Convention for the Protection of National Minorities. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/157.htm > Acesso em 16.mar.2.016.

Em linhas gerais, a Carta Africana não distinguiu direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, e atribuiu-lhes igual força jurídica.

Na primeira parte, os direitos substanciais individuais consagram a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade como objetivos essenciais, e aparecem transcritos, como por exemplo, como o respeito à dignidade humana, o respeito à vida e à integridade pessoal, proibição da escravatura, proibição do tráfico de escravos, proibição da tortura e penas ou tratamentos cruéis, direito de liberdade, direito de segurança, proibiao de prisão arbitrárai, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de associação, direito ao trabalho, direito de propriedade, direito à educação, à família e à saúde[29].

A segunda parte demonstra, sobretudo, a luta pelo processo de descolonização, pelo direito de autodeterminação dos povos e pelo respeito às diversidades culturais, na transcrição de direitos como, direitos dos povos à igualdade, direito de todos os povos à existência e autodeterminaçao, direito de todos os povos à assistência na luta de libertação contra a dominação estrangeira, direito de todos os povos dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais, direito de todos os povos ao desenvolvimento econômico, social e cultural, direitos de todos os povos à paz e segurança, e a um meio ambiente satisfatório e global, propício ao desenvolvimento[30].

No artigo 30, foi criada a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, encarregada de promover os direitos humanos e dos povos e de assegurar a respectiva proteção na África, ratificada pelo artigo 20 do Ato Constitutivo da União Africana que definiu a sua atuação, bem como, a sua natureza não jurisdicional.

---

[29] Artigos 2 a 18 da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos. African Court on Human and People´s Right. African (Banjul) Charter on Human and People´s Rights. Disponível em <http://www.african-court.org/en/images/documents/Sources%20of%20Law/Banjul%20Charta/charte ang.pdf> Acesso em 17.mar.2.016.

[30] Artigos 19 ao 24 da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos. African Court on Human and People´s Right. African (Banjul) Charter on Human and People´s Rights. Disponível em <http://www.african-court.org/en/images/documents/Sources%20of%20Law/Banjul%20Charta/charte ang.pdf> Acesso em 17.mar.2.016.

Essa atuação jurisdicional é feita pela Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos estabelecida em 1.998 pelo Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos e com início de atuação em 2.004[31].

A Corte é composta por onze juízes, nacionais dos Estados-membros da União Africana, com mandato para seis anos, e possui competência contenciosa e consultiva.

A competência consultiva da Corte Africana consiste em sua atuação interpretar e emitir parecer sobre qualquer temática jurídica prevista na Carta Africana, assim como sobre toda e qualquer matéria de direitos humanos presente em outros tratados e instrumentos jurídicos internacionais. Não pode, contudo, ser objeto de análise consultiva uma questão pendente de exame pela Comissão.

A competência contenciosa divide-se em competência *ratione personae* e competência *ratione materiae*.

A primeira, competência *ratione personae,* corresponde à possibilidade e legitimidade de alguns apresentarem demandas à Corte. São eles:a Comissão Africana; o Estado-parte que submeteu o caso perante a Comissão; o Estado-parte contra o qual o caso na Comissão foi submetido; o Estado-parte cujo cidadão é vítima de violação de direitos humanos; as organizações africanas intergovernamentais.

A segunda, competência *ratione materiae*, estabelece que a Corte, na resolução de qualquer caso ou disputa a ela submetido, deverá decidir, em noventa dias, de acordo com a Carta Africana; de acordo com o próprio Protocolo; de acordo com qualquer outro instrumento internacional de importante relevância na área dos direitos humanos e que tenha sido ratificado pelos Estados em litígio.

Além dos documentos principais, o sistema africano, conta ainda, com a Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança, a Convenção da União Africana sobre o Combate à Corrupção, Pacto de Não-Agressão e Defesa Comum da União Africana, Convenção da União Africana que Rege os Aspectos

[31] African Court on Human and People´s Right. Prococol to the African Charter on Human and People´s Rights on the Stablishment of an African Court on Human and People´s Rights. Disponível em <http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf> Acesso em 17.mar.2.016.

Específicos dos Problemas dos Refugiados na África, Convenção de Bamako sobre a Proibição da Importação de Resíduos Perigosos, Convenção da OUA sobre a Eliminação do Mercenarismo na África, Convenção da OUA sobre a Eliminação do Terrorismo na África, Protocolo da Carta dos Direitos da Mulher, Convenção Africana pra a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais, Carta Africana sobre Democracia, Eleições e Governação[32].

Por fim, especificamente quanto aos direitos culturais, o sistema africano possui um antigo documento bastante importante, a *Declaração da Conferência Intergovernamental sobre Políticas Culturais na África – UNESCO, 1.975.* Produzida no âmbito da UNESCO como forma de estimular a produção de documentos sobre Políticas Culturais, esta declaração afirmou, sobretudo, a cultura com uma "condição *sine qua non"* para o desenvolvimento, endógeno, compatível e equilibrado" (BRASILEIRO; MEDINA; CORIOLANO, 2012, p. 218).

Conclusões

1. A soberania nacional desde o seu surgimento despontou como um dos principais paradigmas do direito moderno, representativa da supremacia estatal que, segundo a racionalização jurídica do poder, traduz-se em instrumento de legitimação da força coercitiva ao transformar o poder de fato em poder de direito.

2. Influenciado, principalmente, pelo modelo comunitário internacional e pelo fenômeno da globalização, a soberania nacional tem-se relativizado, importando na necessidade de o direito se adaptar ao novo quadro, especialmente ao que se refere à integração internacional, ao fortalecimento das relações supranacionais e, sobretudo, à internacionalização dos direitos humanos.

3. Assim, como consequência da globalização e, por conseguinte, da internacionalização dos direitos humanos, sobretudo a partir da criação do Tribunal de Nuremberg concluído pelo Acordo de Londres, e criação da Organização das Nações Unidas através da Carta de São Francisco, a necessidade de criação de um sistema internacional se fez urgente, porquanto, fundamental na reconstrução dos direitos violados na segunda grande guerra e condutor do paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea.

---

[32] African Court on Human and People´s Right. Disponível em <http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf> Acesso em 17.mar.2.016.

4. O sistema global de proteção aos direitos humanos é aberto à adesão de qualquer Estado e, desde sua concepção, potencialmente aplicável a qualquer pessoa.

5. Como principais instrumentos normativos gerais, o sistema global possui a Carta Internacional de Direitos Humanos ou Carta das Nações Unidas de 1.945, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1.948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

6. No âmbito global de proteção dos direitos humanos, a ONU mantém organismos e mecanismos convencionais (que obrigam os Estados contratantes nos termos dos documentos específicos assinados) e extraconvencionais (que vinculam os membros da organização sem socorrer-se às convenções específicas) para a vigilância, supervisão, monitoramento e fiscalização do cumprimento de todos os instrumentos normativos pertinentes.

7. Como principais órgãos, o sistema global possui o Conselho de Direitos Humanos da ONU, antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU, os Comitês de Direitos Humanos e os Relatores Especiais e Grupos de Trabalhos.

8. Por sua vez, os sistemas regionais integram e complementam o sistema global, mas representam vantagens para as vítimas de violações dos direitos humanos face à sua proximidade às pessoas, questões e peculiaridades de cada região.

9. Oficialmente, são três os sistemas regionais: o sistema europeu, o sistema interamericano e o sistema africano.

10. O sistema europeu começou a ser delineado a partir do processo de organização regional que se instaurou na Europa com o Conselho da Europa de 1.949 e posteriormente com a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1.950 (Convenção Europeia de Direitos Humanos - que estabeleceu o formato clássico de sistema regional de monitoramento composto por Comissão e Corte) quando a Europa passou a ter um tratado-regente aos moldes tanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de quanto da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ambos de 1948.

11. Inicialmente, o juízo prelibatório ficava a cargo da Comissão Europeia de Direitos Humanos, responsável por levar à Corte os casos para

julgamento. Extinta a Comissão Europeia em 1998, hoje o sistema europeu é composto, apenas pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pelo Comitê de Ministros, prescindindo do juízo de admissibilidade intermediário.

12. O sistema interamericano surgiu a partir da Organização dos Estados Americanos de 1.948, organização regional para a proteção dos direitos humanos na América, e é composto por documentos gerais e documentos específicos, tendo como documento mais importante a sua carta principal de instituição, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1.948, complementada pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948.

13. Como documentos específicos, o sistema possui a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1.969 , conhecida rotineiramente como Pacto de São José da Costa Rica, o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1.988 , conhecido como Protocolo de San Salvador, e o Protocolo referente à Abolição da Pena de Morte, assinado em Assunção em 1.990 .

14. Tem como organismos principais a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (que faz o exame das comunicações de indivíduos, grupos de indivíduos e entidades não governamentais reconhecidas em algum Estado pertencente à OEA sobre violação de direitos humanos) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (com competência consultiva para a interpretação da Convenção e outros tratados internacionais sobre direitos humanos, e competência contenciosa que lhe atribui poder de adjudicar disputas relativas à denuncia de violação dos direitos previstos na Convenção).

15. O sistema africano vem se delineando desde antes da instituição da União Africana em 2.002, quando ainda era chamada de Organização de Unidade Africana (OUA), instituída em 1.963, uma organização diplomática que, ao se transformar em União Africana, implementou em definitivo o sistema regional.

16. Seu documento regente é a Carta Africana sobre os Direitos Humanos dos Povos de 1.981 (ou Carta de Banjul), adotada por ocasião do processo de independência dos Estados Africanos, mas com entrada em vigor somente em 1.986 e fortemente influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.948, no que tange aos direitos individuais, mas implementou desde o seu início, características comunitárias, ao prever, também, os deveres individuais voltados para a comunidade, bem como, os direitos econômicos, sociais e culturais.

18. O sistema africano possui Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, encarregada de promover os direitos humanos e dos povos e de assegurar a respectiva proteção na África e Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos estabelecida em 1.998 pelo Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos e com início de atuação em 2.004 com competência jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASILEIRO, Maria Dilma Simões; MEDINA, Julio César Cabrera; CORIOLANO, Luiza Neide (orgs.). Turismo, Cultura e Desenvolvimento. Campina Grande: EDUEPB, 2.012.

BUERGENTHAL, Thomas. Recordando los inícios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Revista IIDH, vol. 39, Costa Rica, págs. 11-31, enero/junio 2.004.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. Violência de Gênero e Proteção Suficiente: da necessidade de concretização conjunta das políticas criminais e das políticas sociais de proteção às vítimas de violência doméstica contra a mulher: as possibilidades de inclusão da mulher no sistema de garantias da Constituição Federal de 1988. 2.014. 208 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Bauru, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2.014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. Revista Brasileira de Política Internacional. Brasília, vol. 40, n. 1, págs. 167-177, jan-jun 1.997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2.003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direitos Humanos: Personalidade e Capacidade Jurídica Internacional do Indivíduo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos. Brasília: FUNAG, 2.013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Brancosos" e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2.008.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARCIA. Emerson. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não- convencional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2.005.

HÄBERLE, Peter. Teoria de la Constitución como ciência de la cultura. Trad. Emilio Mikunda. Madri: Tecnos, 2.000.

HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidade Nacional Autônoma de México, 2.003.

HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2.007.

HELD, David; MCGREW, Anthony. Prós e Contras da Globalização. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LAYA, Ana; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bábara (orgs.). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles, 2.010.

LIMA JR., Jayme Benvenuto et al (org.). Manual de Direitos Humanos Internacionais. Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares. Recife: MNDH, 2.002.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Ciência Política, Estado e Direito Público. Uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Teoria de la Constitución como Ciencia Cultural. 2 ed. Madri: Dykinson, 1.998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O sistema regional de proteção dos direitos humanos. In: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, vil 1, 13: 32-58, 2.010.

MENDES, Márcio Costa. O Direito Globalitário: o novo céu que nos protege? *Jornal Síntese*. n 11, Janeiro, 1998.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. Do Espírito das Leis. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

NEME, Eliana Franco; ATIQUE, Henry. O processo de internacionalização como instrumento de efetivação dos direitos humanos: o sistema europeu e o sistema americano. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, vol. 13, n. 1, págs. 95-106, jan-jun 2008.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2.009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, Ano 8, vol. 15, pág. 93 – 110, jan./jun. 2.000.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. I Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2.001.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas. In: Direitos Humanos e Democracia na era Global. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol. 1º n. 7. Belo Horizonte: IHJ, 2.009.

QUINTANA, Fernando. La onu y la exégesis de los derechos humanos: uma discusión teórica de la noción. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional. Curitiba: Juruá, 2.012.

RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade: o caso brasileiro da lei de anistia. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (coords.). Direito constitucional e internacional dos direitos humanos. Belo Horizonte: Forum, 2.012.

DIMOULIS, Dimitri Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2.014.

SINGER, Peter. Um só mundo. A ética da globalização. Lisboa: Gradiva, 2.004.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A dimensão cultural do direito fundamental à alimentação. 2.014. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Bauru, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2.014.

URUEÑA, René. Proteção multinível dos direitos humanos na América Latina? Oportunidades, desafios e riscos. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René; PÉREZ, Aida Torres (orgs.). Proteção Multinível dos Direitos Humanos. Manual. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2.014.

CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DE CHANTAL MOUFFE SOBRE POPULISMO E DEMOCRACIA:
uma análise das demandas antidemocráticas dos movimentos conservadores brasileiros

Simone Vinhas de Oliveira
Universidade Estadual de Londrina, Professora Assistente, Departamento de Direito Privado, Londrina, Brasil, vinhas@uel.br

Samia Moda Cirino
Faculdades Londrina, Professora nos cursos de Graduação e Mestrado em Direito, Londrina, Brasil, samiamoda@hotmail.com

Vinicius Gomes de Lima
Universidade Estadual de Londrina, Graduando em Direito, Londrina, Brasil, vinicius.gomes@uel.br

Resumo: O presente estudo investiga o crescimento de movimentos conservadores como o "Movimento Brasil Livre" e o "Escola sem Partido" no Brasil, a partir da teoria de democracia agonística de Chantal Mouffe. Para tanto, no primeiro e segundo tópico do estudo, investigou-se as ações de tais movimentos, compreendendo suas demandas na esfera democrática nacional como reproduções do populismo de direita descrito por Mouffe. No terceiro e quarto tópico, a teoria de democracia radical da autora foi utilizada de forma performática para averiguar a perspectiva antagônica e excludente reproduzida por esses movimentos, aventando possibilidades inclusivas a partir da radicalização de pilares de igualdade e liberdade, bem como de quebra da lógica populista de direita. A importância da investigação reside na compreensão das práticas políticas que visam à reversão dos processos de dominação na sociedade. Os procedimentos e técnicas utlizadas na investigação pautaram-se em levantamentos bibliográficos e documentais relativos a atuação dos movimentos, articulando tais dados da realidade social com conhecimentos jurídicos, sociológicos e filosóficos. O resultado alcançado, em um contexto teórico, foi a possibilidade de ressignificar o populismo de direita em populismo de esquerda, de forma que a superação de perspectivas de dominação se desenhem a partir de um quadro democrático radical e agonístico.

Palavras chave: Populismo; Teoria Agonística; Chantal Mouffe; Democracia radical.

INTRODUÇÃO

O trabalho de investigação foi realizado a partir da observação da ascensão dos movimentos conservadores no Brasil, especialmente a partir de 2015, em meio a uma crise política-institucional no país. A pauta utilizada para mobilização social destes movimentos reafirmam padrões morais e religiosos, ao mesmo tempo que se revestem de um discurso de neutralidade que resultam na exclusão de minorias sociais por meio de tática de invisibilização de grupos sociais à margem da afirmação desses padrões. Por outro lado, esses movimentos servem como plano de fundo para reestabelecer e avançar um modelo econômico-social neoliberal para o sul-global que, mais uma vez, resulta no modelo político de recrudescimento de politicas públicas e aumento da desigualdade. Sendo assim, para compeensão desde cenário e de modo a vislumbrar a superação desses processos excludentes, partimos em uma análise performática da ação política com base na teoria agonística de Chantal Mouffe.

Nesse sentido, a importância dessa investigação está em compreender quais e como se estruturam as ações políticas que visam à reversão dos processos de dominação na sociedade, em especial os que refletem nas condições de grupos sociais marginalizados. Sendo assim, trata-se de um trabalho cuja teoria está atrelada aos sujeitos diretamente implicados nessa luta social, demonstrando, desse modo, que a proteção de direitos e o melhoramento dos sistemas de justiça envolve o estudo de ações que visam a emancipação dos sujeitos num contexto de democracia radical no Brasil e no sul global, por meio do combate ao modelo neoliberal excludente nesses territórios.

O modelo teórico escolhido para refletir sobre essa experiência de luta por justiça social, e as prática emancipatórias para alcançá-la, foi teoria agonística desenvolvida pela politóloga belga Chantal Mouffe. Aos modelos deliberativos e liberais, Mouffe opõe a ideia e o projeto de uma democracia radical e plural, entendida como uma radicalização da tradição democrática moderna mediante a extensão e o aprofundamento da revolução democrática. No centro dessa teoria, a autora afirma a ideia de que a política - e a democracia - é indissociável da dimensão conflitual, não podendo esta ser eliminada por nenhum processo racional de negociação, quer seja a deliberação habermasiana, quer seja o *véu de ignorância* como defende Rawls. Sendo assim, para descrever essa persistência irremediável de conflitos para os quais nenhuma solução racional existe, Mouffe faz uso do conceito de *antagonismo*, pelo qual ela define o *político* em si mesmo.

Esse conceito de antagonismo se inspira na teoria de Carl Schmitt, sendo que este compara o político a uma relação amigo/inimigo, que não pode ser resolvida dialeticamente.

Mouffe defende que o antagonismo propriamente dito, não pode ser eliminado, mas deve ser sublimado em um *agonismo*. Ela distingue do antagonismo por não mais levar a uma confrontação entre inimigos, mas a um dissenso que opõe adversários que reconhecem a legitimidade de suas respectivas reivindicações.

Para alcançar esse resultado, a investigação se desenvolveu por meio de ferramentas metodológicas e técnicas que aproximam os saberes jurídicos de fatores antropológicos, sociológicos e econômicos. Ou seja, uma prática de pesquisa jurídica que investiga os fundamentos teóricos a partir dos fenômenos sociais e, por isso, ressaltamos a importância em aproximar a pesquisa jurídica dos sujeitos implicados nas teorias sociais. Sendo assim, a pesquisa, está inserida no contexto dos fundamentos do direito e suas instituições, e estabelece uma interdisciplinaridade do direito com outras áreas como as ciências sociais, antropologia e filosofia, de forma a construir um pensamento jurídico crítico e conexo à realidade social. Ou seja, a metodologia e as técnicas utilizadas foram no sentido de viabilizar a pesquisa de demandas e conflitos existentes na sociedade brasileira.

Os dados da pesquisa empírica foram extraídos com levantamentos documentais e diários de observação de movimentos conservadores cuja organização obedecia uma pauta nacional e até mesmo internacional. Os dados analíticos, por sua vez, se ampararam em técnicas de consulta bibliográfica (jurídica, sociológica, antropológica e filosófica) e documental (materiais sociológicos, legislação e notícia e reportagens jornalísticas).

Os relatos de pesquisas foram organizados a partir do método hipotético-indutivo, pois parte das experiências vivencidas auxiliaram na sua compreensão como fenômeno teórico.

Com isso, na primeira seção, elaboramos uma a descrição das pautas do movimento conservador, explorando os mecanismos de institucionalização das demandas. Em outras palavras, percorremos um caminho de exploração de fatos que permitiu uma compreensão empírica sobre o antagonismo empregado diante de grupos sociais divergentes a esses discursos.

Na sequência, demonstrou-se o desenvolvimento do quadro teórico de Chantal Mouffe, com o intuito de justificar sua teoria como instrumental de análise das categorias observadas no movimento conservador no Brasil. Sendo assim, abordamos sobre as críticas a esses movimentos no contexto teórico da democracia radical mouffeana. Partindo de uma análise sobre o conteúdo das demandas do MBL e do Escola sem Partido sob o viés da teoria de ação política da autora, o caminho de construção teórica se amparou no fundamento de superação da ideia excludente e violenta gerada pelas paixões conservadoras, que resultam em uma ação política do tipo antagônica. Com isso, compreendemos as implicações sobre uma reestruturação teórica sobre justiça e emancipação dos sujeitos no sistema capitalista realizado pela autora que serviu de base para entender a luta social a partir da ideia de agonística.

E, ao final, elaboramos uma análise sobre teoria agonística entre os elementos de uma radical democracia. Pela sistematização dos dados e categorização dos resultados alcançados na pesquisa deste movimentos socias, eles foram colocados em diálogo com a performance teórica de Mouffe.

MOVIMENTOS CONSERVADORES EM ASCENSÃO NO CONTEXTO POLÍTICO BRASILEIRO DO ANO 2015

O ano de 2015, no Brasil, é marcado por uma crise política e institucional no âmbito do governo de Dilma Rousseff. O campo político da direita, em intensa atuação na política institucional e nas ruas, procura orientar as paixões políticas para fortalecimento do conservadorismo em diversos setores da sociedade, insatisfeita com a política de centro-esquerda executada até então pelo governo do Partido dos Trabalhadores.

Movimentos como o Movimentos Brasil Livre (MBL), Escola sem Partido (ESP) e iniciativas como o "Vem pra Rua" emergem nesse cenário como grupos populares, principalmente pela capilaridade fortalecida pelas mídias sociais.

São esses movimentos, que em 2016, por exemplo, criam iniciativas para combater as iniciativas dos estudantes secundaristas, que ocuparam diversas escolas públicas do país, sob a bandeira de denúncia da carência material do ensino público e de posicionamento crítico ao sistema neoliberal.

Utilizaremos a perspectiva do campo educacional e a atuação do MBL e ESP para ilustrar a ascensão e visibilidade desses grupos de direita, de modo a identificar suas demandas e como impõem seus interesses na esfera democrática.

1. O Movimento Brasil Livre

O Movimento Brasil Livre ou MBL é um movimento que ganhou notoriedade na crise política gerado pelo impeachment de Dilma Rousseff em 2016 e cresceu com a defesa de pautas liberais no campo econômico e conservadoras no âmbito cultural.

No *site* do movimento na *internet*, o MBL, no âmbito educacional, se define como a favor da

> [...] Apresentação do Projeto de Lei "Escola sem Partido" em legislativos estaduais e municipais [...] militarização das escolas em áreas de risco, ou seja, em locais onde a iniciativa privada não tenha a possibilidade de atuar; gestão privada de escolas públicas através de Organizações Sociais e Parcerias Público-Privadas (MOVIMENTO BRASIL LIVRE, 2015, p. 02).

O movimento é uma ramificação da entidade *Atlas Network*, organização que se declara como sem fins lucrativos e que congrega cerca de 480 organizações defensoras do livre-mercado em aproximadamente 90 países (ATLAS NETWORK, 2020).

A Atlas é financiada por organizações conservadoras estadunidenses, tais como empresários e indivíduos da ala radical do Partido Republicano. Os recursos empregados têm por objetivo a promoção de valores do livre-mercado em diversos países por meio de movimentos sociais e organizações civis.

Conforme mapeou Elizabeth Macedo (2018, p. 08), no Brasil, a atuação da Atlas Network se apresenta como estrutura principal de um universo com inúmeras organizações de caráter liberal:

> No Brasil, são 15 os nós da Rede Atlas [...] Tais nós se organizam, no Brasil, também em torno de alguns *clusters*, como a Rede Liberdade, a qual congrega mais ou menos os mesmos parceiros referidos na Atlas/Brasil e se apresenta como "a rede nacional de organizações liberais e libertárias, que influencia políticas públicas, por meio de projetos próprios ou de seus membros". Como ocorre nos EUA, o conglomerado Rede Atlas/Brasil-Liberdade opera em diferentes frentes políticas que vão da atuação mais direta em movimentos de rua à formação de quadros para o parlamento, passando pelo financiamento de campanhas publicitárias visando à total desregulamentação da economia.

Uma característica importante do MBL, é a sua capacidade de mobilização das redes sociais para a consecução de seus objetivos. Um exemplo, é a defesa de sua pauta educacional que encampou o movimento Escola sem

Partido: a experiência do Movimento Brasil Livre com as redes sociais e a presença de núcleos organizados em inúmeras cidades brasileiras, auxiliaram a disseminação e proposição de projetos legislativos relacionados ao programa educacional conservador.

Quanto ao sentido liberal que dá nome ao movimento, trata-se de uma referência à perspectiva econômica adotada pelas propostas de políticas públicas do MBL.

Servindo das propostas para a área educacional, nota-se que a defesa da iniciativa privada e a valorização de parceiras públicos-privadas reflete uma base neoliberal para a perspectiva de organização do Estado. É um modelo que se caracteriza pelo fortalecimento do privado em detrimento do público.

Pautando-se pela área da educação, vemos que o MBL traça uma espécie de política pública que alia o espaço público ao capital econômico e cumpre a função do ensino a partir das necessidades do mercado. O espaço escolar ou universitário funcionaria em uma lógica na qual o capital público garante o mínimo de recursos para o funcionamento e o capital privado financia atividades relativas à produção e conhecimento de acordo com seus interesses.

2. O Movimento Escola sem Partido

O Movimento Escola sem Partido existe desde 2004 e inicialmente, limitava-se a um *site* nos quais indivíduos compartilhavam experiências pessoais doutrinação ideológica na escola. Tratava-se de um fórum de militância pela judicialização e punição de casos de doutrinação e abuso ideológico por parte de professores. (MACEDO, 2018, p. 09).

Em 2015, diante do contexto político e social do país, o movimento apresenta o Programa Escola sem Partido, que consiste na movimentação do Poder Legislativo em âmbito federal, estadual e municipal para criação de leis que regulamentem sanções à docentes pratiquem doutrinação ideológica e traga perspectivas de gênero, que fujam de pressupostos heteronormativos (MACEDO, 2018, p. 02).

A popularidade do programa educacional ocorre após o encontro com o Movimento Brasil Livre, que o adota como sugestão de política pública para a educação.

O conteúdo do Programa Escola sem Partido se orienta a partir dos seguintes pilares: neutralidade política no espaço educacional, proibição dos postulados da "ideologia de gênero" e vedação à doutrinação ideológica:

> Programa Escola sem Partido é um conjunto de medidas previsto num anteprojeto de lei elaborado pelo Movimento Escola sem Partido, que tem por objetivo inibir a prática da doutrinação política e ideológica em sala de aula e a usurpação do direito dos pais dos alunos sobre a educação moral dos seus filhos. A principal dessas medidas é a afixação em todas as salas de aula do ensino fundamental e médio e nas salas dos professores de um cartaz com os seguintes deveres do professor: [...] O professor não favorecerá nem prejudicará os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou da falta delas (ESCOLA SEM PARTIDO, 2020)

A neutralidade política e ideológica é considerada princípio basilar da relação aluno-professor e, por conseguinte, um valor base do Programa Escola sem Partido. O raciocínio é que se a neutralidade imperar nas relações entre docentes e discentes, não haverá doutrinação no espaço escolar.

Do mesmo modo, o Escola sem Partido reflete uma concepção limitadora no que diz respeito às temáticas de gênero e sexualidade na escola, pois impõe que:

> [...] o professor deve se abster de veicular conteúdos e realizar atividades de cunho religioso ou moral que possam estar em conflito com as convicções dos pais ou responsáveis pelos estudantes, o que compreende, evidentemente, questões relacionadas à moral sexual. A violação a esse dever de abstenção expõe o professor ao risco de responder, pessoalmente, nos termos da lei civil, pelos danos que vier a causar ao estudante ou sua família (ESCOLA SEM PARTIDO).

A justificativa para a ofensiva relativa aos conteúdos relacionados a educação sexual pode ser identificada em uma entrevista concedida por Miguel Nagib, idealizador do Programa Escola sem Partido, no ano de 2015 (NAGIB apud ARAÚJO, 2015):

> Criou-se uma mentalidade progressista, favorável ao PT, que auxiliou a manutenção deles no poder. [...] Não se pode obrigar os filhos a aprenderem o que os pais não querem. O governo vem tentando naturalizar o comportamento homossexual, e isso pode atingir o que um pai ensina ao seu filho. Promover os próprios valores morais é violar os direitos dos pais, e isso é ilegal.

Com o apoio do MBL e sua capilaridade, o Programa Escola sem Partido se tornou lei em diversos municípios e estados. O coletivo "Professores contra o Escola sem Partido", grupo de educadores que se opõem aos projetos, contabilizaram entre 2015 e 2017 aproximadamente 150 projetos de lei em espaços representativos municipais e estaduais, fato que torna o Programa Escola sem Partido presente em 24 estados brasileiros. O coletivo contabiliza ainda que dos quase 150 projetos de lei, 14 tornaram-se leis municipais, muitos, inclusive, passando a figurar como emenda à Lei Orgânica de municípios (PROFESSORES CONTRA O ESCOLA SEM PARTIDO, 2018).

É sob esse contexto de agitação política e social, que se desenvolvem movimentos antidemocráticos. Para tanto, o presente estudo se propõe a uma análise performática da faticidade do MBL e do ESP a partir das contribuições teóricas de Chantal Mouffe, principalmente em seus conceitos de *antagonismo*, *agonismo*, *pós-democracia* e *populismo*.

3. Os fundamentos da teoria de democracia de Chantal Mouffe

Os fundamentos teóricos da teoria de Chantal Mouffe, se estruturam a partir da crítica aos modelos de democracia liberal e de reconstrução da crítica do conceito de *político* de Carl Schmitt.

Por tal razão, apresentaremos brevemente estes pilares, com o fim de compreender o modelo democrático radical que Mouffe pauta suas problematizações relativas a crise do neoliberalismo e da democracia ocidental.

Inicialmente, Mouffe formula uma crítica conceitual aos modelos de democracia deliberativa de John Rawls e Jürgen Habermas, pois no entendimento da autora ambos abusam dos propósitos liberais de legitimidade e racionalidade:

Para Mouffe, o conceito de *posição original*, desenvolvido por Rawls é problemático, pois implica em um sistema de participação na qual os indivíduos são movidos por propósitos exclusivamente racionais e deixam de lado, aspirações morais ou religiosas na deliberação democrática:

> [...] trata-se de uma sociedade na qual (i) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (ii) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios". Nesta situação idealizada, indivíduos racionais estão protegidos pelo 'véu da ignorância', ou seja, não conhecem suas reais condições de vida, seus interesses e particularidades (RAWLS, 2002, p. 5).

O *véu da ignorância* da teoria rawlsiana, nada mais é do que a associação das decisões políticas a critérios racionais puros. Neste ponto, Mouffe indica que esse raciocínio, que privilegia a racionalidade, destrói as paixões e os afetos e elimina estes elementos que são cruciais para a luta democrática (MOUFFE, 2006, p. 171-172).

A crítica a Habermas também tem o ponto da racionalidade em comum, pois Habermas, busca retomar o projeto moderno da razão, na medida que incorpora a ela um fundamento linguístico, estruturando o conceito de racionalidade comunicativa (parte estruturante de sua Teoria da Ação Comunicativa):

> A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o médium linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos linguístico do entendimento, formando um ensemble de condições possibilitadoras, e ao mesmo tempo, limitadoras (HABERMAS, 1997a, p. 20).

Em síntese, a racionalidade comunicativa se define como a capacidade dos sujeitos dialogarem de forma recíproca, por meio de um agir orientado pela linguagem.

Mouffe aponta que a substituição de uma racionalidade instrumental por uma racionalidade comunicativa, não acerta, na visão de Mouffe, uma solução para o problema de lealdade democrática, pois o adequado funcionamento das instituições democráticas não depende de uma reestruturação do projeto da razão:

> A preocupação de Habermas e Rawls com o atual estado das instituições democráticas é uma que compartilho, mas considero as suas respostas extremamente inadequadas. A solução para nossos graves problemas contemporâneos não se resume a substituir a "racionalidade de meios fins" dominante por uma nova forma de racionalidade agora "deliberativa" ou comunicativa. [...] simplesmente substituir um tipo de racionalidade por outro não nos ajudará a alcançar o problema real que a lealdade política [allegiance] expõe (MOUFFE, 2006, p. 171).

Deste modo, a teoria mouffeana busca em Carl Schmitt, o conceito de *político*, como forma de restaurar uma perspectiva conflituosa necessária à democracia. Para Schmitt, todo debate é uma relação de ideias opostas, que se configuram em uma lógica do tipo amigo-inimigo e nesse sentido, o liberalismo

político, objetiva em sua essência neutralizar o conflito e o grau de associação/dissociação entre os grupos políticos. A lógica de *amigo-inimigo* ou de "nós" *versus* "eles" é um fato inerente à existência humana (SCHMITT, 1992, p. 76).

Obviamente, a crítica ao liberalismo em Carl Schmitt e em Chantal Mouffe remetem-se a contextos diferentes. Schmitt parte da realidade de oposição à República de Weimar e entende que a normatividade deve ser fruto de uma decisão e não de um consenso democrático, motivo pelo qual, sua proposta teórica é de um esforço para legitimar o estado de exceção (SCHMITT, 1968, p. 257-258).

Mouffe concorda com o fato que o antagonismo faz parte da natureza humana, entretanto, discorda que o dissenso implica em uma fronteira de amigos e inimigos, na qual o cerne é a destruição e o domínio de um sobre o outro. A relação *amigo-inimigo* de Schmitt é ressignificada pela teoria mouffeana por meio de uma evolução do antagonismo para o *agonismo*, com vistas ressignificar a oposição "nós","eles", transformando inimigos em adversários que guardam os mesmos princípios éticos-políticos:

> A política busca a criação da unidade em um contexto de conflitos e diversidade; está sempre ligada à criação de um nós em oposição a um "eles". [...] Vislumbrada a partir da óptica do "pluralismo agonístico", o propósito da política democrática é construir o "eles" de tal modo que não sejam percebidos como inimigos a serem destruídos, mas como adversários, ou seja, pessoas cujas ideias são combatidas, mas cujo direito de defender tais ideias não é colocado em questão (MOUFFE, 2006, p. 174).

A base desses princípios éticos-políticos são os valores de igualdade, liberdade e soberania popular, que nortearão o conflito democrático e fortalecerão a esfera do *político*.

A democracia radical mouffeana, nesse sentido, é um modelo pautado no aprofundamento de princípios e práticas. O *agonismo* implica em um compromisso de radicalização a partir de instituições democráticas e não em uma refundação total do modelo social. (MOUFFE, 2020, p. 71-72):

> O que significa radicalizar a democracia? Isso precisa ser esclarecido, pois existem muitas concepções de democracia radical, além de sérias incompreensões que surgiram com relação à "democracia radical e plural", defendida em Hegemonia e Estratégia Socialista. [...] Na verdade, o que estávamos defendendo era a "radicalização" dos princípios éticos-políticos do regime democrático-liberal, com liberdade e igualdade para todos [...]

> Isso não requer um rompimento radical de tipo revolucionário, implicando uma refundação total. No entanto, isso poderia ser alcançado de maneira hegemônica, através de uma crítica imanente que mobilizasse os recursos simbólicos da tradição democrática.

Nessa linha, Mouffe vai apontar que os problemas democráticos das sociedades decorrem do afastamento desses valores voltados às raízes da luta pela democracia. Para a autora, movimentos antidemocráticos como o MBL e ESP refletem a perspectiva *pós-política* ou *pós-democrática* vivenciada a partir das crise da hegemonia neoliberal.

Para Mouffe, o consenso neoliberal firmado nos anos 80 implicou em uma realidade pós-democrática, pois a tensão entre os projetos hegemônicos das democracias liberais foi eliminado. Com isso, as fronteiras políticas entre direita e esquerda foram desmontadas em prol de uma garantia sólida do capitalismo financeiro neoliberal. O que restou da democracia foi o processo eleitoral e as garantias abstratas de direitos individuais (MOUFFE, 2020, p. 38-39):

> Com certeza, a "democracia"é ainda mencionada, mas ela foi reduzida ao seu componente liberal e significa apenas a existência de eleições livres e direitos humanos. O que se tornou cada vez mais central foi o liberalismo econômico com a sua defesa do livre mercado, e muitos dos aspectos do liberalismo político foram relegados ao segundo plano ou simplesmente eliminados. [...] Na arena política, a evolução para a pós-democracia se manifestou através do que propus em Sobre o Político de chamar de "pós-política"[...] A única coisa que a pós-política permite é a alternância de poder entre partidos de centro-direita e centro-esquerda. Todos aqueles que se opõem ao "consenso de centro" e ao dogma de que não existe alternativa à globalização neoliberal são apresentados como "extremistas" ou desqualificados como "populistas".

Diante de tal perspectiva de destruição dos pilares democráticos, movimentos conservadores e de extrema-direita encontram um terreno fértil para impor suas demandas. Partindo de construções excludentes de "povo" e "soberania", movimentos como o Escola sem Partido e o MBL representam a perspectiva do *populismo de direita*, que aprofundaremos no tópico a seguir.

4. Movimentos conservadores e o populismo de direita no Brasil

As tratarmos das ações do Movimento Brasil Livre e Movimento Escola sem Partido identificamos movimentos de pautas conservadoras e neoliberais, que agem na perspectiva antagônica de eliminar perspectivas progressistas e fortalecer o paradigma antidemocrático amigo-inimigo.

O fortalecimento de um "nós" conservador em detrimento de um "eles" progressista, lapidados em uma concepção excludente e autoritária, é um perigo à democracia, pois cria distorções tendentes a própria destruição do fundamento democrático.

Nas reflexões de Mouffe relativas ao seu conceito de populismo de direita, a autora afirma que a resposta excludente para a *pós-política*, pode ser entendida como um momento populista de direita. É importante esclarecer que na visão de Mouffe, o populismo não deve ser entendido como um conceito pejorativo para desqualificar todos aqueles que se opõe ao pensamento dominante, mas "[...] uma estratégia discursiva de construção de uma fronteira política, dividindo a sociedade em dois campos e apelando para a mobilização dos "excluídos" contra "aqueles que estão no poder" (MOUFFE, 2020, p. 31).

Nesse sentido, os grupos aliados a direita, como o ESP e o MBL agem a partir de uma estratégia que segue o inverso dos princípios éticos-políticos da democracia: a construção da soberania popular é traduzida em uma ideia soberania de interesses nacionais e o conceito de povo exclui diversas categorias que não estejam adequadas ao projeto conservador de povo.

Isso se verifica nas propostas do MBL em reforçar políticas neoliberais, de modo a fortalecer o privado em detrimento do público, ou nos projetos de lei do Escola sem Partido, que desejam eliminar da educação seu papel crítico e proibir debates relativos à gênero e sexualidade.

> O populismo de direita alega que trará de volta a soberania popular e que restaurará a democracia, mas essa soberania é entendida como "soberania nacional" é reservada àqueles considerados os verdadeiros "nacionais". Os populistas de direita não tratam da demanda por igualdade e constroem um "povo" que exclui numerosas categorias, normalmente imigrantes, vistos como uma ameaça à identidade e à prosperidade da nação (MOUFFE, 2020, p. 47).

Diferentemente do contexto europeu, trazido por Mouffe, que identifica a exclusão e o ataque da extrema-direita aos povos imigrantes, a faticidade brasileira, apresenta os mesmos objetivos de exclusão em manifestações diversas, principalmente no campo étnico-racial, de classe, gênero e sexualidade.

Seja pela valorização de uma política de austeridade na realidade de um país desigual ou pelo apelo a pauta conservadora no âmbito de visões culturais e morais, o populismo de direita, identificado nesses movimentos, reflete uma realidade social e histórica de um Brasil de violências, opressões e exclusões:

> Somos (...) um país de passado violento, cujo lema nunca foi a "inclusão" dos diferentes povos, mas sobretudo a sua "submissão", mesmo que ao preço de apagamento de várias culturas. Tratados, cartas e outros documentos dos séculos XVI e XVII mostram a dureza da convivência colonial de aniquilamento, de outro a justificativa do necessário domínio (SCHWARCZ, 2019, p.192).

Um ponto relevante a ser apontado na realidade brasileira é o fato de que a resposta dos movimentos populistas de direita à perspectiva *pós-democrática* não rompe com a hegemonia neoliberal. Ao contrário, como se vê nas sugestões de políticas públicas do MBL listadas na primeira seção, há uma defesa e aprofundamento desse modelo econômico, demonstrando a influência do capitalismo financeiro na constituição destas demandas.

Mouffe prevê essa característica dos movimentos populistas de direita, pois identifica que apesar das resistências ao contexto pós-político que esses firmam, a vitória de grupos como o MBL não indicam rejeição ao capitalismo neoliberal, mas sim um apofundamento de práticas sociais regressivas (MOUFFE, 2020, p. 47).

A perspectiva populista de direita brasileira, nesse sentido, é a falsa promessa de que o *status quo* será alterado e a realidade de desigualdades escancaradas será substituída a partir de gramáticas autoritárias e excludentes, consubstanciadas nas demandas de movimentos como o Escola sem Partido e Movimento Brasil Livre.

Se a tese agonística prevê a radicalização dos princípios éticos democráticos e igualitários, os movimentos populistas de direita brasileiros, a partir da ideologia neoliberal, radicalizam o rompimento com as instituições democráticas, estabelecendo um quadro fático antidemocrático.

6. Recuperando o espírito da democracia: contribuições do populismo de esquerda

Se no projeto populista de direita, há a construção da soberania popular a partir de um paradigma excludente, Mouffe propõe uma estratégia populista de esquerda como meio de radicalização da democracia e para conflitar com as forças neoliberais e da extrema-direita.

A construção da ideia de um populismo de esquerda é para Mouffe, uma forma de estruturação prática de sua teoria de democracia. Isto porque, a autora entende que o populismo de esquerda pode ser uma ferramenta para

radicalização e aprofundamento dos princípios éticos-políticos de igualdade, liberdade e soberania defendidos em sua obra.

Uma estratégia populista aplicada ao campo progressista deve compreender a crise da hegemonia neoliberal e assumir as rédeas dessa transformação político-social, de forma a possibilitar uma condição emancipatória na construção de um "povo":

> Enquanto a crise do neoliberalismo oferece a oportunidade de construir uma nova ordem hegemônica, não há garantia de que essa nova ordem trará avanços democráticos significativos, podendo ela, até mesmo, ser de natureza autoritária. Por isso, crucial para a esquerda não repetir os erros do passado. [...] É urgentemente necessária uma estratégia populista de esquerda que vise à construção de um "povo", combinando as variadas resistências democráticas contra a pós-democracia, para estabelecer uma formação hegemônica democrática (MOUFFE, 2020, p. 64-65).

Trazendo esse diagnóstico para a esfera pública brasileira, vemos que a atuação do MBL e ESP, inserido em concepções que se opõem a perspectivas emancipadoras de sujeito e visões de cidadania pautadas em pressupostos excludentes, fortalecem a possibilidade, em um quadro teórico, de uma perspectiva populista de esquerda no Brasil, pois concordamos com Mouffe quando a estratégia discursiva de construção de uma fronteira política para a mobilização dos dominados *versus* dominadores é a forma metodológica que cabe aos movimentos de esquerda para alcançar a radicalização de pilares democráticos.

Quando consideramos o contexto de desigualdades e opressões da realidade brasileira, a noção populista, de construção de fronteiras entre a elite econômica e política e as classes dominadas pode ser forma teórica para pensar as problemáticas da democracia e da sociedade brasileira.

Não só, uma estratégia populista de esquerda pode auxiliar no desenvolvimento de um modelo agonístico, na qual políticas públicas, instituições e normatividades nacionais sejam pensadas a partir de pressupostos maximizados de igualdade social, liberdade e soberania do povo.

CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento da pesquisa, constatamos que essa base teórica possibilitou analisar ações dos movimentos conservadores no Brasil a partir de 2015. Isso porque, essas reinvindicalções são pautadas no contexto de crise hegemônica entre as fronteiras de direita e esquerda, a partir do discurso de

exterminação do inimigo – transubstanciado na esquerda do cenário politico e social brasileiro. Isto é, o modelo teórico possibilitou a análise sobre ação politica para compreender as condições de ações políticas que respeitam ou não as regras de um modelo democrático. Assim, a performance teórica de Chantal Mouffe afirma que o objetivo de uma política democrática é o de transformar o antagonismo potencial em agonismo, dentro da qual os adversários estejam de acordo sobre os princípios democráticos de liberdade e igualdade, embora se confrontem sobre o significado que se deva dar a esses princípios.A democracia plural ou pluralista que Mouffe defende corresponde a esse modelo agonístico e apresenta, segundo ela, a vantagem de reconhecer o papel das paixões na formação das identidades coletivas. Em consequência, ela se declara favorável à dimensão partidária da política e critica firmemente as teorias que alegam ser obsoleta a clivagem entre direita e esquerda. As tentativas de elaborar uma *terceira via*, com a finalidade de superar essa clivagem, são, aliás, para Chantal Mouffe, uma das razões da ascensão dos populismos de direita e dos partidos e movimentos de extrema direita.

Sendo assim, ao analisar a realidade brasileira, especialmente, no contexto de reinvindicações de extrema direita desde a segunda metade dessa década com esse arcabouço teórico podemos identificar as formas de opressão reproduzidas por esses grupos, que refletem a carga histórica, social e econômica de exclusão, desigualdade e violência que assistimos hoje. Há uma lógica de dominação da esfera pública, principalmente no âmbito das instituições, com o objetivo de destituir o conflito e evitar o desenvolvimento do pensamento crítico e livre que resultem na emancipação dos sujeitos.

Sustentamos que essa dominação está relacionada ao modo como se constrói o paradigma justiça no sistema capitalista neoliberal repercutida nos conflitos sociais que resultam na exclusão, na discriminação e na violência de grupos sociais pautados na lógica amigo *versus* inimigo, identificadas nos discursos apregoados pelos movimentos populistas de direita no Brasil. Trabalhando com conceito agonístico de Mouffe, compartilhamos com o posicionamento crítico da autora ao antangonismo que pode ser observado nesses movimentos.

Por essa crítica podemos vislumbrar a perspectiva emancipadora da autora ao superar esses discursos de ódio por meio do modelo democrático radical. Sendo assim, o papel da luta social como inerente à existência democrática pode ser a ferramenta para o rompimento das estruturas que utilizam a dominação como forma de manifestação na esfera pública.

REFERÊNCIAS

ESCOLA SEM PARTIDO. Apresentação. [S.I], Disponível em : <http://www.escolasempartido.org/quem-somos/>, Acesso em 26 nov. 2020.

ESCOLA SEM PARTIDO. Por uma lei contra o abuso da liberdade de ensinar. [S.I], Disponível em: < http://escolasempartido.org/programa-escola-sem-partido/>.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebereichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade, volume II. Tradução de Flávio Beno Siebereichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MACEDO, Elizabeth. As demandas conservadoras do Movimento Escola Sem Partido e a Base Nacional Curricular Comum. Educ. Soc., Campinas, v. 38, n. 139, p. 507-524, jun. 2017.

MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós, 1996.

MOUFFE, Chantal. *Por um populismo de esquerda*. São Paulo, SP: Autonomia Literária, 2020.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. Revista de Sociologia Política, Curitiba, n.25, p. 165-177, jun. 2006.

MOVIMENTO BRASIL LIVRE. *Propostas aprovadas*. [S.I], Disponível em: <https://mbl.org.br/wp-content/uploads/2017/05/propostas-mbl.pdf >, Acesso em: 30 nov. 2020.

RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. 2ª ed, São Paulo, SP: Martins Fontes, 2002.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2019.

7

PAINEL 7
Democracia, gestão institucional e conflitos socioambientais

ESTADO, EZLN E AUTONOMIA REBELDE NO MÉXICO

Ana Maria Ribeiro da Motta
Professora Associada da Universidade Federal Fluminense Deptº de Sociologia e Metodologia das Ciências Sociais PPGSD-UFF. Coordenadora do Observatório Fundiário Fluminense OBFF/UFF.
Rio de Janeiro. Brasil
anamribeiro@outlook.com

Ana Gabriela Pereira da Costa
Mestranda em Ciências Jurídicas e Sociais PPGSD/UFF. Rio de Janeiro. Brasil
anagabrielacosta@id.uff.com

Resumo: A máxima "direito a ter direitos" reflete a necessidade do movimento neozapatista de se autodeterminar, sendo este um dos maiores pilares da luta dos povos originários na América Latina, evidencia a busca pelo atendimento às demandas básicas de forma autônoma ao governo, à contra pelo das opressões cometidas pelo Estado quanto a não observância da pluralidade étnica, cultural e social dos indivíduos na promulgação de direitos. Aliado à cosmovisão indígena, ocorre um movimento "desde abajo" na luta por trabalho, terra, teto, alimentação, saúde, educação, independência, liberdade, democracia, justiça e paz, para tanto se faz necessário compreender que seus vínculos com a terra e o território não são materiais, e, perpassam pela ancestralidade. Ademais, o movimento nos faz refletir sobre a desarmônica relação entre a cultura hegemônica e as tradições culturais, que regulamentam a convivência de determinados grupos, e atravessam as relações sociais sob práticas autônomas de resistência diante da ineficácia jurídica do Estado quanto à preservação da memória e identidade das culturas tradicionais e a própria essência do capitalismo neoliberal que buscando o lucro de qualquer maneira transforma culturas e tradições em objetos de consumo, sendo esta mais uma das etapas de um longo processo de etnocídio. Através dessas elucidações, se constata a existência de diversos conceitos e sensos de justiça, decorrentes da diversidade de sujeitos, resistindo pelo direito de ser diferente sob a vigência de uma lei positivada que privilegia uma única forma de olhar. Em outras palavras a utopia neo zapatista não pode ser resumida em sua forma atual quanto ainda tem que lutar mas como uma forma de ação tática estratégica para se poder chegar a outro mundo e então liberar suas crenças de modo mais livre e absoluto, quanto ao fato de estarem permanentemente sujeitos a afetação de grandes projetos econômicos.

Palavras chave: América Latina, EZLN, Autonomia.

INTRODUÇÃO

Eduardo Galeano em As veias abertas da América Latina ao analisar a febre de ouro e prata, entremeando conceitos marxistas, afirma que a exploração dessas minas durante a invasão e colonização de Abya Yala está diretamente relacionada ao genocídio dos povos originários, e foi a principal fonte de acumulação de riquezas dos países europeus, desde a Idade Média, possibilitando o fortalecimento e constituição de uma nova etapa do capitalismo. A economia colonial financiava os mercadores, donos de minas e grandes proprietários de terras, através do sangue e suor indígena e negro sob o aval da Coroa e da Igreja Católica.

Em 1581, na cidade mexicana de Guadalajara, o rei da Espanha Felipe II afirma que um terço dos povos originários da América haviam sido mortos e determina que os habitantes da colônia seriam obrigados a pagar impostos à Coroa, somados à um quinto do valor arrecadado através dos minérios, assim como a coroa portuguesa no Brasil. Estima-se a evasão de 5.000 milhões de dólares entre 1760 e 1809 através das exportações de ouro e prata das minas de Guanajuato e Zacatecas.

Após a independência do México, no início do século XIX, assim como outros países da América Latina, o que se via era o retrato de uma sociedade oligárquica firmado em tradições coloniais e carregado de cicatrizes desta trajetória. A influência da Igreja Católica e da Monarquia Espanhola para o fortalecimento do sistema de propriedades do clero, refletido em um processo de colonização tratado como pacificação de indígenas, sinônimo do genocídio colonizador, modernização da agricultura organizada em monopólios, grandes latifúndios sendo em si mesmo a expansão do liberalismo. (GALEANO

A Revolução Mexicana, a primeira das grandes revoluções ocorridas durante o século XX, a revolta armada iniciada em 1910 pôs fim ao governo de Porfírio Díaz, regime ditatorial que durou cerca de 30 anos conhecido como "porfiriato". As principais demandas estavam ligadas à terra e seu manejo, explicitando a necessidade de uma reforma agrária que contemplasse os povos originários, marginalizados e invisibilizados pelos setores da elite política e financeira estatal, formada principalmente por grandes latifundiários.

Em 1878, Porfírio Diaz estabelece por decreto o fracionamento dos *ejidos* (terras de uso coletivo) indígenas e camponeses, porém, a partir da ampliação das plantações de café nas montanhas chiapanecas, em 1882 as mesmas foram à leilão

público por meio da ação da Companhia de Terras e Colonização de Chiapas, com a venda de hectares para o mercado estrangeiro de economia cafeeira. Um ano após, outra lei é decretada, possibilitando a demarcação das terras para as Companhias, afim de estabelecer um maior fluxo de colonos imigrantes.

Porfírio Dias "reeleito" pela sexta vez em 1904 e a insurreição encabeçada por Francisco I. Madero, levou Porfírio Dias à queda do poder em 25 de maio de 1911 após a assinatura dos Tratados de Juarez que estabeleciam a renúncia e o fim das rebeliões. Madero, candidato anti reelecionista, também latifundiário, possuía um projeto político similar ao antecessor, pois atendia aos mesmos interesses e desenvolve uma coalizão em conjunto com os interesses angloamericanos para o monopólio de direitos sobre a água na tentativa de dissolver o partido reelecionista, sendo eleito em 1º de outubro de 1911.

No sul do México, o levante encabeçado por Emiliano Zapata, construído por indígenas de diversas etnias e camponeses, estabelece novos rumos para a Revolução Mexicana, assim como a luta pela autodeterminação dessas comunidades que já praticavam a autogestão e que, posteriormente, através da insurgência do movimento zapatista, reivindicaram que todos fossem tratados em igualdade de condições com os demais grupos sociais mexicanos.

Zapata em 1911 anuncia o Plan de Ayala e afirma estar disposto à lutar contra tudo e contra todos para denunciar que a revolução não se trata de uma simples troca de personagens no governo. As forças revolucionárias zapatistas eram vistas como uma ameaça para o poder oficial mexicano. Os zapatistas se tornaram resistência também contra Madero, que representava a mesma política porfirista. O documento, firmado em 25 de novembro de 1911, confirma os sentidos e objetivos da luta zapatista, e configura Madero como violador dos princípios do sufrágio universal e traidor da pátria, causador de derramento de sangue por intentar repressões militares contra os indígenas. Tal documento nomeia Pascual Orozco (San Isidro - Chihuahua) e Zapata (no Sul) como líderes da revolução.

Orozco possuía poucas relações com Zapata, estabelecidas somente no que tange à história de insurreições paralelas, porém em lugares distintos. Após 1911, as tropas maderistas ofereceram o cargo de comandante dos campesinos de Chihuahua à Orozco, que contrariando às expectativas, busca a candidatura ao governo de Chihuahua, porém Madero segue seu apoio à Abraham González, que assume como governador interino sem apoio local, porém, o mesmo renuncia e entrega seu posto à Orozco que neste momento não desejava mais tal

cargo, já que significaria um rompimento com seus ideais, e em 9 de março de 1912 Orozco declara guerra à Madero.

Os zapatistas permanecem na luta, neste momento contra Huerta, e diversas insurreições surgem pelo México. E em Chihuahua, Francisco Villa, ou Pancho Villa, assume a liderança da rebelião. Em 22 de fevereiro de 1913, Madero é assassinado pelas tropas de Félix Dias e Victoriano Huerta, comandante do exército nacional, assim como Abraham González. Entre 1910 e 1920, diversas epidemias atingiram o México como o tifo, a febre amarela e a gripe espanhola. No estado de Morelos, em 1914, Emiliano Zapata ao anunciar o novo plano de reforma agrária, ainda mais radical que Ayala, reivindica o fim da concentração e monopólio de terras e sustenta que todos deveriam ter o direito à terra, como forma de subsistência. Durante a primavera de 1915, enquanto todo o México padecia por falta de alimentos, os campos de Morelos cultivavam milho e outros alimentos. Em 1919 o líder mexicano Emiliano Zapata foi assassinado em uma emboscada mas a memória de sua trajetória e luta permaneceram vivos.

Em decorrência da Constituição de 1917, a construção de um executivo forte se deu no crescimento da burocracia como sistema político, utilizado como forma de garantir maior poder na gestão, circulação e mobilidade da restrita elite governante à mando do capital financeiro, retrato da luta política de interesses de grupos distintos pertencentes à uma mesma elite social. Na década de 20, período pós Revolução Mexicana e a insurgência de camponeses e indígenas, ideais burgueses contra revolucionários emergiram, refletindo na fundação do Partido Nacional Revolucionário.

À partir de 1930, a crise do latifúndios cafeeiros se intensificou, através de uma nova divisão de terras em *ejidos*, porém em áreas de pouca produtividade onde os camponeses permaneceram como mão de obra barata para os fazendeiros do café, em Chiapas 74% da superfície dedicada ao café estava em propriedade dos estrangeiros, sendo 34% alemães. Durante o governo de Lázaro Cárdenas del Rio (1934-1940), houve uma nova insurgência de ideais revolucionários com a demanda por uma reforma agrária efetiva, a legalização do partido comunista, sindicatos e frentes populares.

No mercado nacional, entre as décadas de 50 e 60, a exportação de gado cresceu exponencialmente, assim como a cana, cacau, cana de açúcar, algodão e café, este último correspondia a 40% da produção agrícola. Em 1950, 270 mil hectares de terra eram destinadas à agricultura, em 1975 este número deu um salto para 850 mil hectares. Os investimentos em infra-estrutura favoreceram o

destaque na extração de madeira. A partir de 1970, a economia cafeeira chiapaneca se converteu à produção de eletricidade e petróleo na região, de forma que, a mão-de-obra local transferiu-se para os setores de serviços relacionados à infra-estrutura como a construção de estradas e represas.

DESENVOLVIMENTO

O Partido Nacional Revolucionário (PNR) - remanescente da Guerra Civil de 1910 - se transforma no PRI (Partido Revolucionário Institucional), representando a manutenção de corporativismos e sistemas políticos e institucionais. O PRI ganha lugar hegemônico na política nacional, cada vez mais distante das bases populistas e com relações estreitas com o elitismo e as políticas neoliberais, somando modos de reprodução compatíveis com a corrupção e o nepotismo, embora, na tentativa de manter uma narrativa de discurso político popular. Desta forma, os campesinos frente ao êxodo rural e as novas ofensivas latifundiárias como as agroindustrias e as recentes agrotecnologias formaram a Confederação Nacional Campesina. Há fortes rumores que o EZLN possui origem como célula das Fuerzas de Liberación Nacional (FLN), fundado em 1969, inspirado politicamente pela Revolução Cubana. o FLN participou também do Ejército Insurgente Mexicano (EMI) grupo alvo do massacre da Praça das Três Culturas, em Tlatelolco, durante manifestações estudantis.

A pressão econômica e militar do governo nacionalista, decorreram na elaboração de pesquisas publicadas em 1974 pela Comissão de Estudos do Território Nacional, contendo mapas da Selva La Candona e a análise sobre as potências petrolíferas do local, afirmaram que tal área poderia se converter na principal reserva florestal do país. Porém, a elevação dos preços do barril do petróleo durante a década de 70 e a exploração de empresas transnacionais levaram à reconsideração das políticas de proteção ambiental, priorizando ações como a construção do complexo hidrelétrico Grijalva-Usumacinta no Valle Central e a exploração e desenvolvimento de campos petrolíferos.

Em 1970 a primeira tentativa de instalação do FLN em Chiapas foi alvo de um ataque do exército mexicano, resultando na morte de todos os membros da célula chiapaneca que não foram capazes de se manter no anonimato frente ao repressões estatais. Nesta época o Estado do México possuía sólidas relações institucionais com os governos declaradamente socialistas e movimentos de esquerda latino-americanos, à exemplo de Cuba. Contudo, os ativistas mexicanos

alinhados à essas ideologias ainda sofriam violentas repressões estatais, medidas nas quais inclinaram a FLN a se manter isolado frente aos outros movimentos revolucionários presentes em outros países. Na década de 1980, a FLN aderiu à teorias maoistas enviando um novo grupo à selva Lacandona em novembro de 1983 denominado EZLN, preparando-se para uma guerrilha autônoma e revolucionária, nos preparativos de "acumular forças em silêncio" estabelecendo diálogos com as comunidades indígenas e fortalecendo o núcleo militar para as possíveis repressões estatais. Objeto de conflito interno no FLN, a realidade na Selva Lacandona expandiu a visão dos militantes revolucionários de forma que a célula chiapaneca tornou se autônoma adequando-se às vivências das comunidades indígenas (pag 34

A efervescência de teorias como a Teologia da Libertação possibilitou a ocorrência do Primeiro Congresso Indígena de Chiapas, entre 14 e 17 de outubro de 1974, alguns diálogos como "La tierra es de quien la trabaja" e "Acuerdos sobre la tierra", vislumbram a possibilidade de união entre diversas etnias e comunidades ali existentes para a elaboração de planos coletivos de produção e comercialização no formato de cooperativas de café frente às desigualdades sociais, culturais e econômicas.

As políticas neoliberais do Presidente Miguel de la Madris (1982-1988) não resolveram os conflitos através dos aparelhos institucionais, que permaneciam promovendo despejos, mortes e seqüestros. O crescimento de guerrilhas rurais e urbanas pelos territórios mexicanos resultou na formação do Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZLN) em 17 de novembro de 1983, no Chiapas.

> "Nós já tínhamos um território controlado e foi para organizá-lo que se criaram os Municípios Autônomos. O EZLN tem muitas idéias sobre como é um povo organizado e livre. O problema é que não há um governo que obedeça; há um governo mandão que não te escuta, que não te respeita, que pensa que os povos indígenas não sabem pensar, que quer nos tratar como índios pés-de-chinelo, mas a história já lhes respondeu e demonstrou que sabemos, sim, pensar, e que sabemos nos organizar. A injustiça e a pobreza te fazem pensar, produzir idéias, te fazem pensar como fazê-lo, ainda que o governo não te escute."
>
> EZLN, Major Insurgente de Infantaria Moisés.

Na Primeira Declaração da Selva La Candona, emitida pelo EZLN no mesmo dia da entrada em vigor do Tratado de Livre Comércio (1º de janeiro de 1994), de acordo com o artigo 39 da Constituição Mexicana, é comunicado ao

exército federal mexicano -que segundo os neozapatistas é o pilar básico da ditadura que padecem-, assim como, ao Partido Revolucionário Institucional (PRI), que detém majoritariamente o poder no México, e ao executivo federal o estado de guerra contra o governo estatal e o pedido de restauração da legalidade e estabilidade através da deposição do chefe do executivo. O enfrentamento durou 12 dias e o EZLN contava com cerca de 2 a 3 mil combatentes para tomar 7 municípios oficiais do Estado de Chiapas, segundo estimativas oficiais foram contabilizados 150 rebeldes, 24 policiais e 19 militares mortos até a trégua. Antes mesmo da declaração de guerra em janeiro 1994, durante a clandestinidade, os neozapatistas se auto organizavam através de trabalhos coletivos, porém estas ações não eram vistas pelos mesmos como práticas autônomas, exemplo fático são as clínicas de saúde completamente desligadas do poder estatal.

As zonas autônomas zapatistas, formadas em decorrência do levante armado, desenvolvem um autogoverno no território sobre os eixos da educação autônoma, da saúde autônoma, da administração autônoma da justiça e da organização autônoma da produção através de sociedades e cooperativas de produção e agroecologia, as cooperativas de transporte de pessoas e bens, os Municípios Autônomos Rebeldes Zapatistas e as Juntas de Bom Governo, que se baseiam na direção coletiva e rotativa, aliada à cosmovisão indígena das etnias locais.

Através de Comunicados e o uso da internet os insurgentes conseguem apresentar a "sua versão" dos fatos capaz de contradizer um Estado e apresentar uma proposta alternativa, assim como uma identidade geopolítica reivindicando, ainda, uma narrativa não dependente do chamado marxismo tradicional coordenado por elites intelectuais de esquerda. Isso tudo trouxe uma proposta mais do que inusitada, nova e independente de direções partidárias tanto quanto de governos. Assim, Chiapas apareceu buscando um novo lugar mesmo que sem desmerecer as teorias marxistas desde que conduzidas a partir de sua realidade empírica. Tornando a experiência na práxis como uma forma de delimitação de sua identidade ao mesmo tempo em que rompiam paradigmas teórico metodológicos.

O sigilo e o anonimato tanto por razões táticas defensivas de segurança, representa a profundidade de suas propostas em termos de ruptura até militar com o "sistema" ao assumir a necessidade tática da clandestinidade como essencial, e para mostrar em que medida pretendem assumir um lugar maior e diferente na disputa concreta por dentro do cenário hegemônico mostrando que

sua opção alternativa é adversa e se caracteriza como uma proposta coletiva. Todos os membros não precisam ser identificados individualmente pelo modelo consumista, porém cada um pode aparecer como o coletivo que fala.

A formação do grupo dentro do modelo militar, pode-se afirmar por ser anti capitalista e após tentativas de acordos com o Estado e posteriores traições aprofundaram a importância de permanecerem em alerta e de se apresentarem como adversários políticos do Estado mexicano de fato. O que supõe uma força bélica. A organização do grupo neo zapatista em territórios autônomos e independentes, como organização social, política e econômica alternativa consolidada e factível - desde que organizada em prontidão - para disputar sem dependência sua independência e autonomismo pressupõe uma necessária adversidade em relação a qualquer tipo de apoio do Estado em forma de políticas públicas. O modelo organizativo em territórios independentes se define pela não aceitação de apoio governamental. São territórios que se pretendem totalmente autônomos, pois desta forma podem mostrar que não precisam do Estado burguês mexicano seja ele qual for, para se reproduzirem. E essa parece uma forma clara de "afronta" político ideológica que reivindicam.

A Lei Revolucionária das Mulheres Zapatistas, aprovada em 31 de dezembro de 1993, demonstra as matrizes anti-patriarcais do movimento organizado pelo EZLN na tomada de territórios no estado de Chiapas-México, em 1º de janeiro de 1994. A construção desta alternativa política e ideológica como uma possibilidade emancipatória real que está em curso em situações de conflito e pode ser verificada empiricamente quando uma ação de classes subverte a dominação capitalista patriarcal e colonial tradicionalmente constituída em Abya Yala, garantido a continuidade e permanência ancestrais com um mínimo de independência e gerando modos de sociabilidade onde a posição da mulher emerge como chave importante no processo de resistência autônoma crítica e contrária à ordem estabelecida, construída a partir do reforço destas experiências.

A produção de alimentos através do manejo indígena do solo, de maneira orgânica e agroecológica garantem a soberania alimentar, e afirmam a multifuncionalidade e a luta política como pilares da agroecologia, gerando segurança e auto suficiência alimentar, conservação dos recursos naturais, autogestão, participação da comunidade local e o cultivo de plantas medicinais, em proteção aos saberes tradicionais e ancestrais alcançando não só a saúde do corpo mas também a manutenção da espiritualidade.

O cerco militar sobre o território zapatista, assim como suas ofensivas, diminui a comercialização dos artesanatos e do café orgânico, porém o EZLN, em sua luta possui uma rede de apoio constituída em forma de projetos sociais - respeitando a autonomia e a autogestão - por caravanas de sindicatos e estudantes da UNAM (Universidad Nacional Autonoma do México). A solidariedade estende-se à entidades e comitês de países da Europa, onde conflitos sobre autonomia jurídica, econômica e política atingem o país Vasco, Cosovo, entre outros.

Uma das cooperativas de café orgânico e agroecológico é a Ssit Lequil Lum ("Fruto da Mãe Terra" em Língua Tzeltal), constituída em 2007, destina parte da sua produção à importação à Europa. O café produzido uma vez ao ano, considerando seu tempo de cultivo (semear novamente, podas, controle das sombras, fertilização e colheita), o trabalho em cooperativas gera cerca de 30 a 40 saco de 50 kg de café por hectare, o preço de exportação e importação é variante de acordo com os vetores econômicos do mercado à época. Em janeiro de 2013 o valor era de 18 a 25 pesos mexicanos o kg do café, um montante que girava em torno de 25 mil pesos mexicanos por hectare, algo em torno de 2.860 dólares à época.

Em 2016 em reunião foi acordado entre os zapatistas, Congresso Nacional Indígena e o EZLN, o comprometimento com a ofensiva em defesa do território e da mãe terra. Após, a candidatura de Marichuy, indígena zapatista e médica, à presidência do México nas eleições de 2017, colocou à prova os jogos de poder capitalistas com o objetivo principal de atingir e organizar as comunidades indígenas zapatistas, coletivamente e desde abajo. Em agosto de 2019 os zapatistas através do comunicado do comitê clandestino revolucionário indígena anunciaram a expansão do seu território:

> Aparecemos diante de vocês com novos Caracoles e municípios rebeldes Zapatistas mais autônomos em novas áreas do sudeste do México. Agora teremos também Centros de Resistência Autônoma e Rebelião Zapatista. Na maioria dos casos, esses centros também abrigam caracóis, conselhos do governo e municípios autônomos rebeldes zapatistas (marez). Embora devagar, como deveria ser o nome, os 5 caracóis originais foram reproduzidos após 15 anos de trabalho político e organizacional; e o MAREZ e seus conselhos de bom governo também tiveram que aumentar e vê-los crescer. Agora haverá 12 caracóis com seus conselhos de bom governo. Esse crescimento exponencial, que hoje nos permite deixar a cerca novamente, deve-se principalmente a duas coisas: Um deles, e o mais importante, é o trabalho político organizacional e o exemplo das bases zapatistas de mulheres, homens, crianças e idosos. De maneira

> destacada, das mulheres e jovens zapatistas. Companheiros de todas as idades se mobilizaram para conversar com outras irmãs com ou sem organização. Os jovens zapatistas, sem abandonar seus gostos e desejos, aprenderam sobre ciência e artes e, assim, infectaram cada vez mais jovens. A maioria desses jovens, principalmente mulheres, toma posse e os absorve em sua criatividade, engenhosidade e inteligência. Assim, podemos dizer, sem tristeza e com orgulho, que as mulheres zapatistas não apenas avançam, como o pássaro Pujuy, marcam o caminho para nós e não se perdem: também nas laterais para que não nos desviem; e de volta para que não demoremos. A outra é a política governamental destrutiva da comunidade e da natureza, particularmente a do atual governo denominado "Quarta Transformação". As comunidades tradicionalmente partidárias foram feridas pelo desprezo, racismo e voracidade do atual governo e entraram em rebeliões abertas ou ocultas. Quem pensou que, com sua política de esmolas contra-insurgentes, dividiria o Zapatismo e compraria a lealdade dos não-zapatistas, incentivando o confronto e o desânimo, apresentou os argumentos que faltavam para convencer aqueles irmãos e irmãs de que é necessário defender a terra e a natureza. O mau governo pensou e acha que o que as pessoas esperam e precisam são esmolas monetárias. (EZLN, Y Rompimos el cerco, 2019)

Walter Mignolo afirma que o movimento zapatista em Chiapas se mostra como um dos principais exemplos práticos do que teóricos classificam como "giro decolonial". Constantemente recorremos à formas e articulações de uma democracia com contornos europeus, apegados à herança colonizadora como uma "herança fundamental" traduzidas na colonialidade do poder, colonialidade do saber e colonialidade do ser. Os significativos expoentes dessa revolta por reiteradas vezes são invisibilizados pela imprensa e pela própria esquerda institucional. A genealogia do pensamento decolonial é planetária e não se limita a indivíduos, mas incorpora nos movimentos sociais.

> A maneira de compreender depende de como contamos a história. Se a contamos de forma linear, no horizonte da modernidade, as independências "superaram" e puseram fim ao colonialismo lusohispânico ao longo do século XIX. Mas se a contamos de uma perspectiva histórico estrutural, então as independências apenas rearticulam a colonialidade: a partir das independências, são os criollos (descendentes de europeus) que mandam e fazem o mesmo que faziam os governos monárquicos imperiais. Os mecanismos permanecem os mesmos: a colonialidade, isto é, a estrutura ou matriz colonial de poder gestada a partir do século XVI, seguiu operando. Da perspectiva europeia, a revolução colonial marcou um avanço na história que eles mesmos se contavam. Por sua vez, os aymaras e quechuas (indígenas da região andina) têm um termo, "pachakuti", que significa uma violenta reviravolta no tempo e no espaço, ou "o mundo ao revés".Isso foi o que a revolução colonial significou para

> eles: o caos, o mundo ao avesso. Para os habitantes de Tawantinsuyu, Anahuac e Abya Yala, essa não era sua história. O conto da cristianização e da civilização desordenou seu mundo, que agora, no século XXI, está em processo de reordenação, sobretudo na Bolívia e no Equador, mas também em Chiapas, no sul do México, e na Guatemala. O Globo, 16/01/2010, Prosa & Verso, p. 3 (16 de março, 2020)

Em Identidade Cultural na Pós Modernidade Stuart Hall desenvolve os conceitos de identidade, individuação e coletivização dados três sujeitos: iluminista (individualista); a do sujeito sociológico (interacionista); a do sujeito pós-moderno (que efetiva a "celebração móvel", nas palavras do autor). Os estudos sobre os movimentos globalizatórios e os deslocamentos identitários através de deslocamentos de sujeitos e fragmentações, assim como a pluralizações, das identidades culturais no mundo pós-moderno.

> Na segunda parte "Nascimento e morte do sujeito moderno" emerge o conceito de descentração do sujeito. O autor está tratando da morte do sujeito cartesiano e indica algumas obras e autores que contribuíram para esse processo na modernidade tardia, como por exemplo, a releitura de Marx nos anos 60 (os homens fazem a história [...] sob as condições que lhe são dadas); também os significados mutantes das palavras de Saussure e ainda os estudos de Foucault sobre o poder dos regimes disciplinares, dentre outros. Obras e autores que abalaram as estruturas do sujeito moderno e constituíram e permitiram instituir, como destaca o autor, os descentramentos, pois suas idéias descrevem deslocamentos do sujeito através de uma série de rupturas nos discursos do conhecimento moderno. Nas palavras do autor: "[...] o sujeito do iluminismo, visto como tendo uma identidade fixa e estável, foi descentrado, resultando nas identidades abertas, contraditórias, inacabadas, fragmentadas, do sujeito pós-moderno" (p.46). Na terceira parte "As culturas nacionais como comunidades imaginadas" o autor questiona: o que está acontecendo à identidade cultural na modernidade tardia? Como as identidades culturais nacionais estão sendo afetadas ou deslocadas pelo processo de globalização? O autor destaca que as nações são como comunidades imaginadas, que são perpetuadas pela memória do passado, pelo desejo de viver em conjunto e pela perpetuação da herança. Na desconstrução da idéia de cultura nacional como identidade unificadora, o autor refere que as culturas nacionais, na verdade, "são atravessadas por profundas divisões e diferenças internas, sendo unificadas apenas através do exercício de diferentes formas de poder cultural" (p.62). Neste sentido, para o autor, as nações modernas são verdadeiros "híbridos culturais". Na quarta parte "Globalização" o autor afirma que a globalização enquanto um complexo de forças de mudança está poderosamente deslocando as identidades culturais nacionais, dando continuidade, assim, ao debate iniciado na terceira parte do livro. O autor destaca nesta parte três impactos

> importantes desse processo de globalização sobre as identidades culturais: a desintegração; o reforço pela resistência; a mutação (novas identidades-híbridas-estão tomando seu lugar). Nas palavras do autor, para alguns teóricos: "O efeito geral desses processos globais tem sido o de enfraquecer ou solapar formas nacionais de identidade cultural. Eles argumentam que existem evidências de um afrouxamento de fortes identificações com a cultura nacional, e um reforçamento de outros laços e lealdades culturais, acima e abaixo do nível do estado-nação". Na quinta parte do livro – "O global, o local e o retorno da etnia" - há um instigante debate sobre o novo interesse pelo local e a nova articulação entre o global e o local, uma verdadeira dialética das identidades: entre novas identidades globais e novas identidades locais. Aqui o autor defende que a globalização tem um efeito contestador e deslocador das identidades centradas e fechadas de uma cultura nacional. Esse efeito verdadeiramente pluralizante altera as identidades fixas, tornando-as menos fixas, plurais, mais políticas e diversas. Esse movimento pode produzir dois efeitos, e o autor refere que Kevis Robins chama o primeiro efeito de "Tradição", quando as nações tentam "recuperar sua pureza anterior e recobrir as unidades e certezas que são sentidas como tendo sido perdidas" (p.87). O outro efeito desse processo nas nações é denominado de "Tradução" quando as nações "aceitam que as identidades estão sujeitas ao plano da história, da política, da representação e da diferença" (p.87). Assim, as nações estariam gravitando entre manter (a tradição) e transformar (a tradução), o que afeta diretamente as novas (ou velhas) formas de identidade cultural. É nesse movimento/deslocamento que emerge a concepção de culturas híbridas (entre a tradição e a tradução) como um dos diversos tipos de identidades destes tempos de modernidade tardia. Na sexta e última parte do livro "Fundamentalismo, Diáspora e Hibridismo" o autor faz uma análise do descentramento do Ocidente. Nas palavras do autor: "a globalização não parece estar produzindo nem o triunfo do global nem a persistência, em sua velha forma nacionalista, do local. Os deslocamentos ou os desvios da globalização mostram-se, afinal, mais variados e mais contraditórios do que sugerem seus protagonistas ou seus oponentes" (p.97). (TEIXEIRA, 2006)

Vandana Shiva ao estudar sobre a Natureza e os Recursos Naturais, contesta a inversão de valores através da marcha do progresso e do capitalismo, à medida que a natureza se transforma em matéria prima, disponível para manipulação e ausente de vida própria, incapacitada de atos regeneratórios e de crescimento, onde o gerenciamento dos recursos naturais está a serviço do acúmulo do capital como meio para a geração de renda, fator próprio das sociedades de mercado.

No entanto, Resource sugeriria a própria renovação e reciprocidade inerentes à natureza, paralelamente, à dessacralização da natureza e às dicotomias

e questões relacionadas ao Ser Humano x Natureza, permite elucidar reflexões sobre os relativismos culturais, através de uma sociedade global complexa em termos de multiculturalismo e cosmovisões, onde diversas culturas ainda contemplam uma vida em harmonia com a natureza a contra pelo das ofensivas neoliberais.

> "Fomos durante muito tempo, embalados a história de que somos a humanidade e nos alienamos desse organismo de que somos parte, a Terra, passando a pensar que ele é uma coisa e nós outra: a Terra e a Humanidade. Eu não percebo que exista algo que não seja natureza. Tudo é natureza". (KRENAK, 2020)

Em ecologismo dos pobres, Joan Martinez Alier, denuncia a expansão do capitalismo e questiona as relações advindas da colonialidade, como o gerenciamento dos fluxos dos recursos naturais e o deslocamento da pobreza para o Sul Global. A percepção dos sujeitos "outros", atingidos por esses processos sociais e políticos, impossibilitados de acessar um meio ambiente equilibrado, interferindo diretamente na perda da diversidade cultural e ambiental.

O local de poder e controle de territórios e corpos - humanos e não-humanos - pontuado por Ailton Krenak em o "Amanhã não está a venda", estreita os diálogos sobre os receios acerca do esgotamento dos recursos naturais, enquanto o COVID-19, como uma pandemia global, reflete as mesmas questões sobre a ruptura no sentido pleno da vida. Pontuando, que nesse contexto, a natureza segue seu curso, as plantas na Aldeia Krenak permanecem brotando e crescendo e o isolamento como condição própria dos povos indígenas se torna uma condição universal através da ameaça de um vírus.

> Se durante um tempo éramos nós os povos indígenas, que estávamos ameaçados da ruptura ou da extinção do sentido da nossa vida, hoje estamos todos diante da iminência da Terra não suportar a nossa demanda. Os únicos núcleos que ainda consideram que precisam se manter agarrados nessa Terra são aqueles que ficaram meio esquecidos pelas bordas do planeta, nas margens dos rios, nas beiras dos oceanos, na África, na Ásia ou na América Latina (KRENAK, 2020)

Krenak aponta uma "ecologia do desastre" ou "Ecologia humana para conviver com a desgraça", onde a proteção para todos e a garantia de um meio ambiente de uso comum nos faz refletir sobre quais territórios e que populações se estabelecem nos limites das fontes de riscos e conflitos socioambientais como as fronteiras do agronegócio, as áreas de descarte dos objetos não-vendáveis do processo produtivo, assim como os resíduos dos desastres petrolíferos e de

barragens, ocorrendo tanto no meio rural quanto no urbano, descrito como "Essa gente que insiste em ficar na terra, e é melhor colocar um trator para tentar tirá-los".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Revolução Mexicana, como um pacto social e institucional entre elites latifundiárias e incisões rebeldes, sobre o futuro do Estado mexicano representou, até 1968, uma estabilidade política e crescimento econômico, com a intervenção do capital estrangeiro e retirada da Igreja e exército como foco principal, representação do triunfo do pacto institucional - executivo - e a suposta democracia, representada pelos sistema de partidos, que beneficiava banqueiros, grande empresários e o capital estrangeiro, ou seja, toda a política neoliberal. A crise do café dos anos 80, caracterizada pela queda nos preços no mercado internacional, ineficiência e corrupção das entidades governamentais, desmantelamento das instituições públicas para a liberação do mercado, camponeses e indígenas assumem os custos, relacionando-se novamente com a precarização do trabalho. Entre 1934 e 1984 houve a consolidação desse sistema presidencialista, com amplos poderes superiores aos do legislativo e judiciário, vertente constitucionalista que agrega o passado colonial e patriarcal.

A experiência zapatista se dá através de uma resistência crítica e contrária à ordem estabelecida, como proposta de organização anticapitalista de reprodução da vida material e imaterial e construída a partir do reforço das experiências originárias e para além da própria ideia de Estado burguês, construindo de uma experiência autônoma e independente do Estado e do modo burguês de ordenamento, regramento e reprodução social e econômica capitalista dentro de uma condição histórica onde a hegemonia é capitalista. A construção desta alternativa política e ideológica oferece um olhar a contra pelo da situação hegemônica através de uma reflexão sobre a experiência desenvolvida - e naturalmente levando em conta suas contradições - a partir do Comum, desenvolvido em forma orgânica e classista por um movimento social anti capitalista que procura desenvolver e experimentar formas de atuação de gênero anti patriarcais em sua reprodução econômica com consequências políticas e simbólicas relevantes.

Frente ao êxodo rural e as novas ofensivas latifundiárias como as agroindústrias e as recentes agrotecnologias. e com resultados econômicos que

tem garantido a sua continuidade com um mínimo de independência. O Comum na América Latina, caracterizado pela luta indígena por território, identidade e autogoverno, riquezas simbólicas expropriadas pelo capital, dado através de práticas coletivas cotidianas representa uma grande subversão frente ao Estado hierárquico e burocrático, e aos novos desenlaces e formas de dominação neoliberais. Tais ações como a podem ser vislumbradas como formas de manutenção da existência e identidade das mulheres indígenas, estabelecendo diálogos com desenhos matriarcais decoloniais e o uso de práticas sustentáveis de manejo da terra.

A proposta da agroecologia, assim como das cooperativas existentes, traduz a história singular da cosmologia indígena, em geral invisibilizada, e tende a reproduzir a história geral de todo esse segmento - condições objetivas da reprodução da vida em termos de acesso inseguro e difícil à terra, tamanho pequeno da propriedade, não utilização de exploração de trabalho assalariado mas uma forma coletiva de trabalho que reconstitui a ideia e a forma prática de uma unidade coletiva a qual constitui alternativas significativas de conhecimento e saberes tradicionais e geracionais importantes na trajetória da relação entre manejo do solo e natureza sem afetar negativamente o ambiente enquanto permite uma dignidade em termos de reprodução da memória e identidade abrangente ainda que mantendo com grandes dificuldades estruturais pela ausência de políticas públicas adequadas mas que minimamente permitem uma reprodução simples e a manutenção da terra e do modo de vida. Embora frágeis pela possibilidade de estarem permanentemente sujeitos a afetação de grandes projetos econômicos.

A máxima "direito a ter direitos" reflete a necessidade do movimento neozapatista de se autodeterminar, sendo este um dos maiores pilares da luta dos povos originários na América Latina, evidencia a busca pelo atendimento às demandas básicas de forma autônoma ao governo, à contra pelo das opressões cometidas pelo Estado quanto a não observância da pluralidade étnica, cultural e social dos indivíduos na promulgação de direitos. Aliado à cosmovisão indígena, ocorre um movimento "desde abajo" na luta por trabalho, terra, teto, alimentação, saúde, educação, independência, liberdade, democracia, justiça e paz, para tanto se faz necessário compreender que seus vínculos com a terra e o território não são materiais, e, perpassam pela ancestralidade. Ademais, o movimento nos faz refletir sobre a desarmônica relação entre a cultura hegemônica e as tradições culturais, que regulamentam a convivência de determinados grupos, e atravessam as relações sociais sob práticas autônomas de

resistência diante da ineficácia jurídica do Estado quanto à preservação da memória e identidade das culturas tradicionais e a própria essência do capitalismo neoliberal que buscando o lucro de qualquer maneira transforma culturas e tradições em objetos de consumo, sendo esta mais uma das etapas de um longo processo de etnocídio.

O Comum na América Latina, caracterizado pela luta indígena por território, identidade e autogoverno, riquezas simbólicas expropriadas pelo capital, dado através de práticas coletivas cotidianas representa uma grande subversão frente ao Estado hierárquico e burocrático, e aos novos desenlaces e formas de dominação neoliberais. Tais ações como a Cooperativa de artesanato "Mulheres pela Dignidade", com sua coordenação geral e representantes locais, além do coletivo de artesanato "Mulheres da Resistência" podem ser vislumbradas como formas de manutenção da existência e identidade dessas mulheres, estabelecendo diálogos com desenhos matriarcais decoloniais e o uso de práticas sustentáveis de manejo da terra, construção necessária em termos de Direitos a ter Direitos.

Através dessas elucidações, se constata a existência de diversos conceitos e sensos de justiça, decorrentes da diversidade de sujeitos, resistindo pelo direito de ser diferente sob a vigência de uma lei positivada que privilegia uma única forma de olhar. Refletindo em que medida pode-se perceber uma possibilidade emancipatória real que está em curso em situações de conflito e pode ser verificada empiricamente quando uma ação de classes subverte a dominação capitalista patriarcal e colonial tradicionalmente constituída no continente. Neste sentido o Neo Zapatismo deve ser visto e considerado de modo datado, como simultaneamente uma nova estratégia e uma forma de reação ao modelo hegemônico, a construção desta alternativa política e ideológica de experiência anticapitalista em um contexto subordinado ao capital. Em outras palavras a utopia neo zapatista não pode ser resumida em sua forma atual quanto ainda tem que lutar, mas como uma forma de ação tática estratégica para se poder chegar a outro mundo e então liberar suas crenças de modo mais livre e absoluto quando a derrota do capital estiver estabelecida.

REFERÊNCIAS

ADDOR, Felipe. *20 anos do movimento Zapatista: sensibilizando sem tomar o poder.* Publicado em 3 de abril de 2014. Disponível em <http://diplomatique.org.br/sensibilizando-sem-tomar-o-poder/> .

AGUILAR, Lola Cubells. *Las juntas de buen gobierno zapatistas: la construcción del pluralismo a través de la lucha por la autonomía*. Pluralismo jurídico y pueblos indígenas. XIII Jornadas Lascasianas Internacionales. Cifuentes, José Emilio Rolando Ordóñez (Org.). Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

AGUILAR, Raquel Gutiérrez; TRUJILLO, Mina Lorena Navarro. *Producir lo común para sostener y transformar la vida: algunas reflexiones desde la clave de la interdependencia.* Revista Confluências, v. 21, n.2, 2019.

ALIER, Joan Martinez. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. São Paulo: Contexto, 2007.

ALKMIN, Fábio Márcio. *Por uma geografia da autonomia: uma experiência da autonomia territorial zapatista em Chiapas, México.* Dissertação (mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2015.

ANDREO, Igor Luis. *Teologia da Libertação e Cultura Política Chiapaneca: O Congresso Indígena de 1974 e as raízes do Exército Zapatista de Libertação Nacional.* São Paulo: Alameda, 2013. 320 p.

BALLESTRIN, Luciana. *América Latina e o giro decolonial.* Revista Brasileira de Ciência Política, n 11, p. 89-117, Agosto de 2013. Acesso em 27 de julho de 2020. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522013000200004&lng=en&nrm=iso>.

BERCLAZ, Márcio Soares. *Da injustiça à democracia: ensaio para uma justiça de libertação a partir da experiência zapatista.* 2017. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba.

CÁMIN, Hector Aguilar; MEYER, Lorenzo. *A la sombra de la Revolución Mexicana.* 27ª Ed. México: Cal y Arena Editores, 2000.

CHRISTLIE, Paulina Fernández. *Justicia autónoma zapatista.* Zona Selva Tzeltal, México: Estampa/Ediciones Autónom@s, 2014.

ESPINOZA, Manuel Ignacio Martínez. *Las juntas de buen gobierno y los caracoles del movimiento zapatista: fundamentos analíticos para entender el fenómeno*. RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas, 2006, 5. Acesso em 24 de outubro de 2018 Disponível em:<http:/www.redalyc.org/articulo.oa?id=38050115>.

FIGUEIREDO, Guilherme Gitahy de. *A Guerra é o Espetáculo: Origens e Transformações da Estratégia do EZLN*. Dissertação (mestrado) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo. 2003.

GALEANO, Eduardo. Las vienas abiertas de América Latina. 1ª Ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: Novos ensaios em antropologia interpretativa*/ Clifford Geertz; tradução de Vera Mello Joscelyne. - Petrópolis, RJ: Vozes , 1997.

GOMES, Ana Paula. *A solidariedade autônoma zapatista: um estudo sobre a prática da agroecologia em rebeldia*. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

JUNIOR, José Gaspar Bisco. *Guerrilha em foco: a presença da mídia no discurso Zapatista, do seu surgimento até a Quinta Declaração da Selva Lacandona*. Dissertação (mestrado) - Instituto de Ciências e Letras, Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2007.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

_____. *O Amanhã não está a venda*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MAGÓN, Ricardo Flores. *A Revolução Mexicana*. São Paulo, SP: Intermezzo Editorial, 2019.

MARQUES, Luiz Antonio Barbosa Guerra. *Democracia, Justiça e Liberdade: Lições da escuelita zapatista*. Dissertação (mestrado) - Instituto de Ciências Sociais. Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

MIGNOLO, Walter. *"Antropólogo propõe descolonização cultural" entrevista concedida à Claudia Antunes*. Folha de São Paulo, 22 de maio de 2000. Disponível em < https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq2205200012.htm>.

MIGNOLO, Walter. *"Desafios para um continentes de muitas faces"*. Jornal O Globo, 16 de janeiro de 2010. Disponível em https://pib.socioambiental.org/pt/Not%C3%ADcias?id=77637

MIGNOLO, Walter. *La opción decolonial: desprendimiento y apertura*. Um manifiesto y un caso. Revista Tabula Rasa, n.8, p. 243-282. 2008.

NAVARRO, Luiz hernandez. *O café e a guerra*. IN: Chiapas, construindo a esperança (Org). ARELLANO, Alejandro Buenrostro y & OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino de Olivera (Org). Rio de Janeiro: Paz e terra. 2002.

ORNELAS, Raul. *A autonomia como eixo da resistência zapatista. Do levante armado ao nascimento dos Caracoles*. In: Hegemonia e contrahegemonia. In: CECEÑA, Ana Esther (Org). Hegemonias e Emancipações no Século XXI. Buenos Aires: CLACSO; 2005.

PRADO, Adonia Antunes.*O Zapatismo na Revolução Mexicana: uma leitura da Revolução Agrária do Sul*. Revista Estudos Sociedade e Agricultura, nº 20, abril 2003: 144-174. Acesso em 15 de novembro de 2018. Disponível em <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/vinte/adonia20.htm>

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. *Pluralismo jurídico y derechos humanos en la experiencia indígena mexicana de los últimos años*. Revista Direito e Práxis Vol. 4, n. 6, 2013, pp. 129-163.

ROCHA, Alma Guadalupe Melgarito. *Pluralismo jurídico: la realidad oculta; Análisis crítico-semiológico de la relación estados-pueblos indígenas*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

ROJAS, Carlos Antonio Aguirre. *Mandar obedecendo: As lições políticas do neozapatismo mexicano*. Tradução Coletivo Casa de Taipa. São Paulo/SP: Editora Entremares, 2019. 224 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *La reinvención del Estado y el Estado plurinacional*. In. OSAL, Buenos Aires, CLACSO, Año VIII, Nº 22, septiembre, 2007.

_____. Nuestra América. *Reinventando un paradigma subalterno de reconocimiento y redistribución*. In: Una epistemología del sur: la reinvención del conocimiento y de la emancipación social. México: Siglo XXI: CLACSO, 2009.

SHIVA, Vandana. *"Recursos Naturais"* (pp. 300-316). In: Sachs, Wolfgang. Dicionário do Desenvolvimento:Guia para o Conhecimento como Poder. Petrópolis: Vozes, 2000.

SPINELLI, Lucas Gebara. *Territórios da estratégia autonômica: os auto-governos rebeldes e a política zapatista*. Dissertação (mestrado) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2011.

TEIXEIRA, Elisabeth. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Texto contexto - enferm. [online]. 2006, vol.15, n.1 [cited 2020-12-16], pp.162-163. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072006000100021&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1980-265X.

Sítio eletrônico dos comunicados da EZLN:

Enlace Zapatista <http://enlacezapatista.ezln.org.mx/>

O DESENVOLVIMENTO ENERGÉTICO (IN)SUSTENTÁVEL BRASILEIRO: pontos e contrapontos socioambientais

Andreza A. Franco Câmara
Universidade Federal Fluminense, Professora Adjunta do Departamento de Direito de Macaé, Macaé, Brasil, andrezafranco@id.uff.br

Marcos Átalo de Almeida Souza
Universidade Federal Fluminense, Curso de Direito de Macaé, Bolsista FAPERJ, Macaé, Brasil, marcosatalo@yahoo.com.br

Paulo Brasil Dill Soares
Universidade Federal Fluminense, Professor Adjunto do Departamento de Direito de Macaé, Macaé, Brasil, paulobrasildillsoares@id.uff.br

Resumo: O presente trabalho pretende estabelecer um debate acerca do discurso desenvolvimentista mundial e sua imposição à países emergentes, especificamente sobre o Brasil, sob o enfoque da produção de energia, base do atual sistema capitalista, desconsiderando sua cultura e população local. O Brasil, importante país dentre os considerados emergentes, tem tentado incansavelmente fazer parte da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), organização econômica conhecida como "clube dos ricos". Todavia, devido à crise interna pela qual o país tem passado, foi retirado da lista de países em desenvolvimento dos Estados Unidos (EUA). A saída encontrada pelo governo, para satisfazer potências internacionais, foi intensificar a agenda econômica, concedendo privilégios e reformas a fim de acelerar o desenvolvimento do país. Neste aspecto, a hipótese central consiste em identificar a mudança do cenário energético brasileiro, que tem se transformado lentamente, passando de uma matriz elétrica majoritariamente renovável, principalmente devido a utilização de hidroelétricas, para uma matriz não renovável, tendo como principal fonte usinas termoelétricas, que utilizam combustível fóssil, nuclear e biomassa. Tal política estatal vêm colidindo com os preceitos do desenvolvimento sustentável e inclusivo apregoados pelos tratados internacionais em matéria ambiental, que o Brasil se tornou signatário. Contudo, este não é um movimento recente, sendo implementado desde que o país sofreu um "apagão" no início da década dos anos 2000. Sob o discurso da utilização da energia elétrica como base para o desenvolvimento nacional, tem-se subjugado os danos ambientais decorrentes desses empreendimentos para equiparar o país aos ditos desenvolvidos. A metodologia adotada será a revisão de literatura e análise de fontes secundárias oriundas das agências governamentais sobre o panorama energético brasileiro.

Palavras-chave: Desenvolvimento brasileiro; meio ambiente; produção energética.

INTRODUÇÃO

Dentre o final do século passado e o início deste, com o fenômeno que ficou conhecido como "apagão", os debates acerca da produção de novas formas de energia, especialmente para suprir a atividade industrial e o crescimento econômico, têm se mostrado necessário. Em particular, no que concerne a relação entre produção de energia e meio ambiente, tendo em vista a escolha prioritária de termoelétricas e pequenas hidroelétricas para compor o modelo energético brasileiro; especialmente, por estes modelos exigirem baixo investimento quando comparado aos demais, bem como em razão da rápida instalação e início de produção energética.

Complementarmente, devido à crise econômica enfrentada pelo Brasil nos últimos anos, que ocasionou, inclusive, em sua retirada da lista de países em desenvolvimento dos EUA, fez com que o país intensificasse sua agenda econômica em detrimento da proteção ambiental. Esta mudança de paradigma, em especial, no que concerne a produção de energia, entretanto, não é recente.

Nesse sentido, o relatório Balanço Energético Nacional (BEN), utilizando como parâmetro o ano de 2018, demonstrou que as principais fontes para a produção de energia elétrica são as hidroelétricas (incluindo importação) e que utilizam gás natural, responsáveis por 66,6% e 8,6% respectivamente da produção de energia total. Como consequência do alto uso de energia proveniente de hidroelétricas, o Brasil possui 83.3% de sua matriz elétrica renovável, considerando os dados obtidos até aquele ano.

Todavia, este quadro tende a mudar gradativamente, haja vista o constatado no último Relatório de Acompanhamento da Implantação de Empreendimentos de Geração, publicado em março de 2018 (com dados obtidos em 2017), demonstrou os principais resultados da implementação de novos empreendimentos referentes a energia elétrica. No estudo foram previstas a instalação de 21 Usinas Hidrelétricas (UHE) e 156 Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCH), contra 167 usinas termelétricas (UTE), abarcando as que utilizam combustível fóssil, nuclear e biomassa. Desse modo, a hipótese central consiste em demonstrar que a mudança do cenário energético brasileiro, que tem se transformado lentamente, passando de uma matriz elétrica majoritariamente

renovável, principalmente devido a utilização de hidroelétricas, para uma matriz não renovável, tendo como principal fonte usinas termoelétricas, que utilizam combustível fóssil, nuclear e biomassa.

Ademais, importa ressaltar que o estudo considerou apenas usinas com outorgas válidas, desprezando o quantitativo de usinas que comercializaram energia em leilão, bem como aquelas que não possuíam outorga de concessão ou autorização do Poder Concedente. Para tanto, a metodologia adotada será a revisão de literatura, análise de fontes secundárias oriundas das agências governamentais sobre o panorama energético brasileiro e o estudo de caso sobre o empreendimento termoelétrico localizado no Município de Macaé, no Norte Fluminense, denominado Usina Termoelétrica Nossa Senhora de Fátima.

1. O desenvolvimento na era do meio ambiente: para além do crescimento econômico

A recente onda de conscientização ambiental é marcada, inicialmente, por princípios preservacionistas, envolvendo novos movimentos sociais e reivindicações de caráter ecocêntrico, seguido, na modernidade, pelo discurso do risco48 e escassez (BECK, 2010; GIDDENS, 2007) e pelos efeitos produzidos a partir dos conflitos sociais envolvendo questões públicas que decorreram da implantação de uma ordem mercadológica que permeia as relações públicas, o cenário internacional e as agendas políticas, ao longo das décadas de 70 e 80.

O primeiro importante marco para essa nova era foi, sem dúvida, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em Estocolmo, em 1972, cuja pauta principal era a relação do meio ambiente e o desenvolvimento. Ela foi precedida pelo encontro Founex, de 1971, organizado pelos coordenadores da Conferência de Estocolmo.

Entre os anos de 1972 a 1986, a Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento elaborou o Relatório Brundtland. Nesse relatório, surge o embrião do conceito de desenvolvimento sustentável ou ecodesenvolvimento, baseado na promoção socioeconômica com equidade. A equidade[1] social é uma meta do desenvolvimento, mas, os novos padrões de concorrência econômica

[1] A equidade é entendida como a igualdade de oportunidade de desenvolvimento humano da população, respeitando a diversidade sociocultural, assegurando a qualidade de vida e a qualificação para a cidadania e para o trabalho decente.

global estão se tornando uma condição fundamental para a competitividade entre os países, e isso afeta a equidade social.

O conceito de desenvolvimento sustentável, segundo o Relatório Brundtland, procura responder aos problemas e as desigualdades sociais e ambientais do planeta. Nesta definição, vemos que o desenvolvimento sustentável é "uma correção, uma retomada do crescimento, alterando a qualidade do desenvolvimento, a fim de torná-lo menos intensivo de matérias primas e mais equitativo para todos", e, ao mesmo tempo, "um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com as necessidades atuais e futuras" (CMMAD, 1987).

Dentre os críticos iniciais a essa matriz de ecodesenvolvimento prescrita no Relatório Brundtland encontram-se Goodland (1991), ao mencionar as visões reducionistas dadas pela ecologia e pela economia na formulação desse conceito. Como observa Sachs (1994), de Founex a Estocolmo e até o Relatório Brudtland, a ênfase era dada a um aumento do crescimento econômico, acompanhado por modificações quanto à sua forma, ao conteúdo, aos usos sociais orientados para a satisfação das necessidades básicas e essenciais, dirigida à repartição equilibrada de renda e de técnicas de aproveitamento dos recursos naturais.

O "crescimento zero" previsto no encontro de Founex e, mais tarde, na Conferência de Estocolmo, foi rejeitado pela disparidade entre as receitas dos Estados e no seu interior, assim, a opção de suspender o crescimento, distribuir igualitariamente a renda e as propriedades dos indivíduos era impossível de ser feita naquele momento. Desse modo, a conservação da biodiversidade pelo não uso dos recursos era algo inimaginável naquele período, como é até hoje. Sachs entende que o objetivo deveria ser o do "estabelecimento de um aproveitamento racional e ecologicamente sustentável da natureza em benefício das populações locais, levando-as a incorporar a preocupação com a conservação da biodiversidade aos seus próprios interesses" como um componente indispensável do desenvolvimento (2008a, p. 53).

Ignacy Sachs (2008b) acrescenta ao conceito de desenvolvimento sustentável e à dimensão da sustentabilidade ambiental a denominada sustentabilidade social. Esta é baseada no duplo imperativo ético de solidariedade sincrônica com as gerações atuais e da solidariedade diacrônica com as gerações futuras. Essa solidariedade obriga os agentes do crescimento "selvagem" a elaborarem outras estratégias, para gerar um crescimento não inflacionário e

induzido pela liberdade de trabalho, dotado pela disponibilidade de bens de salário e uso racional dos recursos naturais.

Sachs (2008b) considera que o desenvolvimento sustentável se baseia em cinco pilares. O social, compreendido como a criação de processo de desenvolvimento que seja sustentado por um crescimento econômico cuja meta é construir uma civilização com maior equidade na distribuição de renda e de bens, de modo a reduzir o abismo entre os padrões de vida das classes. O econômico, baseado na alocação e no gerenciamento mais eficiente dos recursos e no fluxo constante de investimentos públicos e privados. As configurações externas negativas decorrentes do ônus do serviço da dívida e da saída líquida de recursos financeiros dos países do Sul, que baseiam, em regra, suas economias em trocas desfavoráveis, aliada às barreiras protecionistas ainda existentes no Norte e do acesso limitado à ciência e tecnologia, são desafios a serem superados pelos governos. A eficiência econômica deve ser avaliada em termos macrossociais, pois o critério da rentabilidade empresarial de caráter microeconômico já se mostrou fadado ao fracasso. A viabilidade econômica é *conditio sine qua non* para que os programas e processos aconteçam.

O pilar ambiental deve ser fomentado por meio das seguintes ferramentas: i) intensificação do uso do potencial de recursos dos diversos ecossistemas, com um mínimo de danos aos sistemas de sustentação da vida; ii) limitação do consumo de combustíveis fósseis e de outros recursos e produtos que são facilmente esgotáveis ou danosos ao meio ambiente, substituindo-os por recursos ou produtos renováveis e/ou abundantes, usados de forma não agressiva ao meio ambiente. No caso brasileiro, Sachs adverte que há uma "chance de pular etapas para chegar a uma moderna civilização de biomassa, alcançando uma endógena 'vitória tripla', ao atender simultaneamente os critérios de relevância social, prudência ecológica e viabilidade econômica, os três pilares do desenvolvimento sustentável" (2008a, p. 35); iii) redução do volume de resíduos e de poluição, através da conservação de energia e de recursos e da reciclagem; iv) autolimitação no consumo de materiais por parte dos países ricos e dos indivíduos em todo o planeta; v) intensificação da pesquisa tecnológica de baixo teor de resíduos e eficientes no uso de recursos para o desenvolvimento urbano, rural e industrial; vi) normatização adequada à proteção ambiental, redefinindo a máquina institucional e escolhendo os melhores instrumentos econômicos, legais e administrativos necessários para o seu cumprimento.

A base territorial é alcançada com uma configuração rural-urbana mais equilibrada e uma melhor distribuição territorial de assentamentos urbanos e atividades econômicas, com ênfase na redução da concentração excessiva nas áreas metropolitanas, contenção da destruição de ecossistemas frágeis, mas de importância vital, através de processos de colonização sem controle, promoção da agricultura e a exploração agrícola das florestas através de técnicas modernas, regenerativas, por pequenos agricultores, por meio do uso de pacotes tecnológicos adequados, do crédito e do acesso a mercados, e, por fim, exploração do potencial da industrialização descentralizada, acoplada à nova geração de tecnologias, com referência especial às indústrias de biomassa e do seu papel na criação de oportunidades de emprego não agrícolas nas áreas rurais, com a criação de uma rede de reservas naturais e de biosfera para proteger a biodiversidade.

Finalmente, o pilar cultural com o fomento de processos de modernização e de sistemas agrícolas integrados, processos que busquem mudanças dentro da continuidade cultural e que traduzam o conceito normativo de ecodesenvolvimento em um conjunto de soluções específicas para o local, o ecossistema, a cultura e o território.

O desenvolvimento sustentável deve ter capacidade local de planejamento, entendida como a competência de identificar gargalos e recursos ociosos e superá-los, estimular a mobilização de recursos e iniciativas locais, reabilitar o sistema financeiro nacional com a capacidade de atender às necessidades das empresas e do financiamento de obras públicas, e, por fim, a reforma fiscal. Sachs (2008b, p. 82) considera que apenas com o emprego decente será assegurado a sustentabilidade social e o crescimento econômico. Tal abordagem dá ênfase à distribuição primária de renda, ao invés do padrão excludente de crescimento corrigido com políticas compensatórias financiadas com a redistribuição de uma parcela do PIB.

A "Revolução ambiental"[2] teve consequências éticas e epistemológicas, as quais influenciariam o pensamento sobre o desenvolvimento. Os conceitos de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade passaram a incorporar-se aos textos e as ações não governamentais e de instâncias públicas, nacionais e internacionais e das agências multilaterais, que criaram condições políticas para a

[2] O termo "Revolução ambiental" foi criado pela primeira vez por Nicholson (1970) e, posteriormente, empregado nos trabalhos de Sachs (1994, 2008a).

defesa de outras articulações nacionais e internacionais como a ECO-92 e de acordos e convenções internacionais sobre questões ambientais globais e locais.

Na ausência de uma globalização includente as estratégias de desenvolvimento continuaram tendo por base o território dos Estados-Nação. Cabe, portanto, uma indagação: qual o tipo de Estado, qual o tipo de mercados, e para qual tipo de desenvolvimento idealizamos o futuro? A resposta poderá estar no uso das biotecnologias, segundo Sachs, pois elas terão um "papel primordial neste esforço de alcançar ambas as extremidades da cadeia de produção, propiciando, por um lado, um aumento na produtividade de biomassa e, por outro lado, permitindo uma expansão na faixa de produtos dela derivados: biodiversidade, biomassa e biotecnologia" (2008a, p. 30).

Outra saída é o empoderamento das comunidades e a abertura de espaços para a democracia direta como chave para os processos de desenvolvimento, baseados em economias mistas com amplo diálogo, negociações e vínculos contratuais entre os atores do desenvolvimento. Contudo, destaca Sachs que "não é possível construir uma estratégia de desenvolvimento simplesmente agregando iniciativas locais de desenvolvimento, no mínimo porque estas iniciativas devem ser harmonizadas, na busca de arranjos colaborativos e sinergias, para evitar duplicações antieconômicas". Conclui que o planejamento para o desenvolvimento sustentável deve alcançar um processo interativo, com visão compartilhada pela maioria dos cidadãos sobre valores e a sua conversão em objetivos sociais e a inserção do país num mundo globalizado (SACHS, 2008b, p. 62).

Considerando o papel do meio ambiente como um negócio na economia mundial, Sergio C. Buarque chama a atenção para o novo paradigma emergente de desenvolvimento e as incertezas geradas, destacadamente, em relação às condições de competitividade.

Segundo Buarque, os "serviços ambientais" contribuirão para o equilíbrio e funcionamento da natureza e, portanto, da economia mundial, resultado da conjunção de diversos ecossistemas para formação do solo, abastecimento de água, entre outros que interagem no ecossistema global. As negociações mundiais em torno da distribuição equitativa do direito ao meio ambiente levariam à criação de cotas nacionais equivalentes à população. As cotas de poluição passariam a constituir um negócio mundial, vide o caso do Protocolo de Kyoto. Em outra esteira, a revolução tecnológica e organizacional suscita

intensas modificações nos padrões de competitividade entre nações e regiões e nas relações entre a economia e a natureza (BUARQUE, 2008, p. 19).

As propostas contemporâneas de desenvolvimento acentuam o papel do planejamento como um instrumento indispensável para orientar o futuro. O Estado ganha nova relevância na medida em que a sociedade se orienta para o desenvolvimento sustentável. O Estado deve atuar em áreas em que o mercado não é eficaz como regulador espontâneo da economia, destacadamente, num novo estilo de desenvolvimento que prima pela conservação ambiental, pelo crescimento econômico e pela equidade social.

Cabe ressaltar que, a noção contemporânea de desenvolvimento implica em considerar os diferentes componentes da visão abrangente que enfatiza aspectos indissociáveis dessa nova concepção, o que requer uma nova agenda de políticas públicas voltada para a consecução desse conjunto de metas coletivas, com o auxílio de um aparato institucional adequado e de mecanismos de governança capazes de fortalecer as competências e a coordenação do Estado.

Nesse sentido, Buarque entende que a "complexidade que encerram as alternativas de desenvolvimento, a multiplicidade de agentes, atores e instituições que devem envolver, assim como a necessidade de democracia e participação, ressaltam a necessidade do planejamento como ferramenta de ação do Estado" (2008, p. 23). Tendo em vista que, a proposta de desenvolvimento sustentável sinaliza para uma revisão do modelo atual de organização e planejamento do crescimento estritamente econômico para o viés ético evidenciado pela consciência da insustentabilidade do modelo que amplia o grau de pobreza, desigualdades sociais e custos sociais e ambientais, torna-se difícil e complexo o cumprimento de seus objetivos, por requerer alterações estruturais e apresentar fortes resistências sociais e políticas, em razão dos privilégios e práticas consolidados, destacadamente nos países tidos como desenvolvidos.

Os avanços tecnológicos estão possibilitando a redução das pressões antrópicas do crescimento sobre o ambiente, que marcou praticamente toda a história do capitalismo e do mercado, como estrutura determinante da alocação dos fatores de produção econômica. Desse modo, a transição para um novo paradigma de desenvolvimento está intimamente ligada ao acelerado processo de globalização com a intensa integração econômica, a composição de blocos e a formação de redes empresariais com atuação mundial. Todavia, a preocupação com o desenvolvimento regional e local, e a descentralização econômica, social e política são sentidas em diversos movimentos e ações pelo globo.

Nos itens que se seguem, serão apresentados elementos para demonstrar os efeitos dessa tese a partir do estudo de caso do empreendimento termoelétrico localizado no Município de Macaé, no Norte Fluminense, denominado Usina Termoelétrica Nossa Senhora de Fátima.

2. Descrição do empreendimento

A Usina Termoelétrica Nossa Senhora de Fátima, localizada na cidade de Macaé (RJ), funciona sob planta de Ciclo Combinado, que utiliza um ciclo de turbina a gás acoplado a um ciclo de turbina a vapor (TOLMASQUIM, 2016, pág. 78-80), ou seja, a partir de dois ciclos térmicos que, juntos, são mais eficientes do que quaisquer um dos dois isoladamente (PINTO, 2015, p. 15-16).

Quando em funcionamento, a termoelétrica irá representar um aumento de 0,9% da produção de energia nacional, mas considerando apenas a produção termoelétrica a gás natural, A Usina Nossa Senhora de Fátima será responsável pelo crescimento de 10,8% de toda a produção do país, o que corresponde a 29% do consumo médio anual do estado do Rio de Janeiro, tendo como parâmetro o Plano Decenal de Expansão de Energia 2026 (EIA, 2018). Mas, em razão do Sistema Interligado Nacional, a energia produzida não será destinada ao abastecimento estadual em específico, ao contrário, terá caráter nacional. Para tanto, será necessária a construção da própria Usina, um gasoduto dedicado para abastecimento e uma linha adutora de água, um emissário de efluentes tratados para lançamento no Rio Macaé, além da linha de transmissão de Furnas e o aprimoramento da subestação.

O estado do Rio de Janeiro foi escolhido para a construção deste empreendimento, além de outras usinas termoelétricas, devido a seu aspecto geográfico. Em seu território geográfico, ou em suas proximidades, há exploração de petróleo e seus derivados, aqui considerando especificamente o gás natural, tanto no pós-sal quanto no pré-sal, nas bacias de Campo e de Santos. Além disso, o estado já conta com sólida rede de gasodutos e linhas de transmissão para distribuição da energia produzida.

Nesse sentido, em todo o estado 5 áreas foram consideradas, especialmente devido aos mananciais presentes em seus territórios, para a instalação da Usina Termoelétrica Nossa Senhora de Fátima. Sendo as regiões da bacia de São João, do baixo rio Paraíba do Sul, do baixo rio Macaé, da bacia dos

rios Guapiaçu e Macacu e a região da bacia do rio Guandu. Todavia, as regiões da bacia de São João e dos rios Guapiaçu e Macacu foram primariamente descartadas em razão de unidades de conservação presentes e baixa disponibilidade hídrica para o empreendimento, respectivamente.

A região da bacia do rio Guandu, que compreende os municípios de Japeri, Piracambi, Queimados e Seropédica, apesar de já possuir infraestrutura necessária, onde encontra-se as UTE Barbosa Lima Sobrinho e UTE Baixada Fluminense, que utilizam gás natural, encontra limitação por não possuir insumo (gás natural) suficiente para produção energética através de termoelétrica. Pelo mesmo motivo também fora desconsiderada a região do baixo rio Paraíba do Sul, município de Campos Goytacazes, haja vista não possuir suprimento de gás natural suficiente para a produção de energia através de termoelétrica de grande porte, em que pese a proximidade da subestação de Furnas.

Em contrapartida, na cidade de Macaé (região do baixo rio Macaé) encontra-se o maior gasoduto em diâmetro da América do Sul e o maior sistema de compressão de gás natural do país (Gasduc III), razão pela qual a localidade possui suprimento de gás natural suficiente para produção de energia necessária à Usina Termoelétrica Nossa Senhora de Fátima.

Após a escolha da região que comportaria o empreendimento, a escolha da localidade em específico levou em consideração critérios como proximidade com o rio Macaé, para captação de água e descarte de efluentes, ventos dominantes da região de forma a evitar poluentes na região, proximidade da subestação de Furnas e compatibilidade com o zoneamento municipal.

O local escolhido para a construção da Usina Termoelétrica Nossa Senhora de Fátima foi a região de Severina (2º Distrito do município de Macaé), numa área de 20,8 hectares desmembrado da Fazenda Santa Rita. Cada hectare tem 10 mil m², ou seja, foi necessária uma área total de 208.000 m² para a construção da termoelétrica (CARVALHO, 2018). Deste imóvel também foi desmembrado os terrenos que hoje compreendem as Usinas Termoelétricas Norte Fluminense e Mario Lago. (RIMA, 2018) Para a construção e instalação do estabelecimento empresarial fora necessária a remoção de árvores nativas (EIA 1, 2018), inclusive espécies ameaçadas de extinção.

Todavia, a escolha do local a ser implementado o empreendimento foi na contramão do permitido pelo município em sua legislação. Assim, todo o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA)

fora realizado sobre uma área onde era vedada a construção da Usina Termelétrica. Não obstante, para atender aos interesses do empreendimento a Câmara Municipal aprovou, em agosto de 2017, o projeto de lei que ampliou a Zona Industrial 4 (ZI-4) dentro da Macrozona de Uso Urbano (MAU) do município, tornando possível a construção da Usina Termoelétrica Nossa Senhora de Fátima no local planejado. Após a aprovação da legislação pertinente, a empresa responsável pela construção da UTE influenciou a ampliação da ZI-4 além do limite da MAU, para que passasse a abranger também uma parcela da Macrozona de Uso Natural (MUN), sob o argumento de "ampliar a infraestrutura básica necessária para um novo ciclo de crescimento da região" (EIA, 2018).

O discurso empregado para a ampliação da ZI-4, abarcando parte Macrozona de Uso Natural, apresenta-se, inclusive, de forma diversa ao estabelecido no Plano diretor do município (LCM 76/2006), que tem como objetivo, no que tange a política ambiental, "ampliar as áreas verdes e áreas protegidas do Município" (art. 66, V). Entretanto, o projeto foi aprovado por unanimidade. Ademais, também forma aprovadas as emendas propostas, sendo uma destas destinada a incluir as termelétricas dentre as possibilidades de negócios a serem instaladas na ZI-4.

Ainda, de forma a encontrar o apoio da população para aprovação do projeto, o principal discurso empregado pelo empreendimento e poder público é o da geração de emprego, especialmente neste período em que o país enfrenta forte crise econômica e recessão, minimizando o impacto ambiental decorrente da instalação da termelétrica. Todavia, é desconsiderado a transitoriedade das obras para construção e instalação da usina termelétrica, além da consequente queda do número de funcionários necessários a manutenção após sua instalação. Nesse sentido, com previsão de 42 meses de duração, a construção do empreendimento terá o pico de mão de obra de 2.000 trabalhadores, entretanto, apenas dentre o 24º e o 28º mês, após este período, durante a fase de operação, serão necessários apenas 40 funcionários para o seu regular funcionamento.

Os efeitos decorrentes deste súbito crescimento populacional, ocasionado pela contratação temporária de um exército de trabalhadores da construção civil, bem como da geração de empregos indiretos (estimados em três postos de trabalho indireto para cada trabalhador diretamente contratado pelo empreendimento) são sentidos tanto pela Administração Pública quanto pela população local, em razão do aumento da demanda por serviços básicos não previstos no orçamento, bem como aumento de preço de serviços e produtos,

como moradia. Ainda, com os dados de necessidade de mão de obra fornecidos pelo próprio empreendimento, Administração Público e comunidade local ainda terão de enfrentar os problemas decorrentes do desemprego desta nova parcela da população, como aumento de criminalidade e moradias irregulares.

3. A problemática da Avaliação de Impacto Ambiental isolada

Avaliação de Impacto Ambiental é o conjunto de estudos preliminares ambientais, utilizados como subsídio para análise da licença requerida (SIRVINSKAS, 2018), ou seja, o interessado em implantar determinado empreendimento realiza o estudo e fornece os resultados à administração pública para que seja concedido, ou não, a licença para construção (TRENNEPOHL, 2020). A Resolução 237/97 do CONAMA determina a realização de prévio estudo ambiental para todas as atividades efetivas ou potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental (art. 3º), nesse sentido, compreende-se como significativa degradação ambiental toda "modificação ou alteração substancial e negativa do meio ambiente, causando prejuízos extensos à flora, à fauna, às águas, ao ar e à saúde humana" (SIRVINSKAS, 2018).

Instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, a Avaliação de Impacto Ambiental possui natureza jurídica de procedimento público, apesar de ser custeado pelo empreendimento, via de regra, privado. Desta forma, durante todo o processo de concessão da licença ambiental há intervenção do órgão público ambiental, que visa garantir a observância dos parâmetros legais impostos. Necessariamente, deve atender as diretrizes e procedimentos previstos nos arts. 5º e 6º da Resolução 01/86 do CONAMA, todavia Estados e Municípios também podem fixar outras condições necessárias a realização do estudo.

Dentre as modalidades de Avaliação de Impacto Ambiental, o mais referenciado no sistema jurídico brasileiro é o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), que possui fundamento constitucional (art. 225, § 1º, IV, CF) e é regulamentado pela Resolução 01/86, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). O EIA é um documento técnico multidisciplinar amplo e complexo, com revisão de literatura, estudos de campo e coleta de dados, razão pela qual mostra-se inacessível a população em geral. Por isso, há determinação do CONAMA (art. 9º, parágrafo único, Resolução 01/86 do CONAMA) para

que também seja elaborado o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), que apresenta as conclusões do EIA a comunidade.

No Brasil, alguns textos legais utilizam a sigla do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), enquanto outros utilizam a terminologia de Estudo de Impacto Ambiental (EIA). Esta última é a terminologia utilizada pela Resolução Conama nº 01/1986 e Lei nº 9.985/2000 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), enquanto EPIA é derivado da acepção constitucional, especificamente o art. 225, § 1º, IV, CF.

Nesse sentido, o EIA deve, obrigatoriamente, abordar um conteúdo mínimo, em observância ao art. 6º da Resolução 01/86 do CONAMA. Urge destacar que, em caso de inobservância deste preceito legal, pode ocorrer a cassação da licença ambiental. Assim, cabe ao empreendimento que deseja realizar a instalação e construção do projeto realizar um diagnóstico ambiental completo da área de influência, com análise dos recursos ambientais e suas interações, considerando o meio físico (subsolo, solo, ar, água e clima), biológico e ecossistemas naturais (fauna e flora, devendo destacar as espécies indicadoras de qualidade ambiental) e meio socioeconômico (uso e ocupação do solo, uso das águas, devendo considerar monumentos arqueológicos, históricos e culturais da Área de Influência).

Nesse sentido, conforme determinação da Resolução 01/86, CONAMA, o estudo deve obrigatoriamente delimitar a Área de Influência do projeto. Área de Influência é a extensão territorial (também sendo considerado espaço aéreo e aquático) direta ou indiretamente afetada pelo empreendimento, positiva ou negativamente, considerando as fases de implantação e operação deste. Não há determinação legal da extensão territorial da área de influência, o que tem gerado divergência dentre a área delimitada no estudo e os efeitos negativos enfrentados após o início das atividades. A Área de Influência Direta (AID) sofre impacto diretamente em razão do empreendimento, tendo alteração as relações sociais, econômicos e culturais, bem como no meio biológico. Já a Área de Influência Indireta (AII), sofrem impactos de forma indireta, em razão do empreendimento.

A Resolução 305/2002 do CONAMA, classifica Área de Influência Direta e Indireta como:

> Área de influência direta - Área necessária à implantação de obras/atividades, bem como aquelas que envolvem a infraestrutura de operacionalização de testes, plantios, armazenamento, transporte,

> distribuição de produtos/insumos/água, além da área de administração, residência dos envolvidos no projeto e entorno.
> Área de influência indireta - Conjunto ou parte dos municípios envolvidos, tendo-se como base a bacia hidrográfica abrangida. Na análise socioeconômica, esta área pode ultrapassar os limites municipais e, inclusive, os da bacia hidrográfica. (CONAMA, 2002)

Além disso, deve o empreendimento realizar uma análise dos impactos ambientais do projeto e suas alternativas, de forma a identificar e interpretar os prováveis impactos relevantes, descriminando, especialmente, os impactos positivos e negativos, imediatos e a médio e longo prazo, isso tudo nas Áreas de Influência Direta e Indireta. E especificando o grau de reversibilidade destes impactos e sobre quem recairá os benefícios e encargos do projeto.

Por fim, determina a Resolução 01/86 do CONAMA que o estudo deve especificar medidas que atenuem os impactos negativos, bem como a elaboração de programa de acompanhamento e monitoramento do empreendimento, detalhando quais equipamentos e sistemas de controle serão adotados e indicando fatores e parâmetros a serem adotados.

O Relatório de Impacto Ambiental é uma apresentação simplificada do EIA (TRENNEPOHL, 2020), expondo as conclusões deste a comunidade de maneira didática, em formato objetivo e acessível (MELO, 2017), isso porque tais empreendimentos são, via de regra, construídos e instalados fora de grandes centros, especialmente longe das classes mais abastadas, razão pela qual pode o Relatório possuir linguagem jornalística podendo ser apresentado na forma de álbum seriado, filme ou mesmo um relatório escrito. Em todos os casos, quanto mais ilustrado, com fotos, mapas ou esquemas maiores será o público atingido pelas informações apresentadas.

A Resolução 01/86 do CONAMA determina quais são os requisitos mínimos do Relatório em seu art. 9º, assim, o RIMA obrigatoriamente deve conter os objetivos e justificativas do projeto, a descrição de matéria prima, mão de obra detalhando os empregos diretos e indiretos gerados, fontes de energia, prováveis efluentes e emissões, resíduos de energia, bem como possíveis alternativas para as tecnologias utilizadas. Além disso, deve apresentar os resultados obtidos no diagnóstico ambiental, os impactos ambientais e descrição da qualidade ambiental causados pelo empreendimento, medidas mitigatórias quanto aos impactos negativos e programas de monitoramento destes impactos

e a recomendação quanto à alternativa mais favorável de todas as apresentadas, tecendo as devidas conclusões (BRASIL, 1998).

Cumpre destacar que o Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental não objetivam tornar lícito o licenciamento ambiental, ou seja, o estudo, e consequente relatório, não tem a função precípua de preencher requisitos legais a fim de viabilizar a construção e instalação do empreendimento (TRENNEPOHL, 2020). Ao contrário, a função e objetivo do EIA e do RIMA é analisar possíveis impactos, sejam positivos ou negativos, no espaço geográfico delimitado como Área de Influência Direta e Indireta.

Todavia, a realidade fática das Avaliações de Impacto Ambiental no Brasil, especialmente por serem fomentadas com recursos dos empreendimentos interessados, tem se mostrado defesas prévias do empreendimento, indo de encontro a normas ambientais e omitindo informações objetivando a licença do órgão ambiental (TRENNEPOHL, 2020). De forma a tentar impedir quaisquer transgressões ou omissões, a Lei 9.605/98 passou a prever, em seu art. 69-A, que é crime apresentar Estudo Ambiental total ou parcialmente falso ou mesmo enganoso, inclusive por omissão (BRASIL, 1998). Em complemento, cumpre destacar que, em decorrência da teoria do risco integral, a responsabilidade do causador do dano ambiental é objetiva, ou seja, responde pelos danos causados por sua atividade, independente da intenção de causá-lo (BRASIL, 1981), assim, não há que se falar em nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano, bastando a comprovação do sinistro.

No que tange a Usina Termoelétrica Nossa Senhora de Fátima, ao confrontar o EIA/Rima realizado pelo empreendimento com o Relatório Síntese do Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica Macaé e das Ostras, publicado em fevereiro de 2014 e elaborado com a participação do Instituto Estadual do Ambiente (INEA), Secretaria Estadual do Ambiente (SEA) e do Comitê da Bacia Hidrográfica Macaé e das Ostras, tem-se que não fora observado globalmente o ecossistema da Região Hidrográfica Macaé e das Ostras (RH VIII), localizada na faixa costeira central-norte do estado do Rio de Janeiro. Situada entre dois polos de desenvolvimento, ao sul pelo turismo comercial, especialmente a Região dos Lagos, e ao norte com o setor petrolífero, destacando-se as cidades de Campos e Macaé, conta com uma área total de 1965 km^2.

Importa salientar que o estado do Rio de Janeiro possui nove Regiões Hidrográficas (RHs), sendo esta divisão administrativa dada para propiciar a

gestão dos Recursos Hídricos do estado, bem como facilitar estudos hídricos regionais.

Assim, tem-se Região Hidrográfica Baía da Ilha Grande (RH I) compreende os municípios de Paraty e Angra dos Reis e parte do município de Mangaratiba; a Região Hidrográfica Guandu (RH II) abrange os municípios de Engenheiro Paulo de Frontin, Itaguaí, Japeri, Paracambi, Queimados e Seropédica e parcialmente os municípios de Barra do Piraí, Mangaratiba, Mendes, Miguel Pereira, Nova Iguaçu, Piraí, Rio Claro, Rio de Janeiro e Vassouras; Região Hidrográfica Médio Paraíba do Sul (RH III) que abarca os municípios de Itatiaia, Resende, Porto Real, Quatis, Barra Mansa, Volta Redonda, Pinheral, Valença, Rio das Flores, Comendador Levy Gasparian e parte dos municípios de Mendes, Rio Claro, Piraí, Barra do Piraí, Vassouras, Miguel Pereira, Paty do Alferes, Paraíba do Sul e Três Rios; Região Hidrográfica Piabanha (RH IV) englobando os municípios de Areal, São José do Vale do Rio Preto, Sapucaia, Sumidouro, Teresópolis, bem como parcialmente os municípios de Carmo, Petrópolis, Paraíba do Sul, Três Rios e Paty do Alferes; Região Hidrográfica Baía de Guanabara (RH V) que contém os municípios de Niterói, São Gonçalo, ltaboraí, Tanguá, Guapimirim, Magé, Duque de Caxias, Belford Roxo, Mesquita, São João de Meriti, Nilópolis e parte dos municípios de Maricá, Rio Bonito, Cachoeira de Macacu, Petrópolis, Nova Iguaçu e Rio de Janeiro; Região Hidrográfica Lagos São João (RH VI) envolvendo os municípios de Silva Jardim, Araruama, Cabo Frio, Armação de Búzios, Saquarema, Iguaba Grande, São Pedro da Aldeia, Arraial do Cabo e parcialmente os municípios de Rio Bonito, Cachoeira de Macacu, Casimiro de Abreu, Rio das Ostras e Maricá; Região Hidrográfica Rio Dois Rios (RH VII) abarcando totalmente os municípios de Bom Jardim, Duas Barras, Cordeiro, Macuco, Cantagalo, São Sebastião do Alto e Itaocara, bem como parte dos municípios de Carmo, Nova Friburgo, Trajano de Moraes, Santa Maria Madalena e São Fidélis; Região Hidrográfica Macaé e das Ostras (RH VIII), que abarca completamente o município de Macaé e parcialmente os municípios de Carapebus e Conceição de Macabu, Casimiro de Abreu, Nova Friburgo e Rio das Ostras; e Região Hidrográfica Baixo Paraíba do Sul e Itabapoana (RH IX), que compreende os municípios de Quissamã, São João da Barra, Cardoso Moreira, Italva, Cambuci, Itaperuna, São José de Ubã, Aperibé, Santo Antônio de Pádua, Natividade, Miracena, Laje do Muriaé, Bom Jesus do Itabapoana, São Francisco do Itabapoana, Porciúncula e Varre-Sai, bem como parte dos municípios de Trajano de Moraes, Conceição de Macabu, Carapebus, Santa Maria Madalena, Campos dos Goytacazes e São Fidélis (RIO DE JANEIRO, 2013).

A Região Hidrográfica Macaé e das Ostras (RH VIII) é formada pelos rios Macaé, das Ostras, pela lagoa de Imboacica, limítrofe dos municípios de Rio das Ostras e Macaé, e por pequenos córregos e lagoas litorâneas. Assim, o Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica Macaé e das Ostras (PRH-Macaé/Ostras, 2014) possui o objetivo de reunir informações e apresentar as intervenções ocorridas na bacia dos rios Macaé e das Ostras objetivando aprimorar a gestão de águas da região. Para isso, foram avaliadas, com dados obtidos até 2012, a disponibilidade hídrica, a qualidade da água, bem como as condições para o equilíbrio do ecossistema presente, além disso, o estudo aponta os problemas atuais e os projeta para o futuro, de forma a antecipar soluções cabíveis até 2032.

Para tanto, fora considerado o balanço hídrico quantitativo e o balanço hídrico qualitativo. ((RELATÓRIO SÍNTESE, 2014, p. 62-84). O primeiro refere-se a diferença dentre a água disponível e a água consumida em toda a rede hidrográfica da região da bacia de Macaé e das Ostras, o resultado demonstrado é o comprometimento da disponibilidade hídrica da região, tendo sido considerado as demandas provenientes de captações superficiais, bem como os usuários de poços, sejam eles rasos ou profundos.

A região onde está localizada a Usina Termelétrica Nossa Senhora de Fátima (RIMA, 2014, p. 18-19), não considerada para o estudo, e outras termelétricas, no montante da confluência do rio Macaé com o rio São Pedro, já possuía comprometimento de 64% a $Q_{7,10}$ (RELATÓRIO SÍNTESE, 2014, p. 69). É nesta região que ocorre as captações de maior relevância social e econômica da região, haja vista ser utilizado para o abastecimento público da parte central da cidade de Macaé, para uso industrial (Petrobras) e para o uso de geração de energia em termelétricas (RELATÓRIO SÍNTESE, 2014, p. 69). Utilizada como estimativa de vazões mínimas, a $Q_{7.10}$ considera a vazão de sete dias de duração com dez anos de recorrência. É adotada como referência para a outorga de direitos de uso de água pelo INEA, por ser recomendado a utilização de dados históricos de ao menos 30 anos de registros de vazões diárias (KOEFENDER, p. 17-19, 2015; (RELATÓRIO SÍNTESE, 2014, p. 69).

Não obstante, mesmo considerando que parte da água utilizada pelas termelétricas retornam ao rio após sua utilização, haja vista o uso das termelétricas ser não-consuntivo, tem-se que, em 2012 e sem considerar a instalação da UTE Nossa Senhora de Fátima, mais da metade da vazão

remanescente do rio Macaé naquela região é comprometida pelas termelétricas (RELATÓRIO SÍNTESE, 2014, p. 69).

Além disso, as projeções realizadas no PRH-Macaé/Ostras demonstram que, com base no cenário analisado até 2012 e suas respectivas projeções para o futuro, tem-se que o trecho onde encontra-se a termelétrica Nossa Senhora de Fátima, denominado Severina, em 2022 terá comprometimento de 80% a 100% da $Q_{7,10}$, razão pela qual à época já não era mais aconselhado emissão de outorgas de direitos de uso de água neste trecho. Avançando 5 anos, em 2027, o estudo demonstrou que a área, bem como outras da PRH-Macaé/Ostras, terá comprometimento superior a 100% da $Q_{7,10}$ (RELATÓRIO SÍNTESE, 2014, p.93-96). Insta salientar que nestes prováveis cenários não foi- compreendida a demanda de água para irrigação, por ter baixa vocação econômica (RELATÓRIO SÍNTESE, 2014, p. 92).

CONCLUSÃO

Este trabalho traz consigo uma importante questão que deve ser analisada e debatida, por toda a sociedade, em todo empreendimento que altere o meio ambiente direta ou indiretamente, qual seja, até que ponto o desenvolvimento nacional deve respeitar o meio ambiente, ou se ao menos é necessário que o respeite.

Com base nos documentos e estudos analisados, a instalação de novos empreendimentos sequer deveria ser cogitada pelo Estado, compreendido aqui pelos órgãos responsáveis pela liberação das licenças necessárias a instalação de tais empreendimentos. Todavia, em sentido diametralmente oposto, o que ocorre atualmente é a crescente liberação de tais licenças, sob o discurso do desenvolvimento nacional e geração de empregos, que apesar de falho, conforme outrora demonstrado, encontra cada vez mais adeptos talvez pelo fato de que os efeitos nocivos oriundos de tais empreendimentos só serem percebidos a longo prazo, suficiente para instalação de diversas UTEs.

Atrelado a esta perspectiva, mostra-se urgente a realização de novos estudos na região em estudo acerca dos impactos ambientais decorrentes da instalação da Usina Termelétrica Nossa Senhora de Fátima, bem como de outras usinas termelétricas que estão tendo aval de entidades do governo responsáveis por sua fiscalização. Tais estudos devem ser independentes, sem nenhuma ligação com empreendimentos futuros, como os realizados pelo EIA/RIMA, contratados pelo empreendimento. Nesse sentido, destaca-se a urgente

necessidade de um novo Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica Macaé e das Ostras, para divulgar a sociedade como se encontra a bacia hidrográfica da região, bem como alternativas de uso das águas.

E, principalmente, é necessário abandonar o cientificismo ao tratar do tema, apresentando a sociedade e especialmente as comunidades locais diretamente afetadas, os resultados destes estudos, convidando-os a contribuir com seus saberes acerca do local para que possam, cientes dos impactos que cada empreendimento irá gerar, decidir conjuntamente sobre o futuro de sua comunidade.

REFERÊNCIAS

ANEEL. **Relatório de Acompanhamento da Implantação de Empreendimentos de Geração**. Brasília: Governo Federal, 2018. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/655816/14483518/Relat%C3%B3rio+de+Acompanhamento+da+Implanta%C3%A7%C3%A3o+de+Empreendimentos+de+Gera%C3%A7%C3%A3o+N11+Mar%C3%A7o+2018/c74e72f2-cc88-3ea6-5608-d596a4a33154?version=1.1>. Acesso em: 07 jan 2020.

BECK, Ulrich. **A sociedade do risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo, Editora 34, 2010.

BUARQUE, Sergio C. **Construindo o desenvolvimento local sustentável**: Metodologia de planejamento. São Paulo: Garamond, 2008.

CÂMARA, Andreza Aparecida Franco. O neodesenvolvimentismo e a questão ambiental: o papel da hidroeletricidade no sistema energético brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 1, Brasília, p. 220-245, 2017.

EPE. **Balanço Energético Nacional**: Relatório síntese/ano base 2018. 2019. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-377/topico-470/Relat%C3%B3rio%20S%C3%ADntese%20BEN%202019%20Ano%20Base%202018.pdf>. Acesso em: 10 set 2020.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. O que a globalização está fazendo de nós. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed., Rio de Janeiro: Record, 2007.

INEA. **Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica de Macaé e das Ostras**: Relatório síntese. 2014. Disponível em: <http://cbhmacae.eco.br/site/Relatorios/RSF%20-%20Relat%C3%B3rio%20

S%C3%ADntese%20do%20Plano%20de%20Recursos%20H%C3%ADdricos%20Maca%C3%A9Ostras.pdf>. Acesso em: 10 set 2020.

INEA. **Relatório dos cenários estratégicos de planejamento de recursos hídricos**: RCE 01. 2014. Disponível em: <http://cbhmacae.eco.br/site/Relatorios/RCE-01%20-%20Relat%C3%B3rio%20da%20Elabora%C3%A7%C3%A3o%20de%20Cen%C3%A1rios%20Estrat%C3%A9gicos.pdf>. Acesso em: 10 set 2020.

KOEFENDER, Amália. **Regionalização de vazões Q7,10, Q90% e Q50% na bacia hidrográfica do rio ibicuí (sub-bacia 76)**. 2015. 98 f. Monografia (Especialização) - Curso de Engenharia Ambiental, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/170436/001052192.pdf?sequence=1. Acesso em: 10 set. 2020.

MACAÉ. **Lei Complementar 274/2017**. Dispõe sobre a derrogação do Código de Urbanismo de Macaé, institui a Zona Especial de Logística Dutoviária 1 (ZELD-1, modifica os limites das Zonas Industriais 3 e 4 (ZI-3 e ZI-4) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.macae.rj.gov.br/midia/uploads/lei%20complementar_274_2017(1).pdf>. Acesso em: 10 set 2020.

NATURAL ENERGIA. **Estudo de Impacto Ambiental**. Ecologus Engenharia Consultiva, 2018. Vol.1. Disponível em: <http://www.ecologus.com/uploads/publicacoes/EIA-Volume1.pdf>. Acesso em: 10 set 2020.

_____. **Estudo de Impacto Ambiental**. Ecologus Engenharia Consultiva, 2018. Vol.2. Disponível em: <http://www.ecologus.com/uploads/publicacoes/EIA-Volume2.pdf>. Acesso em: 10 set 2020.

_____. **Estudo de Impacto Ambiental**. Ecologus Engenharia Consultiva, 2018. Vol.3. Disponível em: <http://www.ecologus.com/uploads/publicacoes/EIA-Volume3.pdf>. Acesso em: 10 set 2020.

_____. **Estudo de Impacto Ambiental**. Ecologus Engenharia Consultiva, 2018. Vol.4. Disponível em: <http://www.ecologus.com/uploads/publicacoes/EIA-Volume4.pdf>. Acesso em: 10 set 2020.

_____. **Relatório de Impacto Ambiental**. Ecologus Engenharia Consultiva, 2018. Disponível em: <http://www.ecologus.com/uploads/publicacoes/RIMA.pdf>. Acesso em 10 set 2020.

NOGUEIRA, Maria Inês; SOUZA, Jeferson Antônio de. **Bases para a Elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA).** Informe Agropecuário, Belo Horizonte, v. 21, n. 202, p. 12-19, jan/fev 2000. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Marcelo_Schlindwein/publication/342662642_Bioindicadores_de_qualidade_e_de_impactos_ambientais_da_atividade_agropecuaria/links/5eff2c8b458515505087ade5/Bioindicadores-de-qualidade-e-de-impactos-ambientais-da-atividade-agropecuaria.pdf#page=14. Acesso em: 10 set. 2020.

PINTO, Gustavo Ribeiro Soares. **Avaliação do desempenho de usinas termelétricas a ciclo combinado integradas com gaseificação via integração de programas especialistas.** 2015. 128 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Engenharia Mecânica, Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://w2.files.scire.net.br/atrio/ufrj-pem_upl/THESIS/1778/pemufrj2015mscgustavoribeirosoarespinto_20151229182755115.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). Aprova nova definição das regiões hidrográficas do Estado do Rio de Janeiro e revoga a Resolução CERHI nº 18 de 08 de novembro de 2006. **Resolução CERHI nº 107**. Rio de Janeiro, RJ, 22 maio 2013. Disponível em: https://www.comiteguandu.org.br/legislacoes/ResolucoesCERHI/Resolucao-CERHI-107.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

SACHS, Ignacy. Estratégias de transição para o século XXI. Cadernos de Desenvolvimento e de Meio Ambiente, n. 2, Curitiba, 1994, p. 47-62.

_____. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008a. _____. Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008b.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TRENNEPOHL, T. **Manual de direito ambiental**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno (coord.), **Energia Termelétrica: Gás Natural, Biomassa, Carvão, Nuclear**, EPE: Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-173/Energia%20Termel%C3%A9trica%20-%20Online%2013maio2016.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

O IMPACTO DO DESCARTE IRREGULAR DE MEDICAMENTOS NO BRASIL

Camila Rabelo De Matos Silva Arruda
Universidade Veiga de Almeida
profcamilaarruda@gmail.com

Diogo Oliveira Muniz Caldas
Universidade Veiga de Almeida e UNICARIOCA
diocaldas@hotmail.com

Lourival Arruda Junior
Sociedade de Engenharia e Segurança do Estado do Rio de Janeiro
Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado do Rio de Janeiro
englourivalarrudajr@gmail.com

Resumo: Os medicamentos têm um papel de relevância em nossa sociedade, dada sua importância no combate das enfermidades bem como de proporcionar o prolongamento da vida humana. A sociedade moderna vem se destacando, nas últimas décadas, pelo consumo acentuado, seja em virtude do crescimento populacional, ou dos avanços da ciência e/ou da expansão da indústria. Todos os dias, toneladas de resíduos são coletados de indústrias, comércios e residências. O avanço da ciência na área da saúde e as pesquisas de novos tratamentos trouxeram benefícios incontestáveis à população, um destaque especial deve ser dado à indústria farmacêutica, pela geração de uma quantidade considerável de resíduos devido tanto à devolução e recolhimento de medicamentos do mercado, quanto ao descarte de medicamentos rejeitados pelo controle de qualidade e de perdas inerentes ao processo. O Brasil é um grande consumidor de medicamentos que, na maioria das residências acaba por ter seu prazo de validade vencido muitos desses produtos sobram após o tratamento e acabam sendo descartados com o lixo doméstico ou esgoto comum e o Brasil tem baixa infraestrutura, faltam aterros sanitários adequados e incineradores licenciados em vasta região de seu território, o que compromete a aplicabilidade de medidas ágeis que possam, ao menos, amenizar o problema. A presente pesquisa busca responder a seguinte pergunta: Quais os impactos ambientais gerados pelo descarte irregular de medicamentos? O objetivo da pesquisa é analisar os impactos ambientais causados pelo descarte irregular de medicamentos. Por serem considerados resíduos perigosos, os medicamentos destinados irregularmente podem contaminar rios e lençóis freáticos, colocando em risco o meio ambiente e a saúde pública. Os medicamentos descartados

inadequadamente, promovem sérios impactos no meio ambiente e na saúde da população.

Palavras- Chaves: Resíduos perigosos; Medicamentos; Destinação correta.

INTRODUÇÃO

Os medicamentos têm um papel de relevância em nossa sociedade, dada sua importância no combate das enfermidades bem como de proporcionar o prolongamento da vida humana. No entanto, são também precursores de agravos à saúde, quando mal utilizados ou usados para fins diferentes de sua indicação terapêutica, como ressalta Ueda at all (2009), pois os medicamentos podem ser agentes tóxicos quando usados de forma errada. O uso indiscriminado ocorre, na maioria dos casos pela aquisição dos medicamentos, mas merece destaque o acesso através de compartilhamento entre parentes e amigos ou através daquilo que é jogado fora, segundo Falqueto (2010, pág. 3283-3293).

A sociedade moderna vem se destacando, nas últimas décadas, pelo consumo acentuado, seja em virtude do crescimento populacional, ou dos avanços da ciência e/ou da expansão da indústria. (RODRIGUES, 2009)

Um dos maiores problemas ambientais gerados por esse crescimento é a geração de resíduos. Todos os dias, toneladas de resíduos são coletados de indústrias, comércios e residências. Conforme a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), (BRASIL, 2006) são geradas no Brasil aproximadamente 120 mil toneladas de resíduos por dia, sendo que 1 a 3% desse total é produzido por estabelecimentos de saúde e, destes, 10% a 25% representam risco ao meio ambiente e a saúde da população.

O avanço da ciência na área da saúde e as pesquisas de novos tratamentos trouxeram benefícios incontestáveis à população, o que também proporcionou um aumento considerável na fabricação de novas fórmulas e na quantidade de medicamentos disponíveis para comercialização e consumo. (PINTO, 2014)

Destaque especial deve ser dado à indústria farmacêutica, pela geração de uma quantidade considerável de resíduos devido tanto à devolução e recolhimento de medicamentos do mercado, quanto ao descarte de medicamentos rejeitados pelo controle de qualidade e de perdas inerentes ao processo. (FALQUETO e KLIGERMAN, 2010)

O Brasil é um grande consumidor de medicamentos que, na maioria das residências acaba por ter seu prazo de validade vencido (FEBRAFARM). Durante o tratamento urgente ou crônico, as pessoas adquirem medicamentos que muitas vezes não são consumidos por completo e acabam por ser armazenado para um possível consumo posterior, seu próprio ou de conhecidos. Muitos desses produtos sobram após o tratamento e acabam sendo descartados com o lixo doméstico ou esgoto comum. (UEDA, TAVERNARO, MAROSTEGA; 2009)

Um dos problemas detectados foi o descarte irregular de medicamentos, e uma das principais causas é a falta de conscientização da população em relação à correta destinação final de medicamentos e dos problemas que podem ser ocasionados, caso esta seja efetuada de forma incorreta como também é preciso que exista vontade política dos dirigentes para fazer valer as normas e recomendações sanitárias, apoiando aos que já estão conscientizados quanto importância da adoção desse comportamento e propiciando condições para a compreensão dos que ainda não as conhecem.(JOÃO, 2011)

O Brasil tem baixa infraestrutura, faltam aterros sanitários adequados e incineradores licenciados em vasta região de seu território, o que compromete a aplicabilidade de medidas ágeis que possam, ao menos, amenizar o problema (UEDA, TAVERNARO, MAROSTEGA, PAVAN; 2009). O descarte efetuado pelo consumidor final é o que apresenta maior lacuna na legislação. (ALVARENGA, NICOLETTI; 2010)

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) está cada vez mais exigente no que dizem respeito à qualidade, segurança e eficácia dos medicamentos, exigindo a realização de testes mais rígidos para o registro de produtos novos e readequação dos que estão no mercado (FALQUETO; 2007). Isso aumenta a segurança no uso controlado de medicamentos, porém, é necessário rever a Política de Medicamentos no que tange ao consumo exacerbado com intuito de coibi-lo e evitar também desperdícios que, além de onerarem o cidadão, podem ser fonte para uso indevido e descarte ao meio ambiente. (BRASIL, 1998)

Aspectos relacionados ao descarte são deveras importantes quando notamos que essa situação é agravada pela inexistência de um programa de recolhimento de medicamentos vencidos nas residências. Vale destacar que o Brasil está no ranking entre os dez maiores consumidores de medicamentos do mundo, apesar dos altos custos destes produtos. (FEBRAFARMA)

Temos ainda que na maior parte das cidades brasileiras, o lixo ainda é despejado em lixões, possibilitando que principalmente os catadores consumam inapropriadamente os medicamentos ou os descartem diretamente no solo, para o reaproveitamento das embalagens. (PINTO; 2014)

Nota-se que os medicamentos descartados inadequadamente, promovem sérios impactos no meio ambiente e na saúde da população. (BILA, DEZZOTI; 2003)

1. IMPACTOS AMBIENTAIS GERADOS

Resíduos de uma ampla variedade de fármacos podem entrar no ambiente através de uma rede complexa de fontes e mecanismos (RUHOY, 2008); as principais vias de entrada de fármacos no ambiente resultam do seu uso intencional, quando são eliminados por excreção após a ingestão, injeção ou infusão; da remoção de medicação tópica durante o banho; e da disposição de medicamentos vencidos ou não mais desejados no esgoto ou no lixo (RUHOY, 2008).

Os fármacos são desenvolvidos para serem biologicamente ativos e, portanto, podem apresentar efeitos em organismos terrestres e aquáticos mesmo em concentrações traço. Apesar de existirem pesquisas sobre os efeitos agudos de fármacos nestes organismos, dados sobre efeitos crônicos são escassos (FENT; 2006). Os efeitos ambientais da maioria dos fármacos têm sido observados somente em condições de laboratório, porém, avaliações de risco usando testes de toxicidade têm mostrado que as concentrações de alguns fármacos encontradas no ambiente são suficientes para representar risco a organismos aquáticos, como a *Daphnia magna* (BOUND; 2006)

Certos medicamentos apesar de suas consequências ainda não serem muito conhecidas, requerem maior preocupação em relação à sua presença na água, devido seus potenciais efeitos adversos para a saúde humana, animal e de organismos aquáticos. Alguns grupos de fármacos merecem uma atenção especial e entre eles, estão os antibióticos e os estrogênios. Os primeiros, devido ao desenvolvimento de bactérias resistentes, e os estrogênios, pelo seu potencial de afetar adversamente o sistema reprodutivo de organismos aquáticos como, por exemplo, a feminização de peixes machos presentes em rios contaminados com descarte de efluentes de estações de tratamento de esgoto. Outros produtos

que requerem atenção especial são os antineoplásicos e imunossupressores utilizados em quimioterapia, os quais são conhecidos como potentes agentes mutagênicos. (JOÃO; 2011)

A contaminação ambiental causada por medicamentos já foi comprovada por alguns estudos como os realizados por Zaparroli (2011); Almeida (2011); Bila (2003). Esta contaminação é, em parte devido ao descarte incorreto de sobras de tratamento e medicamentos vencidos, mas também se deve àquilo que é excretado pela urina e pelas fezes após metabolismo destes produtos no corpo humano. Outra fonte importante para o lançamento de medicamentos no ambiente são os efluentes hospitalares, além de substâncias diagnósticas e desinfetantes, apesar da existência da força legal para gerenciar os resíduos dos serviços de saúde (BRASIL; 2004). Os medicamentos de uso veterinário também são lançados no meio ambiente por meio de excrementos e de transporte pela água das chuvas (MARGONATO, THOMSON, PAOLIELLO; 2006).

Fatos especialmente preocupantes referem-se aos medicamentos que podem causar dependência física ou psíquica; aos antibióticos; hormônios; anestésicos; antilipêmicos; meios de contrate de raios X; anti-inflamatórios entre outras substâncias. Neste contexto, o descarte de medicamentos vencidos pode culminar em impactos ambientais extremamente relevantes, afetando diversos ecossistemas (BARCELLOS, 2011).

Adicionalmente, a população desconhece os riscos inerentes à má utilização e ao armazenamento doméstico de medicamentos (MARGONATO, THOMSON, PAOLIELLO; 2006). Quando armazenados de forma incorreta, em locais quentes e úmidos, como cozinha e banheiro ou em ambientes com incidência direta da luz, podem ocorrer alterações na composição (química, física e microbiológica) dos medicamentos, com a diminuição da efetividade terapêutica ou elevação do risco de efeitos tóxicos de acordo com o tipo de degradação sofrida pelo fármaco. (BRASIL, 2010)

Além disso, como consequências da sobra de medicamentos, muitos destes produtos acabam sendo descartados de forma inadequada, sendo um fato preocupante, uma vez que dependendo do grau de toxicidade, podem causar contaminação ao meio ambiente. Nesse sentido, os medicamentos não devem ter a mesma destinação final de resíduos comuns (lixo domiciliar) (VAZ, FREITAS, CIRQUIERA; 2011). Além dos problemas relacionados ao ambiente, outro fato decorrente do descarte inadequado de medicamentos são os riscos à

saúde de crianças ou pessoas que possam reutilizá-los. (BILA, DEZOTTI; 2003). A Figura 1 ilustra os efeitos decorrentes do descarte de medicamentos em lixos e no esgoto.

Figura 1

FONTE: www.habitanteverde.com.br

Uma vez que os fármacos estão sendo detectados em ambientes naturais torna-se imprescindível analisar quais os caminhos percorridos por esses compostos até que cheguem a algum compartimento ambiental como o solo ou as águas superficiais, a que organismos estarão expostos e qual será o seu destino final. E, para os casos em que são descartados no lixo, torna-se importante a avaliação do comportamento dos catadores diante deles.

No Brasil, aumentam gradualmente as informações sobre a ocorrência de resíduos de medicamentos no ambiente e em estações de tratamento de água (ETAs) e esgoto (ETEs). No estado do Rio de Janeiro, por exemplo, foram encontrados, em rios e córregos, resíduos de medicamentos como ácido clofíbrico, diclofenaco e naproxeno, com maiores concentrações nas águas superficiais próximas aos centros urbanos com contaminações provenientes de águas residuárias municipais. (TUMPF, TERNES, WILKEN, RODRIGUES, BAUMANN; 1999)

Segundo Américo (2010), foram detectados fármacos como antipiréticos, betabloqueadores, analgésicos e anti-inflamatórios. Um dos fatores que pode contribuir para essa presença são as condições sanitárias do corpo hídrico que recebe um volume considerável de efluentes sanitários sem tratamento, provenientes das moradias no seu entorno.

Além dos anti-inflamatórios, antibióticos e analgésicos monitorados em vários países, os hormônios que pertencem à classe dos chamados desreguladores endócrinos são compostos farmacológicos que vem recebendo destaque em estudos recentes. Nas amostras investigadas, os autores Stumpf (1999) e Almeida (2006) foram encontrados diversos fármacos, tais como paracetamol, atenolol, bezafibrato, cafeína, diazepan, diclofenaco e ibuprofeno, sempre sob níveis baixos de concentração. Sodré (2007) investigou a presença de produtos farmacêuticos e interferentes endócrinos em águas da região de Campinas-SP e verificaram a presença de cafeína e do hormônio exógeno 17α-etinilestradiol, utilizado como contraceptivo, em várias amostras. A presença deste hormônio em águas brasileiras, além de outros produtos farmacêuticos, também foi observada em inúmeros outros trabalhos como os de FERREIRA (2005); MOREIRA (2009); LOPES (2010); JARDIM (2012); CALDAS (2013); SILVEIRA (2013); THOMAS (2014); MELO (2014).

Outro compartimento de ocorrência dos fármacos é o solo. Porém, as concentrações de fármacos detectados nesse compartimento geralmente são baixas comparadas às relatadas para recursos hídricos. Segundo Adams (2009) a falta de instrumentos e métodos adequados que permitam medições precisas em matrizes ambientais a baixas concentrações dificulta a realização de estudos sobre a ocorrência de compostos farmacológicos em solo (OLIVEIRA; 2014).

A ocorrência de resíduos de fármacos no ambiente é um tema que ganhou maior evidência nas últimas décadas devido aos avanços contínuos nas metodologias de análise químicas, que reduziram os limites dos níveis de detecção em matrizes ambientais e expandiram a habilidade de detecção.

Ponezi at all (2007) afirmam que as consequências de resíduos de fármacos para o ambiente ainda não são completamente conhecidas, o que exige precaução em relação à sua presença na água. Os resíduos de fármacos detectáveis a níveis de traço, combinados com a falta de informação sobre exposição ambiental crônica, merecem atenção das autoridades públicas e comunidade científica.

Muitos estudos têm relatado os efeitos diretos ou indiretos causados pela presença de fármacos em ambiente natural, porém ainda existe incerteza no que se refere aos efeitos ecológicos e aos humanos que esses compostos podem causar. Por estarem presentes sob baixas concentrações, os resíduos de medicamentos são considerados improváveis de provocarem efeitos agudos diretos. Porém, efeitos crônicos causados pela exposição prolongada têm

potencial de afetar comunidades ou resultar no declínio de populações, sendo verdade especialmente para organismos aquáticos sujeitos à exposição contínua e por múltiplas gerações (KHETAN, COLLINS; 2007).

2. LEGISLAÇÃO

Na Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) nº 358 (BRASIL, 2005), que dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos Resíduos de Serviços de Saúde (RSS) sob o prisma da preservação dos recursos naturais e do meio ambiente, no seu artigo 21º, os resíduos sólidos são classificados de acordo com a periculosidade que oferecem aos profissionais de saúde, à população e ao meio ambiente. Dentre os resíduos pertencentes ao Grupo B encontram-se medicamentos citostáticos, antimicrobiano, quimioterápicos dentre outros, sendo que estes devem ser submetidos a tratamento e disposição final específico. (BILA, DEZOTTI; 2003)

Além do CONAMA, o Ministério da Saúde também tem responsabilidades no descarte dos resíduos sólidos, que são realizadas pela ANVISA, que tem por obrigação garantir a segurança sanitária de produtos e serviços, por meio da fiscalização. O Ministério do Meio Ambiente, também, tem suas atribuições voltadas à política de recursos hídricos, de preservação, conservação e utilização sustentável de ecossistemas, da biodiversidade e das florestas (FALQUETO, KLIGERMAN; 2010).

A ANVISA, POR MEIO DA RDC n°306/2004 (BRASIL; 2004), dispõe sobre o Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde, e exige que todo gerador elabore um Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviço de Saúde.

Para atender as essas duas legislações, os serviços de saúde (as drogarias, distribuidores, farmácias e hospitais) devem cumprir a RDC nº 306 de 7/12/2004, que exige o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde e tornam esses estabelecimentos responsáveis pela elaboração de um plano de gerenciamento de todos os resíduos por eles gerados. Esse serviço pode ser terceirizado, porém a empresa terceirizada deve possuir licença ambiental para o tratamento ou disposição final dos resíduos sólidos.

O seu objetivo seria o gerenciamento dos RSS dentro das unidades geradoras e fora destas, por ocasião do descarte, quando devem ser adequadamente tratados e/ou destinados a aterros licenciados pelo órgão

ambiental competente. Outra premissa é a segregação dos resíduos na fonte geradora, e o correto acondicionamento dos mesmos, como forma de minimizar as quantidades de resíduos perigosos gerados, e incentivar a reciclagem e o reuso dos resíduos não perigosos.

Dentre os resíduos considerados no Grupo B, estão os produtos hormonais e antimicrobianos; antineoplásicos; imunodepressores; antiretrovirais; entre outros, descartados por serviços de saúde, farmácias, drogarias e distribuidores de medicamentos ou apreendidos; os resíduos e insumos farmacêuticos dos medicamentos controlados pela Portaria MS 344/1998 (BRASIL; 1998). Esta Portaria trata do regulamento técnico sobre medicamentos e substâncias sujeitas a controle especial e demais produtos considerados perigosos conforme classificação da NBR 10.004 (BRASIL; 2004).

NBR 10.004 é a norma que classifica os resíduos sólidos quanto à periculosidade, em três classes distintas: Classe I – resíduos perigosos; Classe IIA – resíduos não perigosos e não inertes; e, Classe IIB – resíduos não perigosos e inertes. Esta classificação se baseia em critérios de periculosidade de resíduos, segundo suas características de toxicidade, corrosividade, inflamabilidade, reatividade e patogenicidade.

No entanto, estes regulamentos se aplicam apenas "aos estabelecimentos que prestam assistência à saúde", e não trata do descarte de resíduos ou medicamentos pela população em geral.

Na revogação da Resolução 283/2001 do CONAMA (BRASIL; 2011), ocorrida em 2005, quando passou a vigorar a Resolução 358/2005 (BRASIL, 2005), foram retirados do artigo 13 da referida Resolução os seguintes parágrafos:

> § 1º Os quimioterápicos, imunoterápicos, antimicrobianos, hormônios e demais medicamentos vencidos, alterados, interditados, parcialmente utilizados ou impróprios para consumo devem ser devolvidos ao fabricante ou importador, por meio do distribuidor.
> 2º No prazo de doze meses contados a partir da data de publicação desta Resolução, os fabricantes ou importadores deverão introduzir os mecanismos necessários para operacionalizar o sistema de devolução instituído no parágrafo anterior.

A supressão destes dois parágrafos evidencia a dificuldade de implantação de uma política a nível federal que institucionalize a logística reversa dos medicamentos vencidos, e em parte, a falta de comprometimento do setor farmacêutico com a questão. Se este mecanismo existisse, seria muito mais fácil

a adoção de programas de entrega voluntária de medicamentos pela população às farmácias, que poderiam encaminhá-los aos distribuidores e estes, às indústrias, para o destino final ambientalmente adequado (CARVALHO; FERREIRA; MUCINI.; SANTOS; 2009).

Neste contexto, a responsabilidade legal de resíduos sólidos de origem farmacêutica é tanto do Ministério da Saúde quanto do Ministério do Meio Ambiente. Cabe a esses órgãos garantir a destinação correta dos resíduos, pois atuam com o mesmo objetivo: a precaução com a saúde pública e ambiental (FALQUETO, KLIGERMAN; 2010).

Outra regulamentação importante está no Decreto-Lei nº 7.404/2010 que trata da logística reversa, que é um instrumento de desenvolvimento econômico, ambiental e social e, descreve os aspectos de retorno de resíduos sólidos seja para reaproveitamento ou para destinação ambientalmente correta. A Lei 12.305/2010 também determina que a responsabilidade pelo custeio da destinação final dos resíduos de medicamentos é dos fabricantes. Essa lei também ressalta a possibilidade de um acordo contratual firmado entre os poderes público, importadores, distribuidores ou comerciantes pela responsabilidade do ciclo de vida do produto (BRASIL; 2010).

Sendo assim, devido às falhas da legislação o destino dos medicamentos pelo consumidor é o que representa maior preocupação, uma vez que não há regulamentações evidentes sobre este cenário. Vale ressaltar que os estabelecimentos de saúde não são responsabilizados pela legislação no sentido de recolher esses produtos, mesmo que ainda estejam dentro do prazo de validade. Além disso, são escassos aterros sanitários adequados e incineradores em diferentes regiões do Brasil, prejudicando assim a adequação de medidas eficientes para que seja possível atenuar os problemas relatados (UEDA, J.; TAVERNARO, R.; MAROSTEGA, V.; PAVAN, W; 2009).

De acordo com o Regulamento Técnico para o Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde (BRASIL; 2004) e a Política Nacional de Resíduos Sólidos (BRASIL; 2010), os serviços de saúde são os responsáveis pelo correto gerenciamento de todos os resíduos dos serviços de saúde (RSS) por eles gerados. Entretanto, a legislação é direcionada aos estabelecimentos e não engloba a população (BRASIL; 2004), de forma que não existe regulamentação sobre as sobras de medicamentos ou medicamentos vencidos que constituem a "farmácia caseira". Logo de acordo com os dados bibliográficos encontrados não há no

Brasil regulamentação efetiva para o descarte dos resíduos de medicamentos domiciliares.

Os medicamentos vencidos ou não utilizáveis se enquadram do ponto de vista legal, como resíduos de serviços de saúde - RSS. A geração deste tipo de resíduo, dadas as suas características especiais, deve ser controlada e minimizada em níveis aceitáveis, estabelecidos por consensos internacionais.

O Decreto nº 10388 de 5 de junho de 2020 (BRASIL; 2020) regulamentou o § 1º do caput do art. 33 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 (BRASIL; 2010), e institui o sistema de logística reversa de medicamentos domiciliares vencidos ou em desuso, de uso humano, industrializados e manipulados, e de suas embalagens após o descarte pelos consumidores. O decreto entra em vigor no dia 5 de dezembro de 2020 e estabelece as normas a serem cumpridas no processo de logística reversa de medicamentos.

O Decreto estabeleceu no artigo 4º a estruturação, implementação e operacionalização do sistema de logística reversa de medicamentos de uso humano e domiciliar. O processo de logística desses medicamentos ocorrerá em 2 fases, sendo elas:

> I - fase 1 - a qual se iniciará na data de entrada em vigor deste Decreto e compreenderá:
> a) a instituição de grupo de acompanhamento de performance, constituído por entidades representativas de âmbito nacional dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, responsável pelo acompanhamento da implementação do sistema de logística reversa de medicamentos domiciliares vencidos ou em desuso, de uso humano, industrializados e manipulados, e de suas embalagens após o descarte pelos consumidores; e
> b) por intermédio do grupo de acompanhamento de performance de que trata a alínea "a", a estruturação de mecanismo para a prestação de informações, por meio de relatório anual, referentes ao volume de medicamentos domiciliares vencidos ou em desuso retornados ao sistema de logística reversa de medicamentos domiciliares vencidos ou em desuso, de uso humano, industrializados e manipulados, e destinados de maneira ambientalmente adequada; e
> II - fase 2 - a qual se iniciará a partir do centésimo vigésimo dia subsequente à conclusão da fase 1 e compreenderá:
> a) a habilitação de prestadores de serviço que poderão atuar no sistema de logística reversa de medicamentos domiciliares vencidos ou em desuso, nos termos estabelecidos pelo grupo de acompanhamento de performance de que trata o inciso I;
> b) a elaboração de plano de comunicação com o objetivo de divulgar a implementação do sistema de logística reversa de medicamentos

> domiciliares vencidos ou em desuso, de uso humano, industrializados e manipulados, e qualificar formadores de opinião, lideranças de entidades, associações e gestores municipais com vistas a apoiar a sua implementação; e
> c) a instalação de pontos fixos de recebimento de medicamentos domiciliares vencidos ou em desuso, de uso humano, industrializados e manipulados, e de suas embalagens após o descarte pelos consumidores, observado o cronograma disposto no § 1º do art. 10.
> .....
> § 3º A destinação final ambientalmente adequada dos medicamentos domiciliares vencidos ou em desuso de que trata este Decreto será realizada em empreendimento licenciado por órgão ambiental competente e atenderá à seguinte ordem de prioridade:
> I - incinerador;
> II - coprocessador; e
> III - aterro sanitário de classe I, destinado a produtos perigosos.
> Art. 8º Fica instituído o manifesto de transporte de resíduos, documento autodeclaratório e válido no território nacional, emitido pelo Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos - Sinir, para fins de fiscalização ambiental das atividades de coleta, armazenagem e transporte de medicamentos domiciliares vencidos ou em desuso, de uso humano, industrializados e manipulados, após o descarte pelos consumidores, do ponto de armazenamento primário ao ponto de armazenamento secundário e deste até a unidade de tratamento e destinação final ambientalmente adequada.

Na implantação do sistema, os consumidores devem entregar na embalagem os medicamentos na rede credenciada de farmácias ou drogarias. Num primeiro momento serão implantados nos municípios de mais 500 mil habitantes, num segundo momento, nos municípios com mais de 100 mil habitantes.(BRASIL; 2020)

O artigo 20 do mesmo Decreto estabeleceu que será feito um trabalho de educação ambiental para sensibilizar a comunidade da necessidade do descarte de medicamento através da logística reversa, isso é fundamental para o sucesso do projeto. (BRASIL; 2020)

3. CENÁRIO DO DESCARTE DE MEDICAMENTOS NO BRASIL

No Brasil, em 2005, alunos do curso de Vigilância Sanitária e Saúde Ambiental da Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, da Fundação

Oswaldo Cruz, no Rio de Janeiro, realizaram uma pesquisa junto a 139 pessoas dos mais variados níveis de instrução, onde foi constatado que 88% faziam uso de medicamentos em suas residências; 83% descartavam os medicamentos em lixo comum, sendo que destas, 70% acreditava ser a destinação correta; 63% tinham o hábito de ler a bula dos medicamentos, e 30% eventualmente a liam.(SILVA; 2005)

Estudos recentes demonstram que a exposição de fármacos ao meio ambiente vem resultando em um desequilíbrio aquático. Medicamentos vencidos ou em desuso quando lançados diretamente nas pias e vasos sanitários pelos usuários seguem para a estação de tratamento de esgoto, que possuem algumas limitações. Para a remoção desses resíduos é necessária uma tecnologia específica de tratamento, que atualmente apresenta limitações para a remoção de uma variedade de fármaco, contribuindo de forma acentuada para a contaminação ambiental. (CARVALHO, FERREIRA, MUCINI, SANTOS; 2009)

De acordo com Bila e Dezotti (2003), o descarte aleatório de medicamentos vencidos pode culminar em impactos ambientais extremamente relevantes. Em todo planeta foram encontradas várias classes terapêuticas como antibióticos, hormônios, anestésicos, anti-inflamatórios dentre outros, em esgoto doméstico, em águas superficiais e subterrâneas. A existência desse tipo de resíduos pode levar a reações adversas em seres aquáticos e terrestres, podendo acontecer em qualquer etapa da cadeia biológica: célula, órgãos, organismo, população, ecossistema.

Dessa forma, grande parte da população brasileira consome medicamentos indevidamente, armazenam esses produtos em sua residência de forma incorreta além de descartarem incorretamente esses produtos.

Tendo em vista a realidade do consumo de medicamentos em nosso país, o panorama de destinação final dos mesmos, pela inexistência de uma legislação especifica para o descarte domiciliar de medicamentos e a obrigatoriedade de recolhimento desses produtos pelos estabelecimentos farmacêuticos além das consequências ao meio ambiente e a saúde da população, é necessário avaliar o conhecimento da população sobre o descarte de medicamentos e como esse descarte é realizado

4. AÇÕES NECESSÁRIAS

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) relata que medicamento é o produto farmacêutico tecnicamente obtido ou elaborado com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico. Com o aumento do conhecimento sobre o controle das doenças, a multiplicação de similares e genéricos, a divulgação na mídia e o fácil acesso, houve um aumento no consumo desses produtos pela população e, consequentemente um aumento no descarte desses insumos (NASCIMENTO; 2005)

Os medicamentos ao serem armazenados devem ser protegidos da luz solar, radiação e umidade e percebe-se que essa prática não é de conhecimento da população. Entende-se que o estoque de medicamentos nos domicílios é um fator muito preocupante para a saúde pública, pois geralmente não são guardados em locais apropriados e, podem comprometer a estabilidade e eficácia do fármaco, levando a um descarte desses medicamentos de forma incorreta. (BUENO, C. S.; WEBER, D.; OLIVEIRA; 2009)

A partir das informações levantadas neste estudo, foi possível inferir que existe a necessidade em primeiro lugar, de informar aos consumidores sobre os riscos ambientais do descarte inadequado dos medicamentos, e partir daí, desenvolver mecanismos eficientes para a coleta e destinação segura dos mesmos.

A implementação de sistemas de gerenciamento dos resíduos em serviços de saúde e criação de programas de recolhimento de medicamentos, principalmente para o descarte de medicamentos domiciliares é de suma importância. Bem como a implementação de medidas de gerenciamento e tratamento destes resíduos. Nesse contexto, destaca-se o uso de sistemas de gestão ambiental e a implantação da logística reversa.

Em conjunto com essas medidas seria necessário a conscientização da população através de palestras, distribuição de cartilhas informativas, oficinas escolares para alertar sobre os perigos causados pelo mau descarte dos medicamentos.

CONCLUSÃO

A partir das informações levantadas neste estudo, foi possível estabelecer que existe a necessidade em primeiro lugar, de informar aos consumidores sobre os riscos ambientais do descarte inadequado dos medicamentos, e partir daí, desenvolver mecanismos eficientes para a coleta e destinação segura dos mesmos.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) vê com preocupação a geração exacerbada de resíduos provenientes de medicamentos sem validade. O avanço de pesquisas na área farmacêutica e as pesquisas de novos tratamentos trouxeram benefícios incontestáveis à população, o que também proporcionou um aumento considerável na fabricação de novas fórmulas e na quantidade de medicamentos disponíveis para comercialização e consumo

A PNRS implantada em 2010 estabeleceu a necessidade da implantação de logística reversa de resíduos provenientes de medicamentos domiciliares, uma vez que por serem compostos químicos, são perigosos e podem contaminar o solo.

A implantação da logística reversa de medicamentos tem uma complexa cadeia e necessita de sensibilização de todos os seus membros, para que cada um cumpra o papel definido dentro da normativa.

Também é relevante a fiscalização sobre os atores do processo de logística para que se cumpram as observâncias legais.

A adesão dos estabelecimentos e a responsabilidade de cada um dos membros da cadeia está previsto no artigo 22 do Decreto 10388/2020.

O não cumprimento do Decreto de implantação poderá gerar sanções administrativas aos membros da cadeia.

REFERÊNCIAS

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 10.004 – Resíduos sólidos: classificação. Rio de Janeiro: ABNT, 2004

ADAMS, C.; BHANDARI, A.; SURAMPALLI, R.Y.; ADAMS, C.; PASCALE, C.; ONG, S.K.; TYAGI, R.D.; ZHANG, T.C. Contaminants of Emerging Environmental Concern, The American Society of Civil Engineers, Virginia, United States, pp. 56–85, 2009

ALMEIDA GA & Weber RR. Fármacos na represa Billings. Rev. Saúde e Ambiente, 6(2): 7-13, 2005. Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE). Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil. São Paulo: 2010-2011

ALMEIDA, G. A.; WEBER, R. R Fármacos na Represa Billings. Revista Saúde e Ambiente / Health and Environment Journal, v. 6, n. 2, dez. 05

ALVARENGA, Luciana Santos Vieira; NICOLETTI, Maria Aparecida. Descarte doméstico de medicamentos e algumas considerações sobre o impacto ambiental decorrente. Artigo (Curso de Farmácia) – Graduação em Farmácia. UnG, Universidade de Guarulhos, São Paulo, 2010

AMÉRICO, J. H. Ocorrência de compostos farmacológicos no Córrego da Onça, município de Três Lagoas – MS. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Engenharia de Ilha Solteira. Área de conhecimento: Recursos Hídricos e Tecnologias Ambientais, 2010

BARCELOS MN, Peres AP, Pereira IO, Chavasco LS, Freitas DF. Aplicação do método Failure Mode and Effect Analysis (FMEA) na identificação de impactos ambientais causados pelo descarte doméstico de medicamentos. Engenharia Ambiental. 8(4): 62-68, 2011

BILA DM & DEZOTTI M. Fármacos no meio ambiente. Quím. Nova, 26(4): 523-530, 2003

BOUND JP, Kitsou K, Voulvoulis N. Household disposal of pharmaceuticals and percepction of risk to the environment. Environ Toxicol Pharmacol. 2006. 21:301-7

BRASIL. Decreto nº 10388 de 5 de junho de 2020. *Institui o sistema de logística reversa de medicamentos domiciliares vencidos ou em desuso, de uso humano, industrializados e manipulados, e de suas embalagens após o descarte pelos consumidores.*

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução – Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) n. 306, de 7 de dezembro de 2004

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O que devemos saber sobre medicamentos. Brasília (DF), 2010. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2019

BRASIL. Ministério da Saúde. Lei nº. 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Diário Oficial da União, Brasília, 3 ago. 2010

BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Medicamentos (PNM). Portaria n. 3916/GM de 30 outubro de 1998

BRASIL. Portaria MS n. 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília: Ministério da Saúde, 1998

BRASIL. Resolução CONAMA n. 283, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre o tratamento e a destinação final dos resíduos de serviços de saúde. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2001

BRASIL.CONAMA Resolução. n. 358, de 29 de abril de 2005. Dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos resíduos de serviços de saúde e dá outras providências. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2005

BUENO, C. S.; WEBER, D.; OLIVEIRA, K. R. Farmácia caseira e descarte de medicamentos no bairro Luiz Fogliatto do município de Ijuí – RS. Revista de Ciências Farmacêuticas Básica e Aplicada. Rio Grande do Sul, v.2, n.30, 2009, p.75-82

CALDAS, S. S. ; BOLZAN, C. M.; GUILHERME, J. R.; SILVEIRA, M. A. K.; ESCARRONE, A. L. V.; PRIMEL, E. G. Determination of pharmaceuticals, personal care products, and pesticides in surface and treated waters: method development and survey. Environmental Science Pollution Research 20:5855–5863, 2013

CARVALHO, E. V.; FERREIRA, E.; MUCINI, L.; SANTOS, C. Aspectos legais e toxicológicos do descarte de medicamentos. Revista Brasileira de Toxicologia, Campinas, v. 22, n. 1-2, p. 1-8, 2009

FALQUETO E. Resíduos relacionados á medicamentos sujeitos a controle especial pela vigilância sanitária – estudo de caso do diazepam utilizado no município de São Mateus – ES. 2007. Rio de Janeiro. 134p. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (FIOCRUZ). Rio de Janeiro

FALQUETO, E.; KLIGERMAN, D. C.; ASSUMPÇÃO, R. F. Como realizar o correto descarte de resíduos de medicamentos? **Ciência e Saúde Coletiva**, v.15, 2010, p.3283- 3293

FENT K, Wenston AA, Caminada D. Ecotoxicology of human pharmaceuticals. Aquat Toxicol. 2006. 76:122-59

FERREIRA, A. P. Cafeína como indicador ambiental prospectivo para avaliar ecossistemas aquáticos urbanos. Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 21(6):1884-1892, nov-dez, 2005

FERREIRA, C.L.; RODRIGUES, S.C.; SANTOS, M.A.S. Análise do conhecimento da População sobre descarte de medicamentos em Belo Horizonte – Minas Gerais, Interfaces Científicas - Saúde e Ambiente • Aracaju • V.3 • N.2• p. 9 - 18 • Fev. 2015

GLASSMMEYER ST, HINCHEY EK, BOEHME SE, et al. Disposal practices for unwanted residential medications in the United States. Environ Internat. 2009. 35(3):566-72

JARDIM, W. F. ; MONTAGNER C. C. ; PESCARA, I. C. ; UMBUZEIRO, G. A.; BERGAMASCO, A. M. D. D.; ELDRIDGE, M. L.; SODRÉ, F. F. An integrated approach to evaluate emerging contaminants in drinking water. Separation and Purification Technology 84 3–8, 2012

JOÃO, W. S. J. Descarte de medicamentos. Pharmacia Brasileira, v. 82, p. 14-16, 2011.

LOPES, L. G.; Marchi M. R. R.; Souza J. B. G. e Moura J. A.; Lorenzon C. S.; Cruz C. e Amaral L. A. Estrogênios em águas naturais e tratadas da região de Jaboticabal – São Paulo. Química Nova, Vol. 33, No. 3, 639-643, 2010

MARGONATO, F. B.; THOMSON, Z.; PAOLIELLO, M. M. B. Determinantes nas intoxicações medicamentosas agudas na zona urbana de um município do Sul do Brasil. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 333-341, 2008

MELO V, et al. Descarte de medicamentos vencidos por usuários residentes na cidade de São Paulo. São Paulo: Faculdades Oswaldo Cruz. 2005. Disponível em: www.febrafarma.com.br>. Acesso em: jan. de 2019

MELO, S. M. e BRITO, N. M. Analysis and Occurrence of Endocrine Disruptors in Brazilian Water by HPLC-Fluorescence Detection. Water Air Soil Pollution 225:1783, 2014

MOREIRA, D.; AFONSO, R. J. C. F.; AQUINO, S.; SANTOS, E.; de PADUA, V. Occurrence of endocrine disrupting compounds in water sources of Belo Horizonte Metropolitan Area, Brazil. Environmental Technology 30, 1041-1049, 2009

NASCIMENTO, M. C. D. Medicamentos, comunicação e cultura. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n.10, 2005, p.179-193

OLIVEIRA, C.E.N. Avaliação dos riscos associados ao descarte inadequado de medicamentos no Brasil, Projeto final em Ciências Ambientais – Consórcio IG/ IB/ IQ/ FACE-ECO/ CDS – Universidade de Brasília, 58 PÁG. Brasília - DF, 2014.

PINTO, Gláucia Maria Ferreira et al . Estudo do descarte residencial de medicamentos vencidos na região de Paulínia (SP), Brasil. **Engenharia Sanitária e Ambiental.** Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 219-224, 2014.

PIVETA, L.N.; Silva, L.B.; GUIDONI, C.M.; GIROTTO E. Armazenamento e descarte de medicamentos por acadêmicos da área da saúde de uma

universidade pública paranaense, Semina: Ciências Biológicas e da Saúde, Londrina, v. 36, n. 1, p. 55-66, jan./jun. 2015

PONEZI A. N.; DUARTE M. C. T.; CLAUDINO M. C.,Fármacos em Matrizes Ambientais CPQBA UNICAMP, 2007

SILVA ER. Problematizando o descarte de medicamentos vencidos: para onde destinar?. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio. Rio de Janeiro, 2005

SILVEIRA, M. A. K.; CALDAS, S. S.; GUILHERME, J. R.; COSTA, F. P.; GUIMARÃES, B. de S.; CERQUEIRA, M. B. R.; SOARES, B. M. e PRIMEl E. G. Quantification of Pharmaceuticals and Personal Care Product Residues in Surface and Drinking Water Samples by SPE and LC-ESI-MS/MS. Journal Brazilian Chemistry Society, Vol. 24, No. 9, 1385-1395, 2013

SOARES, P.A.O.; ROSA, C.C.N. Descarte de medicamentos: um problema de Saúde Pública, Revista Mosaicum 27, Jan./Jun. 2018 - ISSN 1980-4180

SODRÉ, F. F.; MONTAGNER, C. C.; LOCATELLI, M. A. F.; JARDIM, W. F. Ocorrência de interferentes endócrinos e produtos farmacêuticos em aguas superficiais da região de Campinas (SP, Brasil). Journal of the Brazilian Society of Ecotoxicology, v. 2, n. 2, p. 187-196, 2007

THOMAS, K. V.; SILVA, F. M. A. da; LANGFORD, K.H.; SOUZA, A. D. L. de; NIZZETO, L. e WAICHMAN A.V. Screening for selected human pharmaceuticals and cocaine in the urban streams of Manaus, Amazonas, Brazil. Journal of the American Water Resources Association voL. 50, no. 2, 2014

UEDA, J.; TAVERNARO, R.; MAROSTEGA, V.; PAVAN, W. Impacto ambiental do descarte de fármacos e estudo da conscientização da população a respeito do problema. Revista Ciências do Ambiente, Campinas, v. 5, n. 1, p. 1-6, 2009.

VAZ, K. V.; FREITAS, M. M.; CIRQUIERA, J. Z. Investigação sobre a forma de descarte de medicamentos vencidos. Cenarium Pharmacêutico, Brasília, ano 4, n. 4, p. 3-27, 2011

ZAPPAROLI ID, Camara MRG, Beck, C. Medidas mitigadoras para a indústria de fármacos Comarca de Londrina – PR, Brasil: impacto ambiental do despejo de resíduos em corpos hídricos. In 3. International Workshop Advanced in Cleaner Production. Cleaner Production Initiatives and Challenges for a Sustainable World. São Paulo, 2011.

DE CUNHAMBEBE AO INEA: encruzilhadas para um conselho em território ancestral

Camila Reis Tomaz
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Biociências, Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ecoturismo e Conservação. Rio de Janeiro, Brasil, camilareistomaz@gmail.com.

Luiza Corral Martins de Oliveira Ponciano
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Biociências, Professora do Programa de Pós-Graduação em Ecoturismo e Conservação, Rio de Janeiro, Brasil, luiza.ponciano@unirio.br

Resumo: Cunhambebe, mediador das territorialidades em resistência de uma terra em disputa entre colonizadores e aquelas e aqueles que não aceitavam ser colonizados, hoje dá nome a uma Unidade de Conservação no Rio de Janeiro. O Parque Estadual Cunhambebe, sob a gestão do Instituto Estadual do Ambiente, por normatizações federal e estadual têm em auxílio à sua gestão, um Conselho Cultivo. Por conveniência, o conselho do parque é também conselho da Área de Proteção Ambiental de Mangaratiba, um dos quatro municípios componentes do território protegido, sobrepondo-o e sendo sobreposto por ele. Considerando os dois territórios e seus entornos, pode-se dizer que ainda há saberes e fazeres originários e tradicionais resistindo a imposições e des e re-territorializações diversas. Este estudo se debruça sobre a composição do Conselho Consultivo PEC/APAMAN problematizando uma premissa das políticas públicas orientadoras da formação de conselhos. Questiona-se quanto às metodologias participativas na composição de conselhos e sua eficácia quanto à presença e efetiva participação daquelas e daqueles sujeitos outremizados pelo entendimento hegemônico de sociedade. Em um primeiro momento foram levantadas as políticas públicas e etapas de formação da participação pública na gestão de áreas protegidas, seguidas da identificação do Conselho Consultivo PEC/APAMAN. Adiante, a formação deste foi analisada quanto à presença de sujeitos do território pré-parque e sujeitos da re-territorialização. Dos 31 conselheiros constantes na portaria publicada no Diário Oficial do estado, 6 representam territorialidades anteriores ao parque e, destes, dois correspondem à Área de Proteção Ambiental. Por fim, abordaram-se possibilidades práticas de composições mais representativas do território a ser administrado, como a presença e diálogo de mais instituições de ensino e pesquisa, a fim de mediar e fortalecer presenças outras.

Palavras-chave: Parque Estadual Cunhambebe; Pedagogia das Encruzilhadas; Geopoética; INEA.

INTRODUÇÃO

O Parque Estadual Cunhambebe (PEC), recorte espacial deste estudo, é uma Unidade de Conservação (UC) de proteção integral administrada pelo Instituto Estadual do Ambiente (Inea). Pela legislação que orienta sua gestão, não permite moradia e deve incentivar pesquisas, ações de educação ambiental e turismo ecológico. As decisões voltadas ao território protegido devem ser auxiliadas por um conselho gestor, formado por entidades públicas, privadas e representatividades civis como, no próprio caso do PEC, associações de moradores e cooperativas de agricultores familiares, pescadores artesanais, dentre outras organizações territoriais comunitárias distintas. Localizado na turística Região da Costa Verde do Estado do Rio de Janeiro, o parque é a segunda maior UC de proteção integral sob a gestão do Inea. Segundo o órgão gestor, dos aproximadamente 39 mil hectares do parque, abrangendo quatro municípios, 95% encontram-se em bom estado de preservação. Seu Plano de Manejo, o principal instrumento de gestão territorial de uma UC de acordo com a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), apresenta fauna, flora, rios, montanhas e memórias naturais e culturais relevantes à conservação em seu extenso território. Este se sobrepõe e é sobreposto pela Área de Proteção Ambiental (APA) de Mangaratiba, fazendo fronteira com a Terra Indígena do Bracuí e com duas áreas de remanescentes quilombolas distintas e distantes. Apesar de ser uma UC de proteção integral, há moradores dentro do PEC como na maioria das UCs, senão todas e, como permitido na categoria, há moradores e traços espaciais e culturais de urbanização em toda APA de Mangaratiba que impacta seu entorno, inserido e comum ao PEC. Além dos espaços comuns pela sobreposição territorial, parque e APA compartilham sede e conselho gestor.

Dos quatro municípios inseridos no território do PEC, Angra dos Reis e Mangaratiba majoritariamente foram território tupinambá, sob os cuidados do cacique Cunhambebe até o século XVI. Os demais, Itaguaí e Rio Claro (apesar de não terem sido em sua totalidade parte desse enorme território que atravessava os hoje estados do Rio de Janeiro e São Paulo) abrigaram etnias frequentemente visitadas pelo indígena cuja territorialidade performava multiterritorial. Descrito como um primeiro político registrado na história do que viria a se tornar o Brasil, por historiadores mais dedicados a desmistificar uma suposta colonização de florestas sem habitantes ou habitadas por selvagens, Cunhambebe caminhava em toda área de sua aldeia e mantinha relação próxima e de fortalecimento com grande parte das aldeias vizinhas. Após o tempo de Cunhambebe e Aimberê, seu amigo e guerreiro na resistência à colonização da região, Mangaratiba foi

colonizada e até hoje pode-se encontrar ruínas dessa época e memórias dos originários daquela terra, assim como do povo africano e afro-brasileiro em oralidades e ocupações.

Pensando no território atual do PEC e na diversidade de formas de uso, ocupação e compreensão do espaço, inclusive enquanto espaço de disputa de poder e espaço de disputa pela significação a partir das diversas formas de relação afetiva com ele estabelecidas, neste ensaio nos debruçamos sobre a composição do Conselho Consultivo do PEC, o Conselho PEC/APAMAN, problematizando sua constituição quanto às representatividades presentes nas cadeiras conselheiras. Para tal, analisamos a portaria oficial do órgão gestor, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro (DORJ), que apresenta as entidades interessadas contempladas pelo Inea com espaços de fala, movimento e gestão partilhada do parque.

Atualmente, diversas políticas públicas de âmbito nacional e estadual já incentivam ou efetivamente determinam a formação dos conselhos a partir de metodologias participativas. Entende-se que ao fazer uso desses instrumentos de ação em coletivo, mais pessoas terão o direito à voz, voto e proposições garantidas. Pesquisadores em Ecoturismo, Conservação, Geografia, Biologia e Educação Ambiental com experiência prévia no uso de metodologias participativas em ações e ambientes diversos (UCs, universidades, escolas, ...), observamos nosso objeto de estudo e os sujeitos envolvidos a partir de lentes dialéticas e dialógicas. O título traz um jogo de palavras que traduz nossa intenção final, pois buscamos com este, auxiliar o Inea, órgão público com autonomia de reorganizar suas condutas internas, a aprimorar tanto as formações quanto sua atuação continuada junto aos Conselhos. Buscamos ainda chamar atenção para a agência do Inea enquanto representatividade e assegurador de direitos dos sujeitos não-humanos (elementos bióticos e abióticos) presentes no parque.

Para tal, em um primeiro momento deste estudo, contextualizamos quem foi Cunhambebe, aquele que dá nome ao parque e intitula nosso estudo. Com isso, pretendemos não só apresentar o passado do território, mas também como eram vistos e tratados os sujeitos e elementos constituintes desse território, somando vozes na justa homenagem feita ao cacique tupinambá que dá nome ao PEC. Abordamos também o território em si onde o PEC foi instaurado, apresentando características que justificam esta análise, assim como as territorialidades e práxis territoriais anteriores à des e re-territorialização do espaço hoje parque. Características e territorialidades essas que demonstram a

potência de um Conselho Consultivo efetivamente representativo do território em sua totalidade ou o mais próximo possível disso. No segundo momento, identificamos como se forma um conselho e quais funções lhe são de dever e quais ações são de direito enquanto Conselho Consultivo, formato utilizado na categoria parque, que tem interesses supostamente prioritários aos da APA, dada a maior relevância ecológica e/ou estado de conservação da área, ainda que sua sobreposição compreenda parte considerável do parque. Em seguida, voltamos o debate à apresentação e análise da composição atual (2019-2020) do conselho PEC/APAMAN quanto às representatividades das relações territoriais presentes, seja ela entre sujeitos, seja entre sujeitos e elementos bióticos e/ou abióticos. Discutimos o tema sob a luz das políticas públicas orientadoras da formação e participação na gestão pública ambiental em diálogo com as territorialidades do PEC, dada prioridade de sua condição.

DESENVOLVIMENTO

> No princípio Monan era um dos nomes de Nhanderu ou Namandu, o criador do mundo ou bisavô do Universo, que se foi desdobrando em vários heróis míticos. Então, no ano de 1549, chegou ao Brasil um padre jesuíta chamado Manuel da Nóbrega, que não quis saber dessa história. Deus era Deus. Não tinha pseudônimo, apelido, codinome. O resto era lenda (TORRES, 2000, p.113).

Hoje, os rios, montanhas e florestas de Mangaratiba, Angra dos Reis, Rio Claro e Itaguaí não tem mais seus nomes originários. O Vale do Sahy, onde está localizada a sede do PEC, recebe sesse nome de origem guarani por conta do Rio Sahy, um dos poucos cujo nome foi preservado, tendo sido escolhido em homenagem ao povo que um dia ali viveu, como o próprio nome do parque. Devido aos múltiplos apagamentos sobre a história dos povos originários as pesquisas sobre esses temas são raras na região, no entanto o parque ainda abriga incorporados nos elementos bióticos e abióticos de seu território memórias e ruínas dos períodos em que esses nomes ainda eram conhecidos. Esses elementos, que foram o motivo para o PEC se tornar uma área protegida (as florestas, montanhas e rios hoje sem quem os chamem pelo seu nome original), são habitados e estão em relação com onças e outras espécies em extinção ainda encontradas no território do PEC (INEA, 2015b). Não sabemos mais seus nomes, não conhecemos suas interações e por vezes os chamamos de objetos,

recursos, e outras formas mercadológicas e distantes de encará-los, ignorando seus valores intrínsecos e outros significados e valores relevantes.

Conhecimentos de diversas fontes de história oral, reunidos atualmente na literatura, nos contam que os povos originários de vários continentes se consideram descendentes das montanhas e rochas em geral, enquanto outros atribuem as suas origens às grutas e às fontes de água, como os rios. As árvores e outros elementos da Natureza também são percebidos como nossos ancestrais, e algumas culturas pintam e colocam ornamentos nas árvores como forma de devoção, por nelas habitar o princípio sagrado da vida, entre outros significados (DARDEL, 2015). Aqui perto, na região onde resiste o Rio Doce (considerado como um avô que foi assassinado ao ser atingido pela lama tóxica de mineração), uma serra de montanhas ainda é consultada como fonte de conselhos para o povo Krenak. Os povos originários, caiçaras e quilombolas que ainda se relacionam destas formas sensíveis e afetivas com o princípio sagrado da vida armazenado em todos os elementos bióticos e abióticos são aqueles que ficaram meio esquecidos pelas bordas do planeta. Eles costumam habitar as margens (dos rios, dos oceanos, das montanhas, ...) na Ásia, na América Latina ou na África, como os Massai, no Quênia, que entraram em conflito com os ingleses por serem contra uma ideia muito comum em diversos lugares do mundo, a de transformar um sítio sagrado – no caso uma montanha - num parque, como se isso fosse um consenso absoluto entre todos os povos sobre a melhor maneira de proteger e cuidar de um território (KRENAK, 2019). Atualmente, muitos grupos hegemônicos experimentam um mal estar diante das inúmeras formas de manifestações do sagrado, especialmente quando ele se manifesta em elementos abióticos, como nas rochas e águas das montanhas e rios. É necessária uma profunda transformação para entender que esses elementos são sagrados justamente por revelar algo a mais, que já não é nem rocha, nem água, mas sim o próprio sagrado (ELIADE, 1992).

Ao adentrar em alguns locais do que hoje é PEC nós podemos vivenciar uma intimidade, um tipo de enraizamento imaterial, um chamado ao sagrado, uma sensação de retorno às nossas origens, que pode ser mais ou menos percebida pelos seres humanos que entram em contato com outros elementos "humanos e não humanos" dependendo de sua abertura ou "porosidade" para o ambiente. Isso é o que consideramos como Geopoética, as imagens e sensações de intimidade com a Terra que nos chegam de diferentes formas, antes de serem transformadas racionalmente em explicações e teorias científicas. Em uma relação direta com a Natureza, a parte "Geo" da Geopoética se refere ao planeta

Terra como base, "coisa com a qual, além de todas as diferenças (...) estamos de acordo", na busca por um consenso no grupo social em relação ao que é considerado como essencial. A "Poética" do termo pode ser entendida como uma "dinâmica fundamental do pensamento" associada com a emoção despertada no corpo (num processo de criação e composição que emerge do contato com a Terra) (WHITE, 19-?). Na Geopoética as mais distintas áreas do conhecimento podem convergir em reciprocidade para romper com as fragilidades inerentes às fragmentações e dualidades em que estamos imersos, vislumbrando o resgate da inteireza da vida na Terra e o papel da humanidade para a sua conservação (KOZEL, 2012).

Nessa concepção de um mundo exterior cheio de vida e de poder, o ser humano pode tomar distância de si mesmo para observar o que é mais essencial, o planeta Terra, entendendo que a dinâmica interna e externa da Terra entrelaça na mesma rede tanto a geodiversidade quanto a biodiversidade, da qual somos uma pequena parte, sendo Natureza e não apenas a analisando (nos analisando) racionalmente. Despersonalizar o rio ou a montanha, tirar deles os seus sentidos originários, considerando por exemplo que a família e a ancestralidade é uma característica associada exclusivamente aos seres humanos, permite que esses lugares sejam explorados de diversos modos (KRENAK, 2019), gerando diferentes escalas de destruição material e imaterial.

Pensando em todas essas visões de mundo e todos esses elementos-sujeitos que habitam o território do PEC e em quem se relaciona cotidianamente com eles, analisamos o conselho e o território sob sua atenção. Do passado pré-colonial, sob os cuidados de Cunhambebe, ao presente, sob a gestão compartilhada pelo Conselho e Inea.

1. Território Ancestral

Cunhambebe, ora herói, ora figura mitológica, para nós um protagonista de feitos históricos e mediador na resistência originária ao processo de colonização no Brasil, viveu na região hoje chamada Costa Verde durante o século XVI. Indígena da etnia tupinambá, morreu em 1555 em uma epidemia, acredita-se que de varíola, doença trazida pelos europeus que dizimou muitos dos originários habitantes da costa.

Em sua obra inteiramente dedicada ao indígena, Antônio Torres, que é escritor, jornalista e publicitário, o define como figura imponente, de voz

marcante e maneiras de chefe que sabe que é chefe (TORRES, 2000). O autor é irreverente em sua narrativa, resultado de densa e atenta pesquisa documental, bibliográfica e de campo, com atravessamentos de afeto e encantamento pela história enquanto a desvelava, principalmente quando em visita aos territórios antes ocupados por Cunhambebe, descrevendo suas experimentações geopoéticas com a memória ancestral desses territórios. Cunhambebe nunca teve problemas com visitas à costa, a resistência, as lutas e o movimento de reunião das aldeias diziam respeito ao uso e ocupação das florestas costeiras (TORRES, 2000; PREZIA, 2017; SILVA, 2020).

Para alguns escritores, não necessariamente pesquisadores na temática, Cunhambebe foi guerreiro, posto que participou de uma guerra e teve descrito em relatos europeus seus rituais de "canibalismo" (mais uma vez uma construção da cosmovisão colonizadora, como verão adiante) com aqueles que derrotava. Contudo, em uma passagem de um desses relatos, o holandês Hans Staden questiona o indígena sobre um pedaço de braço, ou perna, que estava comendo no momento e o chama de canibal. Debochado, ri e responde não ser canibal, pois sequer é homem. Cunhambebe se reconhecia onça, os colonizadores por muito tempo foram suas presas e o território resistiu ao desmatamento, protegido e conservado (TORRES, 2000; SILVA, 2020).

Portugueses chegavam em nossas terras doentes e espalhavam morte, medo e tristeza (TORRES, 2000; KRENAK, 2019). Aqueles que sobreviviam, cortavam incontáveis árvores, desmatando e profanando o solo sagrado de quem vivia aqui (TORRES, 2000; PREZIA, 2017). Franceses faziam diferente e, além de trazer consigo formas de ocupar independentes de materiais da floresta, costumavam permanecer nos navios indo à terra apenas para negociar e confraternizar quando convidados (TORRES, 2000; PREZIA, 2017; SILVA, 2020).

Essa diferença nos tratamentos é descrita na obra "Meu querido canibal" em um diálogo entre Cunhambebe e um francês que pede ao indígena algumas madeiras para que possa construir uma casa para seus filhos em sua terra distante. Cunhambebe cede uma quantidade específica e não só permite que as levem, como pede que os próprios indígenas as cortem, pois sabem como fazê-lo. Entretanto, o francês pede por mais madeiras e Cunhambebe responde pensativamente, concluindo que, pelo que ele podia notar, os franceses não sabiam cuidar de sua terra, pois se cuidassem, saberiam tratar a madeira, cortá-la

e manejá-la para todas as gerações, não precisando vir buscá-la tão distantes da própria terra e em tão grande quantidade (TORRES, 2000).

Não há registros de Cunhambebe ter chegado, via terra ou mar, para além do território hoje reconhecido como brasileiro. Entretanto, o indígena tinha o costume de caminhar e prestar visitas, como se faz até hoje em África, a título de fortalecer laços entre aqueles que dividem um território (ainda que extenso e subdividido), estabelecendo e fortalecendo relações sociais de comunidade e cuidado (COUTO, 2011). Em locais em que o Estado não chega como chega à cidade, são essas visitas e relações intracomunitárias de cuidado com habitantes e território habitado que sustentam famílias, culturas e conservam os próprios territórios (COUTO, 2011; ACOSTA, 2016; SAQUET, 2020).

Durante as investidas portuguesas em terras tupinambás, lideranças e guerreiros de diversas etnias se reuniram no que viria a ser chamada pelos europeus e, posteriormente também por nós, de Confederação dos Tamoios. Ainda que Tamoios ou Tamoyos signifique "os mais velhos" e não seja necessariamente uma etnia, durante o movimento de resistência, o grupo de amigos, desconhecidos e inimigos agiu de forma unificada (TORRES, 2000; PREZIA, 2017; SILVA, 2020). Historiadores e autores diversos dedicados a narrar a dita Confederação dos Tamoios por muito tempo chamaram Cunhambebe de liderança, por ter estado a frente de ataques, confabulado estratégias de defesa e reunido sob sua voz de trovão, vozes de tons, alturas e origens diversas. Por isso, e pelo uma descrição sobre o tupinambá cacique feito guerreiro pelo contexto político da época, Cunhambebe nunca foi liderança, sendo essa uma designação da cosmovisão hegemônica, branca e patriarcal (PREZIA, 2017). O indígena que hoje dá nome ao parque e, por conseguinte, à reunião de quatro municípios, terras indígenas e quilombolas, assentamentos agrícolas e outros sempre foi mediador.

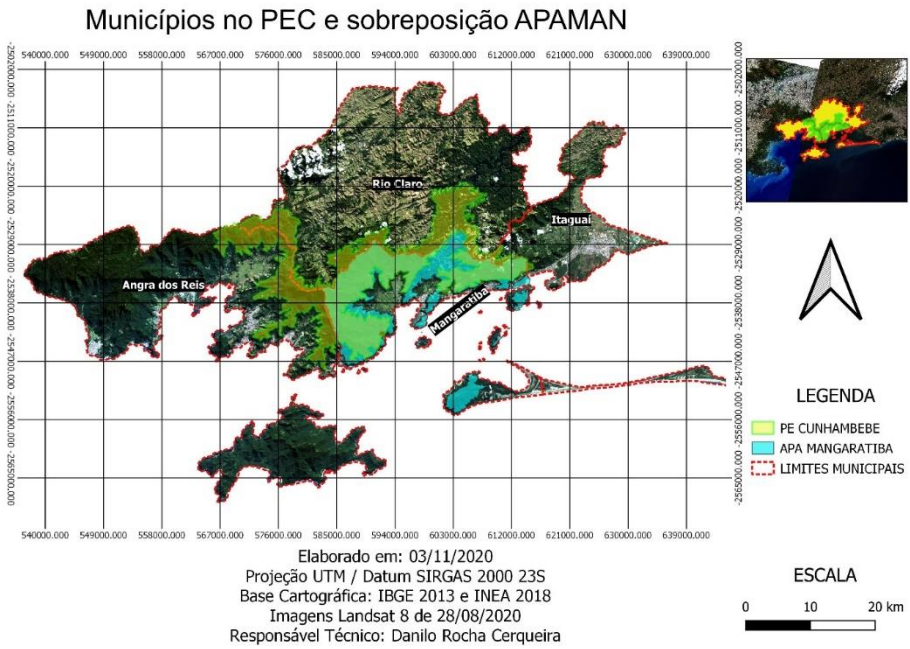
Hoje Cunhambebe empresta seu nome ao parque que ocupa parte de seu território (Figuras 1 e 2).

Figura 1: Centro de Visitantes do Parque Estadual Cunhambebe.

Fonte: Acervo GeoTales.

O PEC, segundo seu Plano de Manejo, possui espécies faunísticas e florísticas endêmicas e ameaçadas de extinção, além de bacia hidrográfica de relevância inestimável para o estado. Incluindo nisto, abastecimento de parte da região metropolitana do Rio de Janeiro (INEA, 2015b). Já a APA de Mangaratiba (APAMAN) possui 25.296,75 hectares compreendendo majoritariamente área costeira, e parte urbana do município de Mangaratiba (RIO DE JANEIRO, 1987). A sede dessas UCs é compartilhada e foi construída em 2015, fora dos limites do Parque, na Vila Sahy, localizada dentro da APA e a aproximadamente 2 km do início do Parque (INEA, 2015a).

Figura 2: Mapa temático.



O mapa temático (Figura 2), elaborado no software QGIS 3.10, apresenta dados secundários de órgãos Federal e Estadual. Os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) são do ano 2013 e do Inea no ano de 2018. Nele, ilustramos informações sobre limites políticos entre municípios do estado do Rio de Janeiro, sendo três deles pertencentes à Região da Costa Verde. Tais municípios estão sendo representados por abrigarem espaços re-territorializados pelo PEC.

O objetivo do mapa está em espacializar as informações mencionadas para que haja melhor compreensão sobre a localização geográfica e a sobreposição de áreas entre as duas UCs constantes na legenda e recortes deste ensaio. Também utilizamos duas imagens de satélite LANDSAT 8 solicitadas ao Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE). Nos utilizamos da técnica de geoprocessamento denominada mosaico para ilustrar o recorte espacial. As imagens e os dados vetoriais geoespaciais foram georreferenciados para evitar erros de posicionamento das UCs. Buscamos realçar a área correspondente à sobreposição do PEC com a APAMAN, que se configura em tom esverdeado mais claro, demonstrando a proporção do município de Mangaratiba abarcado também pelo PEC.

Como a Figura 2 mostra, o PEC quando materializado seja pelo decreto que o cria, seja pela presença de guardas-parques, sede e a construção de uma gestão para o território protegido, re-territorializa áreas conservadas dos quatro municípios. O parque abrange percentuais diferentes de municípios com características de planejamento, uso e ocupação territoriais muito distintas entre si. E, no caso de Itaguaí, propõe reordenamento de um muito pequeno, mas importante fragmento de floresta. Trazendo para essas áreas re-territorializadas gestão compartilhada e sobreposta às decisões de suas prefeituras. Decisões que atinjam às zonas de amortecimento do parque dentro dos municípios passam a ser de relevância ambiental para além de ativismos locais, pois atingem a partir de então, uma UC regulamentada por sistema federal e administrada por órgão público estadual com soberania sobre o território.

2. Construindo um conselho

O SNUC, política pública elementar para entendimento do funcionamento das UCs em território nacional, apresenta a gestão participativa como prática fundamental na administração de áreas protegidas e, para tal, que sejam formados e fortalecidos Conselhos Gestores (BRASIL, 2011; VIANA &

UMBELINO, 2016). O Instituto Estadual de Florestas (IEF), órgão gestor de áreas protegidas do Rio de Janeiro hoje substituído pelo Inea, em 2008 publicou a portaria nº260/2008 voltada à formação e funcionamento de Conselhos em UCs sob gestão estadual.

A Lei Ordinária Estadual nº 3443/2000, sobre a composição de Conselhos Gestores no que tange à participação da sociedade civil, em seu artigo primeiro estabelece "a participação da sociedade civil organizada, em conjunto com o Poder Público e as Universidades, na gestão das unidades de conservação do Estado do Rio de Janeiro, de acordo com o Art. 261, Inciso XXI, através da criação de Conselhos Gestores das Unidades de Conservação Estaduais". A lei prevê que estes conselhos devem ser formados por representantes dos municípios abarcados pela UC, representante do Inea, representante de universidade ou instituição científica de ação local e representante da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) da Seção do município envolvido. Para a política pública, "a co-gestão implica na participação, na administração, na gestão e na elaboração do plano diretor" (RIO DE JANEIRO, 2000).

Entidades públicas, privadas e sociedade civil organizada seja em associações, cooperativas ou sindicatos, por exemplo, podem ocupar cadeiras no Conselho Consultivo, apresentando justificativa via formulário de interesse em formato próprio do órgão gestor. Segundo a Lei Ordinária Estadual que estabelece a participação da sociedade civil em conselhos, organizações civis passíveis de ocupar cadeiras conselheiras são aquelas que a) estejam legalizadas há pelo menos 1 (uma) ano; b) tenham em seus estatutos a defesa do meio ambiente e a ausência de finalidade lucrativa; estejam cadastradas no Cadastro Estadual de Entidades Ambientalistas (RIO DE JANEIRO, 2000).

O Decreto nº 4.340/02 que regulamenta artigos do SNUC, inclusive no que se refere aos conselhos das UCs, descreve sem seu Capítulo V, artigo 1º que: "A representação dos órgãos públicos deve contemplar, quando couber, os órgãos ambientais dos três níveis da Federação e órgãos de áreas afins, tais como pesquisa científica, *educação*, defesa nacional, *cultura*, turismo, paisagem, arquitetura, arqueologia e *povos indígenas* e *assentamentos agrícolas*" (BRASIL, 2011, grifos nossos).

Os conselhos "desempenham um relevante papel no processo de inclusão social, uma vez que garantem de forma perene a participação de distintos setores da sociedade" (VIANA & UMBELINO, 2016, p.47). Contudo, o

exercício de cidadania efetivamente se dá quando os indivíduos e grupos locais participam ativa e amplamente nas tomadas de decisão (PAIVA & ARAÚJO, 2013). Os autores também apontam o lançamento do Plano Nacional de Áreas Protegidas (PNAP) de 2006, como relevante reforço para essas políticas de governança participativa. Os conselhos são incentivados por essas e outras políticas públicas brasileiras a se utilizarem de metodologias participativas a fim de oferecer algum grau de equidade às representatividades presentes. Em um território sobreposto, com mais de 40 mil hectares de relevante diversidade em usos e ocupação e formas de ordenamento distintas, as metodologias participativas em conselho tanto podem oferecer espaço de escuta às diferentes formas de expressão e compreensão do território, quanto podem mapear essas diferenças.

Os conselhos gestores parceiros do Inea são formados a partir de diagnóstico rápido participativo, mapas mentais e cartografia social construída coletivamente. Entretanto, não há normativa orientadora quanto aos métodos e protocolos para o convite à representação em conselho, assim como não há um número definido de assentos para cada conselho, seja consultivo ou deliberativo (LOGATO, 2020). Cabe ressaltar que não há também qualquer menção seja nas políticas públicas sobre formação de conselhos, seja no regimento interno do Inea, a cadeiras direcionadas a manifestações religiosas que existem por e para conservação desses territórios, entendendo-os de forma complexa e multidimensional.

As metodologias participativas são, a priori, propostas dialógicas de potencialização da expressão e autonomia de atores presentes. Em documentos oficiais, estas soam como expressivas tentativas dos órgãos gestores de não tornar os Conselhos Gestores, sejam eles consultivos ou deliberativos, ferramentas de constantes des e re-territorializações. Isto é, ao viabilizar não só a presença, mas a exposição de saberes, interesses e causas, o Conselho Consultivo pode não compactuar com a perpetuação de silenciamentos e fortalecimento de hegemonias.

Seja ao ouvir à totalidade dos conselheiros presentes e assim aos seus diversos interesses, seja ao reunir territorialidades hegemônicas, de resistência, ausentes e silenciadas até ali e convidá-las a se encontrar, se relacionar e se atravessar mutuamente, as metodologias participativas configuram oportunidade à governança pelos que ali habitam. Representatividades essas de territorialidades

(humanas e elementares) que, mesmo distantes espacial, temporal e culturalmente são extremamente influentes entre si de forma simbólica e material.

3. Territorialidades Ausentes

Parque e APA tiveram seus planos de manejo aprovados ambos em setembro de 2015, com 19 dias de diferença entre as publicações, o que sugere um diálogo entre os planos ainda que somente na área sobreposta que, como mostra a Figura 2, é consideravelmente extensa. Os instrumentos de gestão territorial, como os planos de manejo, são alternativas para compatibilizar a ocupação humana com a conservação da biodiversidade visando garantir a sobrevivência e a efetividade das áreas naturais protegidas em consonância com as atividades humanas, por meio de ações no território, envolvendo as UCs e seu entorno, outras áreas protegidas e as áreas modificadas pela ação antrópica estabelecidas entre elas (BRASIL, 2011).

As territorialidades representam formas de ver, compreender e usar os espaços (re)territorializados, sendo resultantes de relações mantidas no território (OLIVEIRA & DA SILVA, 2017) e pressupondo outros sujeitos inseridos de alguma forma nessa mesma lógica territorial (RAFFESTIN, 1993). A imensa diversidade de atores e, portanto, de territorialidades presentes no PEC é indiscutível. O que cabe à discussão é: quantas dessas territorialidades estão presentes (no caso, representadas) do Conselho que ajuda a gerir o parque?

Ao expor os interesses e conflitos presentes nas áreas protegidas geridas com auxílio do conselho, este se torna um espaço de diálogo onde representatividades de diversas territorialidades se encontram, se reconstroem e se expressam. Entendemos que essa exposição pode fortalecer ou enfraquecer poderes sobre o território e, mais do que isso, fazer-se conhecer as diferentes formas de enxergar o espaço re-territorializado em/por UC pelas diferentes lentes que o habitam ou com ele interagem. Para muitos, transformar não parte do pressuposto de antes conhecer, compreender e interagir com a realidade (SANTOS, 2007), mas Freireanos que somos, acreditamos que somente a partir da imersão no contexto geográfico, social e cultural a ser problematizado (seja um território, sejam as multiterritorialdiades que com ele interagem) emergem transformações verdadeiramente revolucionárias (FREIRE, 1979, 1985, 1989.; SANTOS, 2007; BARTHOLL, 2018).

No processo conhecido por des-territorialização, e consequente a (re)territorialização, na construção de múltiplas territorialidades há, na dimensão simbólica da compreensão de um determinado território, uma outra construção social a partir da vivência e, apesar dos esforços da racionalidade hegemônica capitalista em estabelecer o território como unifuncional, as relações estabelecidas com ele temporal, material e imaterialmente comporão territorialidades diversas, que darão significados e usos específicos (HAESBAERT, 2004). Cientes da urgência para que o esforço voltado à transformação na gestão territorial precisa acontecer ainda antes de encerrado o capitalismo, a fim de minimizar suas sequelas (ACOSTA, 2016), levantamos a composição do conselho que auxilia a gestão do PEC, intitulado Conselho Consultivo PEC/APAMAN, publicada em portaria no DORJ:

> Instituto Estadual do Ambiente (INEA);
> Associação Água Marinha;
> Associação de Moradores e Amigos do Vale do Sahy;
> Associação dos Agricultores da Agroindústria de Doces de Mangaratiba;
> Associação dos Comerciantes do Centro de Mangaratiba;
> Associação dos Moradores de Santa Justina;
> Associação dos Pescadores e Maricultores da Ilha da Marambaia;
> Companhia Estadual de Água e Esgoto (CEDAE);
> Comunidade Quilombola do Alto da Serra;
> Conselho Comunitário de Mazombinha e Rio Preto;
> Ecomuseu de Mangaratiba;
> EKOS Ambiental;
> Eletrobras Eletronuclear;
> Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Rio de Janeiro (EMATER-RIO);
> Fundação Instituto de Pesca do Estado do Rio de Janeiro (FIPERJ);
> FURNAS Centrais Elétricas;
> ILAN Instituto de Pesquisa Científica e Desenvolvimento Sustentável;
> Instituto Boto Cinza;
> Instituto Brasileiro de Defesa dos Direitos do Cidadão (IBDDC);
> Instituto de Terras e Cartografia do Estado do Rio de Janeiro (ITERJ);
> Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ) - 50ª Subseção (Mangaratiba);
> Porto Sudeste do Brasil S/A;
> Prefeitura Municipal de Angra dos Reis;
> Prefeitura Municipal de Itaguaí;
> Prefeitura Municipal de Mangaratiba;
> Prefeitura Municipal de Rio Claro;
> Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ);
> Universidade Federal Fluminense (UFF);
> Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ);
> VALE S/A;
> TERNIUM Brasil LTDA. (RIO DE JANEIRO, 2019)

As trinta e uma entidades conselheiras são responsáveis por dialogar sobre os mais de 40 mil hectares somados em áreas costeira, urbana e de montanhas, além de áreas protegidas inseridas em quatro municípios. Para tal, entendemos que os conselheiros em sua totalidade precisam ao menos conhecer os interesses de territorialidades quilombolas, indígena, rural, urbanas e caiçaras, dada a influência das decisões tomadas ali sobre estes microterritórios internos ao PEC e seu entorno.

A atual composição do conselho consultivo do Parque, em uma observação atenta ao número de atores por território administrativo, chama atenção para a disparidade de representatividades territoriais do PEC e de seu entorno. Principalmente as regionais de fora de Mangaratiba, por exemplo. Assim como abre a discussão para as possíveis disputas pelo poder do Conselho, dadas as territorialidades presentes (e ausentes!), pois:

> se o espaço social aparece de maneira difusa por toda a sociedade e pode, assim, ser trabalhado de forma genérica, o território e as dinâmicas de des-territorialização (sempre hifenizada) devem ser distinguidos através dos sujeitos que efetivamente exercem poder, que de fato controlam esse(s) espaço(s) e, conseqüentemente, os processos sociais que o(s) compõe(m) (HAESBERT, 2004. pág. 22).

O Conselho Consultivo PEC/APAMAN aparece então como espaço de discussão sobre conflitos diversos, disputas e (ex) pressões sobre dois territórios (e formas de compreendê-los) distintos. PEC, APAMAN e suas diversas territorialidades, por mais que contemplados com as mais ricas metodologias participativas, participam por completo da tomada de decisões?

Raphael Logato, atual diretor do Serviço de Gestão Participativa do Inea, em uma palestra em plataforma virtual acerca do tema, chamou atenção para o fato de, por vezes, "o Conselho Gestor ser a instância mais próxima de Educação presente no território" se referindo à educação para cidadania e à educação ambiental (LOGATO, 2020).

A segunda maior unidade de conservação do Estado do Rio de Janeiro sob a gestão do INEA tem em seu conselho representatividade de três universidades públicas das sete do estado, sendo uma estadual e duas federais. As quatro prefeituras administradoras do território dos quatro municípios que o parque abrange têm conselheiros presentes na portaria. Entretanto, não há

menção a representantes ou suplentes especificamente das Secretarias de Educação, por exemplo, destes municípios. Assim como não há nenhuma representação das muitas escolas que participam de ações voltadas à educação ambiental no parque, objeto de interesse prioritário do PEC segundo seu Plano de Manejo.

No entorno do Parque, como já mencionamos, há ao menos duas comunidades de remanescentes quilombolas, um território ainda indígena, comunidades caiçara e rural de diferentes usos, ocupação e relação com o território. No entanto, apenas sete conselheiros representam associação de moradores, comunidades tradicionais e assentamentos agrícolas, sendo estes majoritariamente localizados em Mangaratiba e seu entorno, portanto, ligados ao PEC devido a sobreposição.

A OAB de Mangaratiba, como estipula a Lei Ordinária Estadual responsável pela formação dos Conselhos Gestores, está presente, tanto por sua inserção obrigatória no PEC quanto na APAMAN, ainda que não fossem sobrepostos. Entretanto, não estão na lista de conselheiros a OAB de Rio Claro, município com trecho consideravelmente extenso de área protegida abarcada pelo PEC, assim como a OAB de Angra dos Reis. Ambos os municípios têm em suas fronteiras jurídicas com o Parque, comunidades quilombolas que, dentro da lógica colonial que ainda vivemos, performam humanidades subalternizadas e costumeiramente silenciadas em processos de decisão. E, por isso, sumariamente necessitadas de fortalecimento do poder público em suas lutas.

O que nos apresenta a formação atual do Conselho Consultivo PEC/APAMAN no restante de sua constituição ainda não mencionada são empresas prestadoras de serviços coletivos essenciais, empresas de atividades extrativistas, indústrias da transformação e empresa de logística portuária. Além delas, institutos de pesquisa localizados, ONGs, empresa de consultoria ambiental e de extensão universitária estão presentes.

Fato curioso está na grande presença de segmentos do setor privado na composição do conselho, inclusive empresas que não necessariamente desenvolvem atividades em algum dos municípios abarcados pelas UCs destacadas aqui, sobretudo o PEC, como é o caso da TERNIUM Brasil LTDA que localiza suas atividades industriais no bairro de Santa Cruz, município do Rio de Janeiro. Paradoxalmente, os municípios que apresentam etnia indígena com território demarcado e remanescentes quilombolas próximos ou até mesmo sobrepostos aos limites territoriais do PEC, como é o caso de Angra dos Reis e

Rio Claro, possuem menos representações da sociedade civil do que Itaguaí, Rio de Janeiro e principalmente Mangaratiba. Tal fato nos leva a questionar o porquê dessa realidade extremamente desigual se reproduzir dentro e nos entornos da única UC cujo nome homenageia uma representatividade originária histórica. Entendemos que um dos caminhos para buscar essa resposta está na tentativa hegemônica em criar consensos "baseados na ideia de que o que ela (a hegemonia) produz é bom para todos" (SANTOS, 2007, p.55).

Entendemos que em conselhos plurais estarão em diálogo saberes diversos, desde os científicos aos empreendedores e, se aprimoradas as práticas de participação, é possível a inclusão de "gente que não sabe ler livros, mas que sabe ler o seu mundo" (COUTO, 2011, p.14). Por acreditar nessa renovação da prática e na emergência de bons conviveres (ACOSTA, 2016) vindos do fazer coletivo, dos fazeres marginais e das práticas subalternizadas e ausentes do poder hegemônico, acreditamos na transformação do entendimento de participação na gestão ambiental das UCs do Rio de Janeiro. Atentos à homenagem à resistência feita por Cunhambebe à colonização dos modos de entender e ocupar a terra e em reforço à investida, consideramos que o parque que leva o nome de Cunhambebe pode ser exemplo de espaço de resistência às diversas práticas coloniais em uma área protegida. Assim como seu conselho, lugar de reunião, diálogo e fortalecimento de territorialidades, no plural.

Acreditamos na potência de ações embasadas em referenciais teóricos da Geopoética (KOZEL, 2012), Pedagogia das Encruzilhadas (RUFINO, 2019), Educação Ambiental Crítica (REIGOTA, 2002; CARVALHO, 2012) e nos Bons Conviveres (ACOSTA, 2016) não só na mediação de conflitos durante o conselho, mas no convite a saberes comumente ausentes da gestão. A diversidade e a pluralidade de formas de ser e estar no mundo são princípios orientadores das práxis pedagógicas pautadas nas áreas citadas acima. Por isso, ações que envolvam comunidades escolares, visitas à territórios originários e tradicionais, eventos científico-culturais construídos coletivamente com participação do órgão gestor podem ser exemplos de boas práticas de aproximação destes e daqueles saberes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cunhambebe foi, na resistência à colonização portuguesa, feito liderança e agente de união das mais diversas formas de ver e ocupar que existiam no território da Costa Verde pré-colonial. Mais de 200 culturas e cosmovisões se

reuniram sob sua representatividade nas deliberações da Confederação dos Tamoios e lutaram por acordos dali provenientes. Territórios extensos, sobrepostos e disputados no que hoje chamamos de Rio de Janeiro e São Paulo, territorialidades distintas e discordantes, idiomas e perspectivas diversos foram representados em diálogos com personalidades históricas do período colonial como Padre Anchieta e Hans Staden através de Cunhambebe. Ontem, indígena representatividade de resistência e da pluralidade de territorialidades no território, hoje nome de Unidade de Conservação localizada em parte destes tantos territórios plurais unidos pela resistência à uma uniformização da práxis territorial imposta de outrora.

O Conselho Consultivo de uma área protegida pressupõe participação social, o que compreende decisões coletivas e dialógicas, exposição de conflitos e exercício da cidadania. Para tal, as representatividades do e com interesse no território administrado devem manifestar e justificar esse interesse ao órgão gestor e, assim, compor o conselho, trazendo voz e cosmovisões plurais ao planejamento territorial. Apesar do Conselho Consultivo não ter poder de veto efetivo, no que diz respeito a autorizar ou impedir alguma transformação deliberada pelo órgão gestor, há na práxis, poder de reunir, coordenar e resistir às deliberações externas ou contrárias à vontade das territorialidades representadas no conselho.

Políticas públicas brasileiras, manuais, diretrizes e autores que pesquisam e avaliam conselhos apontam a educação ambiental como importante agente de mediação entre comunidades residentes, pesquisadores e entidades atuantes em áreas protegidas, sujeitos que se relacionam de alguma forma com e no entorno e órgãos gestores. Ausências nas atuais cadeiras de conselheiros do PEC sugerem urgente fortalecimento nas ações de Educação Ambiental voltadas para o exercício de cidadania e oferecidas em unidades escolares, associação de moradores, núcleos de pesquisa e demais espaços de formação e potencialização de identidades territoriais.

Os Conselhos Gestores, lugar de reunião e diálogo dessas identidades territoriais diversas com interesses distintos, são formados a partir de metodologias participativas, seguindo orientação do SNUC e do PNAP em âmbito Nacional e do Inea em âmbito estadual. Contudo, não há um protocolo específico de ação para as UCs do Estado do Rio de Janeiro convidarem aos conselhos representatividades mais distantes do fazer institucional e mais próximas politicamente do fazer coletivo.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. *O Bem Viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. São Paulo: Autonomia Literária, Editora Elefante, 2016.

BARTHOLL, Timo. *Por uma Geografia em movimento: a ciência como ferramenta de luta.* Rio de Janeiro: Consequência, 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza: *Lei nº 9.985,* de 18 de julho de 2000; *Decreto nº 4.340*, de 22 de agosto de 2002; *Decreto nº 5.746*, de 5 de abril de 2006. Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas: *Decreto nº 5.758,* de 13 de abril de 2006 / Ministério do Meio Ambiente. – Brasília: MMA/SBF, 2011.

CARVALHO, I. C. de. M. *Educação ambiental e a formação do sujeito ecológico*. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2012.

COUTO, Mia. *E se Obama fosse africano?: e outras invenções*. 1ª ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DARDEL, Éric. *O Homem e a Terra: natureza da realidade geográfica*. São Paulo: ed. Perspectiva, 2015.

ELIADE, Mircea; FERNÁNDEZ, Luis Gil. *O Sagrado e o profano*. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1992.

FREIRE, Paulo. *Conscientização: Teoria e Prática da Libertação*. Uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança*. São Paulo: Paz e Terra, 1985. 9ª Edição.

FREIRE, P.; NOGUEIRA, A. *Que fazer: Teoria e Prática em educação popular*. Petrópolis – RJ: Vozes, 1989. 2ª Edição.

HAESBAERT, Rogério. *Dos múltiplos territórios à multiterritorialidade*. Porto Alegre, 2004.

INEA. a) Instituto Estadual do Ambiente. *Resolução INEA Nº 123 de 11 de Setembro de 2015*. Aprova o Plano de Manejo da Área de Proteção Ambiental de Mangaratiba, e dá outras providências.

INEA. b) Instituto Estadual do Ambiente. *Resolução INEA Nº 125 de 30 de Setembro DE 2015*. Aprova o Plano de Manejo do Parque Estadual Cunhambebe.

KOZEL, Salete. *Geopoética das paisagens: olhar, sentir e ouvir a "natureza"*. Caderno de Geografia, v.22, n.37, p.65-78. 2012.

KRENAK, A. *Ideias para adiar o fim do mundo.* 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2019.

LOGATO, R. *Webinário Limnologia UFRJ – 20/10 – Raphael Logato* no Canal Limnologia UFRJ. Disponível https://www.youtube.com/watch?v=8F8BSAE723o acessado em 20 de Novembro de 2020.

OLIVEIRA, Andressa Rodrigues Sensato; DA SILVA, Carla Holanda. *Território, Territorialidade e Identidade Territorial: categorias para análise da dinâmica territorial quilombola no cenário geográfico*/Territory, Territoriality and Territorial Identity: categories for analysis of the dynamics (...). Caderno de Geografia, v. 27, n. 49, p. 411-426, 2017.

PAIVA, N.V.M.; ARAÚJO, M.V.P. *Gestão Participativa e ecoturismo em Unidades de Conservação: a voz da comunidade por meio do Conselho Gestor.* Anais do IX Congresso Nacional de Ecoturismo e do V Encontro Interdisciplinar de Turismo em Unidades de Conservação. Revista Brasileira de Ecoturismo, São Paulo, v.6, n.4, nov-2013, pp.11-26.

PREZIA, Benedito. *História da resistência indígena: 500 anos de luta.* Expressão Popular: São Paulo, 2017.

RAFFESTIN, Claude. *Por uma Geografia do Poder*. Tradução: Maria Cecílica França. São Paulo: Ática, 1993.

REIGOTA, M. *A Floresta e a Escola: por uma educação ambiental pós-moderna.* 3ª ed, São Paulo: Cortez, 2002. 167p.

RIO DE JANEIRO, Governo do Estado do Rio de Janeiro. *Lei Ordinária Estadual nº 3443 de 14 de Julho de 2000*. Regulamenta o artigo 27 das disposições transitórias e os artigos 261 e 271 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, estabelece a criação dos Conselhos Gestores para as Unidades de Conservação Estaduais, e dá outras providências.

RIO DE JANEIRO, *Portaria INEA/ DIBAPE nº117 de 12 de Julho de 2019*. Estabelece a composição do conselho consultivo do Parque Estadual do Cunhambebe e da Área de Proteção Ambiental de Mangaratiba.

RUFINO, Luiz. *Pedagogia das encruzilhadas*. Rio de Janeiro: Mórula Editorial, 2019.

SANTOS, Boaventura de S. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social.* Traduzido por Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SAQUET, Marcos Aurelio. *Entre o rural e urbano, a práxis territorial de libertação* em HERNÁNDEZ, E. L. A liberdade territorial: a práxis territorial popular na América Latina. Traduzido por Pâmela Cichoski. Coleção Território e Práxis Popular (v.2). 1ª Ed. Rio de Janeiro: Consequência, 2020. 120p.

SILVA, Rafael Freitas da. *O Rio antes do Rio.* Belo Horizonte: Relicário, 2020. 4ª Edição. 472p.

TORRES, Antônio. *Meu querido canibal.* Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2000. 188p.

VIANA, D. P.; UMBELINO, L. F. *O conselho gestor como ferramenta para a gestão participativa de unidades de conservação.* Revista Ibero-Americana de Ciências Ambientais, v.7, n.3, p.40-58.

WHITE, Kenneth. *O grande campo da geopética.* [S. l.], [19-?]. Disponível em: https://www.institut-geopoetique.org/pt/textos-fundadores/56-o-grande-campo-da-geopoetica. Acesso em: 23 out. 2020.

PARADIGMAS DA SUSTENTABILIDADE: Povo do Aventureiro *versus* Reserva de Desenvolvimento Sustentável da Praia do Aventureiro (Ilha Grande, Angra Dos Reis – Rj, Brasil

Córa Hagino
Universidade Federal Fluminense, pós-doutoranda do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Niterói, Brasil
corahisae@hotmail.com.br

Alba Simon
Pesquisadora do Observatório de Parcerias em Áreas Protegidas – UFRRJ.
Pesquisadora do Laboratório de Justiça Ambiental – UFF.
albasimon7@gmail.com

Resumo: No Brasil, a criação de áreas protegidas é considerada um dos principais instrumentos para a conservação da biodiversidade. Isto implica necessariamente em um ordenamento territorial pelo Estado que passa a controlar os usos e apropriação do território para fins de conservação da biodiversidade. Essa política vem enfrentando, desse a década de 1990, forte resistência de grupos culturais diversos que habitam esses territórios cujos modos de vida passam a ser submetidos às regras da conservação ambiental. O presente trabalho tem como objetivo analisar os impactos da criação de uma Unidade de Conservação de Uso sustentável, a Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Aventureiro, criada para assegurar as condições para a reprodução e a melhoria dos modos de vida da comunidade tradicional. O povo do aventureiro são pescadores que habitam a face norte da Ilha Grande (Angra dos Reis, Estado do Rio, Brasil) desde o século XVX. A pesquisa relatada foi realizada através de observação participante no dia-a-dia da população local, além de questionários e entrevistas. A Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Aventureiro foi criada em 2014 a partir da recategorização de uma porção da Reserva Biológica Praia do Sul (criada em 1981). Esta categoria é restritiva para a presença humana e manteve por 33 anos a comunidade sob tutela do Estado, restringindo seus modos de viver. Num primeiro momento, analisaremos um breve histórico do povo do Aventureiro e sua relação com as áreas protegidas. Por meio de uma perspectiva processual dos conflitos ambientais, pretende-se destacar os impactos da categoria Reserva de Desenvolvimento Sustentável junto aos modos de vida da comunidade e sua relação com a burocracia estatal. Ao fim, serão abordados os dilemas e desafios à implantação das novas orientações socioambientais que têm questionado o legado conservacionista dominante nas políticas ambientais fluminenses.

Palavras-chave: áreas protegidas; políticas ambientais; conflitos socioambientais.

INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma análise do trabalho desenvolvido pelas autoras de 2009 a 2020, do processo de recategorização da Reserva Biológica da Praia do Sul e sua transformação em Reserva de Desenvolvimento Sustentável, no território caiçara denominado Aventureiro, localizado na ilha grande na cidade de Angra dos Reis, no Estado do Rio de Janeiro. Por 28 anos, (de 1981 a 2009) a comunidade do Aventureiro passou de uma comunidade tutelada pelo Estado, conforme atesta Lima da Costa[1] (2011) [i]em pesquisa desenvolvida na década de 2000, para comunidade de base sustentável, uma vez seu território, outrora destinado única e exclusivamente a pesquisas científicas e, portanto, proibitivo a presença humana, foi transformado em território sustentável, uma vez que a tradicionalidade e a prática comunitária, passaram a ser vistos junto ao órgão gestor e a sociedade como ecológicos, sustentáveis e de baixo impacto.

O objeto de estudo desta pesquisa, portanto, é a Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Aventureiro e os respectivos impactos socioambientais sobre os modos de vida da comunidade tradicional local que tem no turismo comunitário sua principal fonte de sobrevivência.

O processo de criação da RDS do Aventureiro levou 5 anos, legalmente a RDS foi criada em 2014, após 38 anos de conflitos entre comunidade e Estado, para assegurar as condições para a reprodução e a melhoria dos modos de vida

[1] O antropólogo Gustavo Villela Lima da Costa realizou pesquisas de Mestrado e Doutorado em Antropologia Social, pelo Museu Nacional, da Universidade Federal do Rio de Janeiro de 2004 a 2008 na Reserva Biológica Estadual da Praia do Sul onde constatou a relação de tutela do órgão ambiental (FEEMA,) com o povoado do Aventureiro a partir da análise do papel do administrador da Reserva (funcionário público que residiu no povoado). Este, se tornou o ordenador legítimo do território, sobrepondo-se à população nativa. O autor destaca que entre os muitos efeitos sociais da presença desse funcionário, este passou a representar o Estado no Aventureiro. Por mais de treze anos, ele era o responsável pelo que podia ou não podia ser feito no Aventureiro, desde a construção de casas para os moradores que se casavam, até a permissão para o funcionamento de campings ou de bares. Além disso, todas as reivindicações dos moradores com relação a inúmeros problemas (transporte, saúde, policiamento etc.) eram encaminhadas junto ao poder público por meio desse funcionário, estabelecendo uma relação de tutela aliada a uma dimensão pedagógica do poder (que trata os moradores como incapazes de cuidar daquele território)que é uma característica da dinâmica tutelar de poder.

da comunidade tradicional de pescadores que habitam a face norte da Ilha Grande (Angra dos Reis, Estado do Rio, Brasil). Importa refletir sobre até que ponto o turismo comunitário, executado agora com o viés sustentável, a partir da recategorização da Reserva Biológica, a luz de práticas economicistas e mercadológicas, não impõe uma ruptura com os valores mais "tradicionais", tais como a solidariedade, a cooperação e a reciprocidade, que eram aspectos fundamentais na garantia da sobrevivência da comunidade.

Seria a ausência e o abandono do Estado, na gestão da RDS, o responsável pelo descontrole do turismo e consequente desorganização social dos moradores uma vez que sempre estabeleceu uma relação tutelar com estes impedindo de certa forma a organização social e a autonomia territorial em um espaço visto como território da conservação da biodiversidade?

A pesquisa mais recente ocorreu antes do evento da Pandemia, em período posterior à implantação da RDS (2017-2019) onde foram realizadas entrevistas exploratórias não estruturadas e 30 questionários aos moradores[2] do Aventureiro sobre o impacto da RDS e observação participante no dia-a-dia da população local, em especial no período de grande impacto turístico, como r*éveillon* e feriados prolongados.

1 O POVO DO AVENTUREIRO E A SUSTENTABILIDADE

Ao povo do Aventureiro vive na Praia de mesmo nome que se localiza na parte sul da Ilha Grande, Angra dos Reis, RJ. A forma mais utilizada para ir a esta praia é através de barco. É uma localidade de difícil acesso por ser voltada para mar aberto. Por essa razão, em períodos de mau tempo o único caminho se dá pelo Provetá[3], quando se faz uma trilha íngreme de quatro quilômetros pela Mata Atlântica para, enfim, se chegar à praia. Talvez esta seja a razão do nome desta pequena vila: Aventureiro.

Ao se chegar ao Aventureiro, é possível ver pequenos barcos com casaria e botes atracados no cais. Um pequeno caminho leva até a praia. A vista do horizonte é o mar, a floresta que encobre a encosta e as casas que ficam no alto dos morros e, ainda, seis quilômetros de praias desertas separadas por algumas

[2] Atualmente vivem 90 nativos no Aventureiro, logo cerca de 30% responderam o questionário.

[3] Praia habitada mais próxima e um dos maiores povoados da Ilha Grande.

pedras. Na areia há ranchos de pesca e canoas a remo, algumas com mais de cem anos. Lá o tempo é marcado pelas fases da lua e pela distinção verão/inverno. A noção de espaço é diversa, as casas não são próximas umas das outras e a vista é sempre livre, voltada para o mar.

Os pescadores que ali vivem se auto definem como nativos ou "filhos do Aventureiro". Isso significa que são nascidos e crescidos nesta praia, em oposição aos "de fora" e aos turistas. Cabe aqui ressaltar que os "de fora" se distinguem dos turistas. Os "de fora" são os veranistas, que compraram as ocupações de moradores e costumam ser vistos com desconfiança pelos nativos. Helena Catão (2004) divide a população do Aventureiro em moradores nativos (nasceram e moram no local), moradores incorporados (foram incorporados por casamentos, por exemplo), nativos não moradores (nasceram no Aventureiro, não moram no local, mas passam temporadas), residentes secundários (veranistas), turistas frequentadores (retornam frequentemente, ficam nos mesmos campings e são considerados amigos da comunidade), turistas recentes/de passagem (visitantes que dão a volta à Ilha ou visitam o local poucas vezes), outros frequentadores (ONGs, pesquisadores, funcionários públicos a trabalho). Rosane Manhães Prado (2005) identifica uma polarização entre o nativo e o não nativo, com a categoria "nativos" relacionada com "pobres", "empregados" e "tradição local". E "não-nativos" ligado a representações de "ricos", "patrões" e "ambientalistas". Segundo a autora, esta dicotomia é frequentemente retomada nos espaços públicos de discussão.

Há uma associação de moradores (AMAV–Associação de Amigos e Moradores do Aventureiro)[4], cuja presidente é dona de restaurante e camping familiar, assim como a maior parte dos nativos.

A maior parte da renda dos nativos é proveniente do turismo de campings, aluguel de quartos ou decorrentes do transporte de passageiros e pequenos bares e restaurantes. alguns poucos moradores possuem, ainda, empregos públicos ou em ONGS. O dinheiro que se ganha na alta temporada auxilia a renda familiar nos períodos de pouco movimento turístico.

Na baixa temporada, que constitui a maior parte do ano, a pesca e algumas pequenas hortas auxiliam no sustento das famílias, pois o peixe e os alimentos colhidos dispensam parte das compras no continente.

[4] Aassociação ficou sem presidência por quase 3 anos.

O mar tem grande significado para a comunidade. É para ele que a vila se volta. É o mar que delimita as idas ao continente ou o isolamento. E é do mar, que as famílias retiram seu sustento, seja pela pesca ou pela atividade de turismo, já que os turistas que visitam o Aventureiro buscam principalmente a praia.

A pesca continua sendo uma prática frequente, de linha, rede de espera ou no cerco da tainha no inverno. A pesca constitui um importante fator de agregação comunitária. Isto porque, exceto na pesca de linha, não se pesca sozinho. Além disso, a pesca é uma atividade masculina, no qual as mulheres têm um papel diferenciado, pescando lulas e, algumas vezes, ajudando a puxar a rede.

Quanto à história do Aventureiro, não há documentos que comprovem o início da ocupação desta localidade. A história é quase toda oral, contada pelas famílias. Os nativos mais velhos remetem a existência do Aventureiro a seus avós e bisavós. O primeiro documento vem de 1872, com a certidão de nascimento de um morador, mas ao que tudo indica, a história remete a tempos mais remotos. "*Meu bisavô veio de Portugal*" (nativo 1). "*A vó da minha vó era índia e foi pega no laço. Acharam muita ossada de índio no ilhote. Os índios que descobriram aqui*" (nativo 2). "*Nós somos caiçaras. Aqui tinha índio, depois teve fazenda do tempo dos escravos. Minha vó era parente de fazendeiro*" (nativo 3).

Pesquisas arqueológicas afirmam que, por volta de três mil anos atrás, viveu nesta região da Ilha Grande um grupo de pescador, coletor e caçador. Posteriormente, a Ilha Grande teria sido ocupada por grupos indígenas tupinambás, cuja influência na cultura caiçara se deu quanto ao uso do fogo na agricultura familiar. Entre os séculos XVI e XVIII, a Ilha Grande teria sido esconderijo de piratas. Já nos séculos XVIII e XIX, existiram grandes fazendas na Ilha Grande, onde eram plantadas grandes extensões de cana-de-açúcar e café. Nestas fazendas, se recebia os escravos que passavam pela quarentena e, por ocupar posição mais afastada, o tráfico de escravos continuou existindo na Ilha mesmo após sua proibição (VILAÇA; MAIA, 2000).

A praia do Aventureiro fez parte de uma Reserva Biológica instituída em 1981: a Reserva Biológica da Praia do Sul. A Reserva biológica é uma unidade de conservação de proteção integral, de acordo com o SNUC (Sistema Nacional de Unidades de Conservação). Logo, este tipo de unidade não permite a presença humana em seu interior, exceto para fins de pesquisa com a autorização do órgão competente.

No entanto, antes da criação da Reserva Biológica da Praia do Sul, já existia um povo tradicional há mais de um século que vivia da pesca, roça e caça: o povo do Aventureiro (VILAÇA; MAIA, 2000). Esta unidade de conservação foi implementada sem consulta aos caiçaras, que sofreram limitações em seu modo de vida, pois foram impedidos de praticar os atos necessários à sua sobrevivência (roçar, caçar e construir) ou mantê-los na clandestinidade.

Praia do Aventureiro (2017). Foto de Cora Hagino.

A criação da Rebio-sul em área anteriormente ocupada pelo povo do Aventureiro, sem qualquer tipo de participação da comunidade na decisão, trouxe inúmeros conflitos.

Antes da implantação da Rebio-Sul, segundo os moradores mais antigos, se vivia basicamente da pesca e da roça. O nativo mais velho afirma: "*Eu gostava de pescar. Gostava não, gosto. Eu era tudo, pescador, lavrador, fazia tudo. Quando enjoava da lavoura, pescava, quando enjoava da pesca ia para a lavoura*". Havia grandes roças de mandioca, feijão, arroz, guando, aipim, cana-de-açúcar, café, banana, arroz, milho, melancia, pepino, abóbora e outros gêneros de subsistência. "*Tudo nós plantava e colhia*" (nativo 1). A pesca contava com grande fartura com cercos de peixes em que trabalhavam homens, mulheres e crianças nas redes. "*Meu pai tinha rede e canoa a motor. Os homens lançavam a rede e as mulheres ajudavam a recolher. Tinha mais mulher que peixe!(risos)*"(nativo 4). O peixe era salgado para vender em Angra

e outra parte era consumida pelos moradores. "*Quando vendia (peixe), os donos da rede, até meu pai, pagava o quinhão das mulheres e crianças (que trabalharam na rede). Com o dinheiro comprava sal, sabão, carne seca e toucinho*" (nativo 5).

Desta forma, a base alimentar eram produtos da roça e da pesca. "*Fazia biju, peixe com banana, peixe com biju. Quando faltava peixe era sururu. Cozinhava, escapulhava, cozinhava com banana, ensopava com feijão e arroz*" (nativo 5).

A caça também era utilizada como fonte de alimentação. "Dentre os animais caçados, espécies de mamíferos répteis e aves, com maior preferência a lagartos, paca, cotia, tatu, preá" (BENEVIDES, 2008, p.3).

Inicialmente, com a criação da Rebio-Sul a ideia do Estado do Rio de Janeiro era retirar os moradores e realizar uma desapropriação, o que não ocorreu. Estes foram vivendo de forma precária até os anos 90, período que emerge o turismo após o fim do presídio na Ilha Grande. O turismo era neste momento incipiente e baseado em *campings* no quintal dos moradores (FERREIRA, 2004).

No ano de 1990, com o Decreto estadual no 15.983, de 27 de novembro, foi criado o Parque Estadual Marinho do Aventureiro, sendo "vedadas a exploração dos recursos naturais, especialmente a pesca, e qualquer atividade potencialmente poluidora. Sob controle e fiscalização da FEEMA, será permitida a pesca artesanal". O referido artigo 3º da lei provocou conflitos por não estabelecer uma regra clara e de acordo com cada fiscal determinada malha de pesca era considerada ou não artesanal. Por vezes até mesmo a pesca na linha foi proibida, afetando as atividades de subsistência e as práticas socioculturais como o cerco à tainha (HAGINO, 2009).

Os conflitos foram se tornado mais complexos com o passar do tempo, enquanto a população do Aventureiro crescia e com o aumento do turismo esta situação se agravou.

A partir de 1994, com o fim do presídio de Dois Rios[5], praia próxima ao Aventureiro, o turismo se intensificou progressivamente. Nos anos 2000, a Praia do Aventureiro com cerca de 500m de extensão chegou a receber mais de 2 mil pessoas. Este fato chamou atenção do Jornal O Globo e uma reportagem

[5] Como o presídio de dois rios, que abrigava presos políticos e presos comuns, funcionava como uma colônia agrícola e os presos passavam os dias soltos era frequente a fuga para as praias vizinhas como Parnaioca e Aventureiro, nas quais faziam as pessoas reféns a fim levar os presos ao continente.

destacando a quantidade de pessoas no Carnaval originou uma ação do governo do Estado[6] obrigando a retirada de turistas à força no feriado de Carnaval. Após este episódio, o Ministério Público adentrou no conflito propondo um TAC (termo de ajustamento de conduta) permitindo o turismo no limite máximo de 560 pessoas[7].

Praia do Aventureiro (2018). Foto de Cora Hagino.

Com a mudança de governo[8] e de quadro de funcionários na área ambiental, antigos militantes e participantes de ONGs e movimentos sociais vinculados à área ambiental assumiram cargos de gestão na área ambiental do Estado e uma série de projetos passaram a ser desenvolvidos, entre eles a recategorização do Aventureiro.

Deste modo, durante os anos de 2007 e 2008 houve um processo de mudança de unidade de conservação que reduziu parte da Reserva Biológica com o objetivo de retirar o Aventureiro da Rebio-Sul. Esta alteração se deu com a participação de moradores do Aventureiro, ONGs, pesquisadores e dos órgãos ambientais, por meio da criação do Grupo de Trabalho do Aventureiro. Neste grupo, havia duas hipóteses centrais, uma de transformar a área em uma APA

[6] No período, o governador do Estado do RJ era Anthony Garotinho.
[7] Apesar deste limite ser questionado pelos moradores, continua válido até os dias atuais.
[8] Sergio Cabral assume o governo do Estado do RJ e o secretário de ambiente passa a ser Carlos Minc político destacado na área ambiental.

(área de proteção ambiental, que permite propriedade provada em seu interior), outra de criar uma RDS (reserva de desenvolvimento sustentável, que só permite áreas de propriedade estatal). Entre os gestores públicos em sua maioria havia o interesse em formar a primeira RDS do estado do Rio de Janeiro. Os moradores ficaram divididos entre APA e RDS, já que alguns acreditavam que a APA seria mais benéfica por lhe permitir a venda da casa, mesmo estando em uma ilha. Neste embate prevaleceu a visão dos gestores e da maior parte da comunidade, sendo criada a primeira Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Rio de Janeiro: RDS do Aventureiro, embasada no turismo de base comunitária.

Abaixo foto do cais do Aventureiro que recebe os turistas vindos do continente ou de outras praias da Ilha Grande.

Cais do Aventureiro (2019). Foto de Cora Hagino.

Com a criação da Reserva de Desenvolvimento Sustentável Estadual surgiram novas perspectivas aos moradores que puderam viver do turismo de base comunitária, no entanto ainda há diversos desafios na implantação efetiva da RDS.

3 A RESERVA DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO AVENTUREIRO

A criação da Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Aventureiro pela Lei estadual nº 6793 de 28 de maio de 2014 reduziu o limite da Reserva Biológica Estadual da Praia do Sul em 2,7 por cento e extinguiu o Parque Estadual Marinho do Aventureiro. Esta RDS tem por objetivo: "conciliar a preservação dos ecossistemas locais com a cultura caiçara, valorizando os modos de vida tradicionais, assim como as práticas em bases sustentáveis desenvolvidas pela população tradicional beneficiária da unidade" (artigo 3º).

Fonte: CODIG (2019)

Apenas a população beneficiária da RDS após à publicação da lei estadual pode residir e pescar de modo artesanal na reserva. São elas: as pessoas que já residiam no povoado do Aventureiro à época de criação da Reserva Biológica da Praia do Sul; seus descendentes; ou ainda, as pessoas casadas ou em regime de união estável com quem já lá morava. No entanto, no decorrer da pesquisa de campo é possível afirmar que existem pessoas "de fora" do Aventureiro ali residindo, que não se encontravam no período da implementação da lei estadual.

A lei de criação de RDS estabeleceu ainda que a posse, assim como o uso das áreas ocupadas seriam regulados por contrato vitalício e

sucessório de Concessão de Direito Real de Uso e foram vedadas novas construções na área da Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Aventureiro. Estes contratos previstos não foram realizados. E, ainda, as reformas de expansão e melhoria e o aumento do número de construções, em especial de quartos para aluguel de turistas, têm sido feitos pelos moradores, algumas sem qualquer análise do INEA (Instituto Estadual do Ambiente).

Por fim, a legislação previa que o Poder Executivo, em noventa dias, realizaria um cadastramento da população tradicional beneficiária, até a aprovação do Plano de Manejo da RDS do Aventureiro. No entanto, a crise econômica que afetou o Estado do Rio de Janeiro a partir de 2014, seguida por uma crise política não permitiu que se desse andamento a maior parte das propostas previstas na lei da criação da RDS. Nem mesmo a fiscalização da lotação máxima total de 560 turistas vem ocorrendo nos últimos anos. Não houve criação do plano de manejo e nem do conselho deliberativo. Os próprios moradores do Aventureiro também se desmobilizaram com a criação da RDS, não havendo mais liderança na associação de moradores até o fim de 2019, quando Neneca assume a gestão da AMAV (associação dos moradores do Aventureiro).

Cabe ressaltar que somente foi possível a permanência do povo do Aventureiro e a recategorização de parte da Rebio-Sul em razão do fato dos moradores serem reconhecidos enquanto comunidades tradicionais, de acordo com o conceito estabelecido no decreto Federal 6.040 de 2007:

> grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral, e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Este Decreto reconheceu povos tradicionais que não seriam índios ou quilombolas, como no caso do povo do Aventureiro que se autoidentica como caiçara. Antes do Decreto 6040 havia apenas as definições de pesquisadores como Diegues (1994) que já entendia as populações tradicionais não indígenas, como as que viviam

> com isolamento relativo, essas populações desenvolveram modos de vidas particulares que envolvem uma grande dependência dos ciclos naturais, um conhecimento profundo dos ciclos biológicos e dos recursos naturais, tecnologias patrimoniais, simbologias, mitos e até uma linguagem

> específica, com sotaques e inúmeras palavras de origem indígena e negra (p.12)

.

Sobre a escolha do objeto de estudo ser um conflito ambiental nos valemos da intervenção de Henri Acserald (2004, p.10):

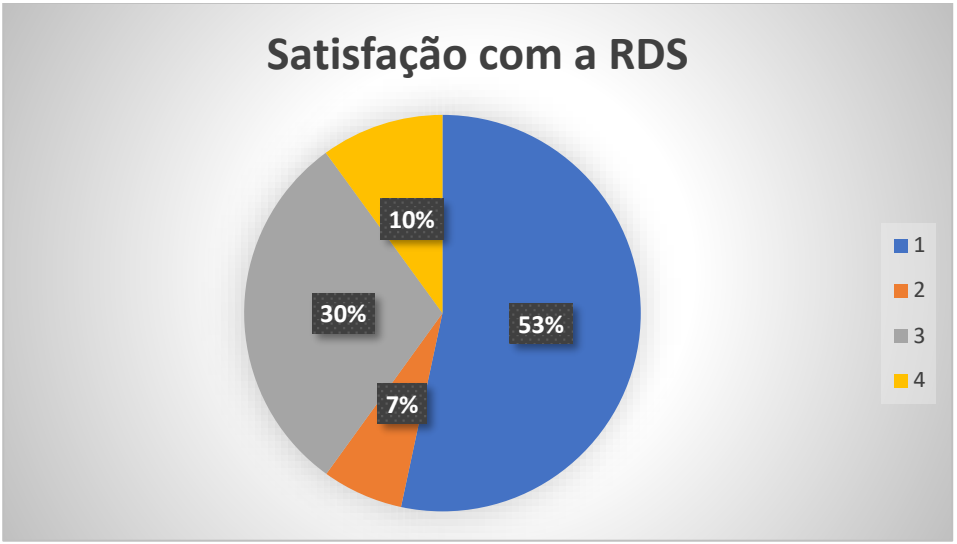
> Estudar estes mesmos conflitos é, por sua vez, para os envolvidos na busca dos processos mais democráticos de ordenamento do território, a ocasião de dar visibilidade, no debate sobre a gestão das águas, dos solos, da biodiversidade e das infra-estruturas urbanas, aos distintos atores sociais que resistem aos processos de monopolização dos recursos ambientais nas mãos dos grandes interesses econômicos.

Por esta razão, realizamos um estudo de caso do conflito socioambiental do Aventureiro e a implementação de uma nova unidade de conservação, a fim de dar visibilidade aos seus atores sociais e suas demandas.

A seguir passarei a analisar os dados acerca da percepção dos moradores do Aventureiro sobre a RDS. Do total de 32 questionários da amostra, 2 foram excluídos. Um em razão de um corte em razão da faixa etária, já que consideramos apenas os dados obtidos de indivíduos com idade igual ou superior a 16 anos. O segundo questionário foi excluído pelo fato do respondente estar sem plena capacidade em face do uso excessivo de álcool. Deste modo, do total de cerca de 90 moradores, 1/3 respondeu ao questionário, o que consideramos uma boa taxa dado o histórico de repressão ambiental a que foi submetida a comunidade em outros períodos. Os questionários abrangeram indivíduos com idade entre 16 e 70 anos, incluindo pessoas "de fora" do Aventureiro (10%). Na categoria "de fora" entendemos os não nativos e aqueles e aquelas que não possuem casamento, união estável ou filhos com nativos do Aventureiro.

Uma das questões era sobre a RDS Aventureiro e questionava se no geral a criação da RDS foi: manteve a mesma coisa (resposta 1), muito bom (resposta 2), bom (resposta 3), ruim ou muito ruim (resposta 4). Além destas respostas apareceram "não sei" ou branco que somados deram 10% conforme se observa no gráfico a seguir. Para 53% dos moradores do Aventureiro a criação da RDS não foi positiva nem negativa, mantendo como era antes. Para 30% foi bom e para 7% muito bom. Nenhum morador destacou como ruim ou muito ruim a criação da RDS.

Gráfico 1 – Grau de satisfação de moradores na RDS aventureiro



Por meio de uma análise qualitativa das respostas discursivas, no total 37% dos entrevistados responderam que a criação da RDS foi boa ou muito boa. Algumas das justificativas dos moradores para esta resposta encontram-se abaixo:

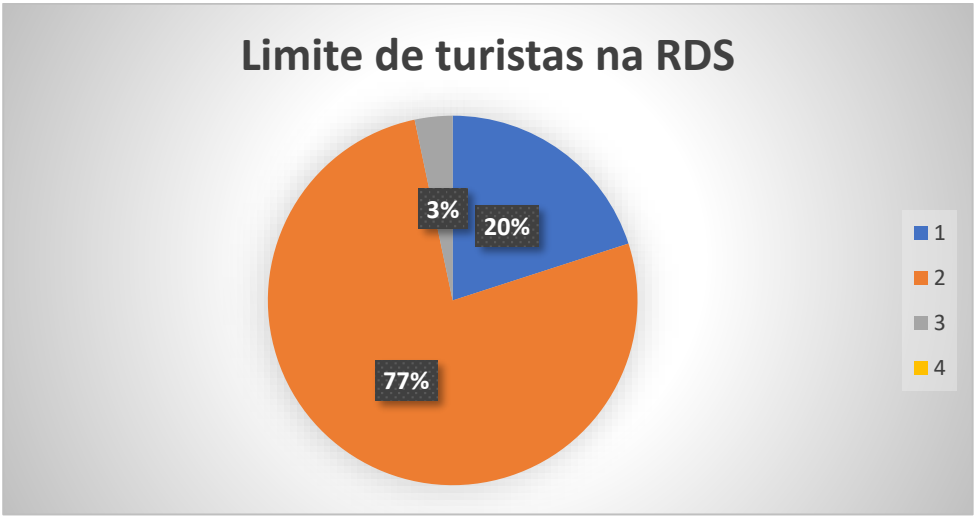
> "Sim, não afetou em nada. Não deixa entrar pessoa de fora. Foi ótimo! Não tem 100% de RDS ainda...pode pescar agora, antes só de linha, nem no sul, nem no leste..."
> "Tá bom, porque segura a gente aqui, os caiçara"
> "Sim, porque mudou a lei, foi criado para favorecer nós mesmos, ter o que é nosso, tem o direito de permanecer e usar. Na Rebio a gente era invasor."

O padrão majoritário de respostas (53,3%) de que a criação da RDS manteve a mesma coisa do que era no período da Rebio apresentou como justificativa as respostas a seguir:

> "Para mim não mudou nada. Não assinei."
> "Porque não fez nada. Não saiu do papel. Plano de manejo não foi feito."
> "Fui contra a RDS. Continuo sendo contra. Por enquanto não teve nada, mas acho que pode piorar. Não sei o que vai acontecer..."
> "Enganaram o povo, falaram que ia ter luz..."

A seguir, no mesmo questionário os moradores foram indagados se o limite de 560 turistas da RDS deveria manter (resposta 1), aumentar (resposta 2). Alguns ficaram em branco (resposta 3) e não houve nenhuma resposta solicitando a redução do número de turistas (resposta 4).

Gráfico 2 – Limite de turistas na RDS aventureiro



Deste modo, 77% por cento dos moradores consideram o número de 560 turistas insuficiente, entendendo que este número deveria aumentar. 20% dos moradores consideram que o número de 560 turistas deveria ser mantido. Não houve nenhuma resposta que optasse pela diminuição do número total de turistas e 3 % deixaram esta pergunta em branco no questionário.

Estas respostas demonstram um descompasso entre os moradores do Aventureiro e a gestão pública. Para a maior parte dos moradores a criação da RDS garantiu a permanência, mas não regulou a forma como esta se daria em razão da ausência de plano de manejo e conselho. Há um certo ressentimento com os órgãos ambientais, neste sentido, que os teria "abandonado".

Na segunda questão apresentada, este conflito entre a imposição do Estado e a vontade dos moradores aparece novamente, com a maior parte da comunidade encontrando-se insatisfeita com o número total de turistas. Esta alega que este número estabelecido há mais de uma década não corresponde ao total de vagas de campings e quartos para alugar. Como se pode observar, os conflitos no Aventureiro estão longe de acabar e tem-se tornado mais complexos

com a ausência estatal, em um contexto que historicamente a comunidade foi tutelada pelo Estado.

CONCLUSÃO

No Brasil, a criação de áreas legalmente protegidas é considerada um dos principais instrumentos para a conservação da biodiversidade e implica necessariamente em um ordenamento territorial pelo Estado que passa a controlar os usos e apropriação do território para fins de conservação da biodiversidade. Esta política vem enfrentando, desse a década de 1990, forte resistência de grupos culturais diversos que habitam esses territórios cujos modos de vida passam a ser submetidos às regras da conservação ambiental.

O povo do Aventureiro vem resistindo ao longo do tempo frente às ameaças da especulação imobiliária e às políticas tutelatórias ambientais. A criação de uma nova unidade de conservação trouxe esperanças à comunidade. No entanto, na pesquisa sobre a Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Aventureiro é possível concluir que não foram muitas as alterações trazidas de fato pela RDS para a comunidade que ali vive. Se por um lado, a permanência antes ilegal da comunidade na Reserva Biológica da Praia do Sul foi solucionada, por outro, a Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Aventureiro não teve um conselho formado e nem plano de manejo realizado, mesmo após seis anos de sua criação por lei.

Além disso, continua não havendo um controle efetivo sobre a quantidade de turistas na RDS- Aventureiro, fato que já ocorria, mas com menor frequência no período em que o Aventureiro se encontrava na Rebio-Sul. A crise política e financeira do Estado do Rio de Janeiro dos últimos anos contribuiu para a omissão do Estado na gestão da política de sustentabilidade.

Não há dúvidas de que a RDS foi a melhor alternativa para a comunidade do Aventureiro por permitir sua existência e reprodução sociocultural, no entanto a ausência de um conselho e plano de manejo que possam regular como se dará esta vivência e o impacto dos turistas representam uma ameaça ao meio ambiente e ao próprio povo do Aventureiro e seu modo de viver.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. *Conflitos Ambientais no Brasil.* Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2004.

BENEVIDES, Deise Cristina L. C. S. E. *Relatório Técnico da Feema - Levantamento sócio-ambiental da comunidade do Aventureiro, Reserva Biológica Estadual da Praia do Sul e Parque Marinho Estadual do Aventureiro.* 2008.

BRASIL. *Decreto Federal nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007*. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília.

_____ *Lei Federal nº 9.985 de 18 de julho de 2000***.** Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Snuc). Brasília.

DIEGUES, Antonio Carlos. 1994. *O mito moderno da natureza intocada.* São Paulo, Editora Huicitec.

FERREIRA, Helena Catão Henriques. *Redefinindo territórios: preservação e transformação no Aventureiro – Ilha Grande RJ*. Dissertação de mestrado, CPDA-UFRJ, 2004.

FERREIRA, Helena Catão Henriques. Redefinindo Territórios: Disputa por significação e direito de uso do espaço social na construção de ruralidades contemporâneas. In: FERREIRA, Leila da Costa. (org.): Duarte, Laura, (org). *Diálogos em Ambiente e Sociedade no Brasil II*. São Paulo, Annablume, Campinas: ANPPAS, 2008.

LIMA DA COSTA. G. V . as reservas biológicas como mecanismo de controle estataL. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 19, n. 38, p. 159-170, fev. 2011

HAGINO, Córa Hisae. *O conflito sócio-ambiental no processo de recategorização da Reserva Biológica da Praia do Sul, Ilha Grande, Angra dos Reis-RJ:* a Praia do Aventureiro em disputa. Dissertação de Mestrado, PPGSD/UFF, 2009.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. "Identidade Étnica, Identificação e Manipulação" In: *Identidade, Etnia e Estrutura Social.* São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1976.

PRADO, Rosane Manhães. Depois que entrou o "Imbamba": percepção de questões ambientais na Ilha Grande. In: PRADO, Rosane Manhães. *Ilha Grande:* do sambaqui ao turismo. Rio de Janeiro: Garamond /EDUERJ, 2006.

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 6793 de 28 de maio de 2014*. Dispõe sobre a criação da Reserva de Desenvolvimento Sustentável do aventureiro, na Ilha Grande, município de Angra dos Reis, resultante da redução do limite da Reserva Biológica Estadual da Praia do Sul e da recategorização do Parque Estadual Marinho do Aventureiro, e dá outras providências. ALERJ, 2014.

VILAÇA, Aparecida; MAIA, Angela. 2000. "O povo do Aventureiro" In Prado, Rosane Manhães (org). *Ilha Grande: do sambaqui ao turismo.* Rio de Janeiro, Garamond /EDUERJ.

HUMANUS VIRUS: uma contribuição do pensamento sistêmico-complexo à relação homem/natureza

Evelym Pipas Morgado
Universidade Federal Fluminense (UFF), Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Niterói, Brasil, evelympipas1@gmail.com

Wilson Madeira Filho
Universidade Federal Fluminense (UFF), Professor Titular da Faculdade de Direito e do PPGSD-UFF, Niterói, Brasil, wilsonmadeirafilho@hotmail.com

Resumo: A necessidade de desenvolver estudos voltados para a observação das relações entre os homens e outras formas de vida, ao longo do tempo, coincide com a preocupação da sociedade atual com a natureza. A atitude do homem frente à natureza se transformou através dos últimos séculos, na medida em que avançavam os conceitos de modernidade. Com isso, surgiram novas sensibilidades em relação aos animais, às plantas e à paisagem (Thomas: 2010). Contudo, temos ainda pautado nossa compreensão coletiva e consequentemente nossas ações em uma ideia dicotômica de mundo, de que existiriam duas zonas ontológicas inteiramente distintas e puras, a dos humanos (polo Sociedade/Sujeito) de um lado, e a dos não-humanos (polo Natureza/Objeto) de outro (Latour: 1994). Em suma, vive-se uma crise civilizacional (Morin: 2011), sem precedentes, de escala planetária, em que se multiplicam os riscos ambientais. Na emergência de uma sociedade de risco, altamente sublinhada pela batalha infectológica causada pelo coronavírus, a ameaça recai sob todas as formas de vida no planeta: plantas, animais e seres humanos (Beck: 2011). Nesse contexto, o presente artigo propõe a conexão entre conflitos socioambientais e Pensamento Sistêmico-Complexo a partir da compreensão sistêmica (Luhmann: 2011; Maturana & Varela: 2001) e da Teoria da Complexidade (Morin: 2011) que possibilitaram remodelagens críticas, rompendo-se os limites do determinismo e da simplificação.

Palavras-chave: Pandemia; Teoria sistêmica; Não-humanos; Conflitos socioambientais.

INTRODUÇÃO

O fascismo é a metafísica da desinibição
(Sloterdijk: 2000, p. 31)

A pandemia do COVID 19 e o abalo estrutural que acarretou nas relações pessoais em todo o planeta traz diversas margens para apreciação, mas pretendemos destacar duas: a crise ambiental e o conceito de humanismo.

Nosso ponto de partida, não exclusivo, será a célebre conferência de Peter Sloterdijk (2000) em julho de 1999 na Baviera e que tanta polêmica despertou à época. Justamente por alertar para os dois pontos que destacamos: de um lado, um "parque humano" onde a elite intelectual pastoreia os seres humanos (externado na atualidade nos laboratórios a fabricar as vacinas contra o vírus) e, de outro lado, num conceito estático e morno de humanismo, conforme exposto por Heidegger.

Ambas as questões se aproximam, mesmo porque o conceito de humanidade em Heidegger ganha singularidade e se destaca da trajetória por vezes bestial do humanismo expressa, por exemplo, através do fascismo, e faz da linguagem a casa do ser, pois o que é essencial da humanidade não é o ser humano, mas a própria noção extática da existência. Cabe a todos nós guardar o ser e a ele corresponder. O local onde essa operação se dá é a *clareira* ou o lugar onde o ser surge como aquilo que *é*, numa espécie, segundo Sloterdijk, de igreja invisível de indivíduos dispersos. Ora, a proposta heideggeriana beira o metafísico, mas aponta claramente para um modelo caro à modernidade, onde o sujeito do conhecimento passa a representar a herança humana, a ser mantida e assegurada, contra todas as crises, nem que seja para transmiti-la como fantasia edipiana para o robozinho do filme *Inteligência artificial*[1]. Esse ser humano que agora é linguagem, é ciência, é código de DNA em nanotecnologias, permite reescrever nos laboratórios a história da existência, selecionando os organismos mais aptos e adaptáveis. Mas para isso, o homem teve antes que ir para a *clareira*, teve de se destacar dos não-humanos. É onde nossos dois fatores destacados se confluem.

Foi a partir da *clareira*, simbolismo básico também em todos os autores contratualistas – é lá que se destaca o Leviatã de Hobbes, quando através do pacto, todos entregam tudo que tem ao eleito, para garantir a segurança contra o *estado de natureza*; é lá que Locke reverte o centralismo autoritário e faz do pacto uma *assembleia constituinte*, onde uma Carta Maior irá assinalar os deveres do Estado e os direitos do pactuados; e é lá, nessa mesma clareira, que Rousseau irá

[1] Filme dirigido por Steven Spilberg, lançado pela Warner Bros Pictures e pela DreamWorks Pictures em 2001, produzido pela Amblim Entertainment e pela Stanley Kubrick Produtions, a partir de um projeto de Stanley Kubrick, sobre a possibilidade da criação de máquinas com sentimentos. O roteiro criado por Spielberg e por Ian Watson foi baseado em um conto de Brian Aldiss chamado *Supertoys last all summer long*. O elenco do filme contou com Haley Joel Osment, Jude Law e William Hurt.

reverter o próprio soberano no *corpo coletivo* de todos que estabelecem o contrato –, foi nesse lugar que o homem iniciou seu longo processo de autodomesticação, criando o lar, a família, a sociedade, o café quentinho, o lençol cheiroso, o livro lido na poltrona, o caminhar com o cão para espairecer. Veja-se que não-humanos, também domesticados, incorporaram esse novo espaço. Pois, o ser humano fracassou como animal, "o ser humano poderia até ser definido como a criatura que fracassou em seu ser-animal (*Tiersein*) e em seu permanecer-animal (*Tierbleiben*). Ao fracassar como animal, esse ser indeterminado tomba para fora de seu ambiente e com isso ganha o mundo no sentido ontológico" (SLOTERDIJK: 2000, p. 34).

Dentro desse contexto, com o objetivo de testar ferramentas epistemológicas para conceber outras possíveis compreensões da vida além da humana, permitindo diferenciados olhares sobre a crise socioambiental, o presente artigo propõe a conexão entre conflitos socioambientais e Pensamento Sistêmico-Complexo, a partir da compreensão sistêmica (Luhmann: 2011; Maturana & Varela: 2001) e da Teoria da Complexidade (Morin: 2011) que possibilitaram remodelagens críticas, rompendo-se os limites do determinismo e da simplificação, podendo contribuir para repensar a *clareira*.

1. A RELAÇÃO HOMEM/NATUREZA E A CRISE SOCIOAMBIENTAL

Vive-se uma crise socioambiental, sem precedentes, de escala planetária, em que se multiplicam os riscos ambientais. Nesse sentido, na emergência de uma sociedade de risco, a ameaça recai sob todas as formas de vida no planeta: plantas, animais e seres humanos (BECK: 2011). Após a megadomesticação do planeta, a era pós-*clareira* pode também ser vista como a entrada na era do Antropoceno, o período geológico onde os humanos se tornaram o principal fator de transformação no planeta.

Moore (2016) vai mais longe e chama esse período de Capitaloceno. Evidentemente que o Capitaloceno não surgiu de uma hora para outra, mas paulatinamente, pressupondo um grande acúmulo de capital, chamado de acumulação primitiva, com a expulsão das pessoas de suas terras de origem, mas também, com mudanças na forma de se ver a natureza e o ser humano.

Fato é que, analisando essa racionalidade instrumental oriunda dessa nova era, que perpassa por toda a nossa sociedade, observa-se que a origem dessa visão metaindustrial do mundo reside no paradigma cartesiano que propôs uma visão dicotômica de mundo, a dos humanos de um lado, e a dos não humanos de outro.

Contudo, também no final dos anos 1960, como *tudo é ao mesmo tempo o seu contrário*, começou a emergir outro modo de pensar a crise socioambiental. Ao invés de se conceber tal problemática a partir de uma lista heterogênea de danos pontuais, começou-se a percebê-los como temas interligados e interdependentes. Em outras palavras, passou-se a considerar tais problemas como sendo sistêmicos, tendo a ação humana como seu principal condutor.

Percebeu-se que uma das respostas à crise planetária foi o surgimento do enfoque da ecologia com visão sistêmica, o qual vai se difundir para diversas áreas, inclusive no Direito. Nesse modelo de pensamento sistêmico holístico ou ecológico, o universo é explicado como um grande sistema, uma rede dinâmica de eventos inter-relacionados. Sendo assim, a percepção de uma determinada realidade não faz sentido se ao observá-la, não considerar o seu contexto.

Nessa perspectiva o observador também é parte integrante da realidade observada, pois nada se encontra isolado e tudo faz parte de uma rede de relações, na qual todos são responsáveis por tudo. Nesse sentido, ao registrar três ecologias - a do meio ambiente, a das relações sociais e a da subjetividade humana, Guattari (1990) já manifestava sua contrariedade em face de um mundo ameaçado.

Portanto, a desconstrução crítica do pensamento dualista surgiria, assim, como condição imprescindível para a abolição do paradigma antropocêntrico e especista. Nesse sentido, apresenta-se o Pensamento Sistêmico ou Teoria Geral dos Sistemas, surgido na década de 1920 (popularizando-se no final dos anos 1950), evoluindo para a noção de Pensamento Complexo (ou Teoria da Complexidade), a partir da década de 1960 (popularizando-se nos anos 1980), possibilitando uma diferenciada forma de pensar a complexidade do real, rompendo-se os limites do determinismo e da simplificação.

Podemos perceber da perspectiva sistêmica, a necessidade de se aceitar a complexidade das coisas, e que ações então direcionadas visam a dar respostas a um estado de incertezas permanente. A compreensão dos princípios orientadores do pensamento complexo, a partir de uma sistematização feita por

Edgar Morin, e a metodologia de integração interdisciplinar e transdisciplinar, têm se mostrado adequados para se pensar e agir frente às realidades complexas.

O modelo de racionalidade científica ocidental construído a partir da revolução científica durante o século XVI, se dera através das ideias neoclássicas emergentes e de um pensamento linear. Essa racionalidade proporcionou uma relação utilitarista, a partir de um viés de dominação em que a natureza se tornou elemento fora da vida humana. A consolidação do capitalismo, durante a revolução industrial, como modelo pretendidamente hegemônico, transformou a natureza em uma fonte de recursos naturais sob a perspectiva do mercado.

Keith Thomas (1996) trata da relação homem e natureza a partir da perspectiva do homem europeu inglês. O contexto retratado pelo autor está inserido no período da revolução industrial, momento este em que o inglês estava vivenciando uma profunda transformação no seu modo de vida, nas relações sociais, no espaço físico e na relação do homem com a natureza. Nesse sentido, apresenta as quatro novas sensibilidades que a nobreza rural adquiriu no período. Sensibilidades essas, fruto das transformações originadas pela crescente industrialização que trouxe à tona novas percepções da relação homem/natureza. As dicotomias citadas pelo autor: campo x cidade, terra cultivada x terra inculta, conquista x preservação e morte x mercê são elementos que foram questionados por esse grupo elitizado que representavam forte ligação com elementos do período medieval.

Entretanto, por mais que essas sensibilidades representassem uma nova perspectiva do homem inglês perante a natureza, elas transformavam a relação com a natureza em uma visão utilitarista e mercantil. Como exemplo, de acordo com Thomas (1996), o homem passou a preservar determinadas espécies de plantas quando descobriu o efeito medicinal delas ou a casa no campo passou a ser valorizada a medida que o ambiente da cidade se tornava poluído e insalubre; entretanto, a casa no campo continuou sendo utilizada principalmente no final de semana pela classe urbana industrial. Nesse sentido, a dicotomia entre homem e natureza se reafirma nesse contexto e a natureza surge como elemento externo à sociedade.

Portanto, o modelo hegemônico urbano industrial capitalista se expandiu e configurou-se em uma mentalidade economicista, cartesiana, linear, técnica, na qual impõe o seu modo de vida sob outras lógicas de apropriação da natureza. O modelo dominante desnaturalizou a natureza.

Em sentido correlato, Leff (2000) compreende que a crise ambiental manifesta uma consequência dessa ruptura homem e natureza, fracionando o conhecimento pelo logocentrismo economicista. Essa lógica hegemônica perdura até o presente momento pelo fato de que "ao mesmo tempo em que o ser humano superexplora recursos e desgasta ecossistemas para convertê-los em valor de troca, "tecnologiza" a vida e coisifica o mundo. A ciência e a tecnologia se converteram na maior força produtiva e destrutiva da humanidade" (LEFF: 2000, p.23).

Ulrich Beck (1999, 2005, 2009), nas obras em que analisa a sociedade global de riscos, aprimora e expande essa definição ao caracterizar os riscos como os que possibilitam a antecipação de catástrofes planetárias, e passa a afirmar que não podem ser entendidos em uma oposição dualista entre natureza-sociedade, tal como foi identificado previamente, como ele reconhece, por Bruno Latour, Donna Haraway e Barbara Adams.

Nesse sentido, se tomarmos como base da nossa análise essa relação entre sociedade e natureza, iremos observar que a sociedade atual, sobretudo pelo seu desenvolvimento tecnológico e científico, alcançou um nível extremamente elevado no avanço dessas forças produtivas, de tal modo que a sua contradição tem, acima de tudo, se expressado na possibilidade de colocar em dúvida a própria manutenção da vida no planeta, em função da ação predatória que o modo de produção capitalista tem exercido sobre a utilização dos recursos naturais, ignorando a capacidade regenerativa dos ecossistemas.

A superação do sistema, portanto, poderia se dar pelo seu próprio desrespeito à preservação da vida humana e não-humana, e não necessariamente pelo esgotamento do modo de produção. A essa realidade que nos obriga a conviver com essas possíveis consequências, Beck (1992) denomina de Sociedade de Risco.

Porém, lucros exorbitantes não justificam ou pelo menos não deveriam justificar, a contínua exploração dos não humanos, milhares de espécies extintas, a poluição do ar, da água e da terra, o aquecimento global, o "buraco" na camada de ozônio, a chuva ácida, o desmatamento, e, ainda, o enorme número de doenças relacionadas aos problemas ambientais, tais como as respiratórias e as infecciosas – como a do vírus SARS-CoV-2 - além dos indicadores de uma degradação social generalizada, como a fome e a pobreza.

De acordo com relatório ambiental divulgado pela Rede WWF[2], em outubro de 2016, constatou-se que se as atuais tendências se mantivessem até 2020, o planeta poderá perder dois terços da vida silvestre. Pois bem, 2020, enfim, chegou. E conforme notícia publicada em janeiro pela ONU[3]:

> [...] os seres humanos dependem, para sua própria sobrevivência, de ecossistemas estáveis e saudáveis, e são necessárias ações urgentes em 2020 para colocar o mundo no caminho de um futuro mais sustentável. Este é um 'grande ano' para o meio ambiente – um ano em que os principais encontros internacionais definirão o tom e a agenda da ação ambiental da próxima década.

E no ano mais importante da história da humanidade (sic), incide a pandemia do coronavírus, deslocando, paralisando e adiando tudo, inclusive a COP26. E em pouco mais de três meses diminui (pelo caos e pelo sofrimento) o que mais de três décadas de fatos, de ciência, de campanhas e de esforços diplomáticos não houvera tornado possível: as nações confinadas estão emitindo milhões de toneladas a menos de gases poluentes por dia, visível nas imagens de satélite.

Para Latour, em uma entrevista ao site Climainfo[4], a pandemia mostrou que é possível parar a atividade econômica global, mesmo depois dos líderes políticos passarem décadas dizendo que o "trem do progresso" não poderia parar.

Em relatório de 2010, a ONU foi categórica ao declarar que a redução significativa no impacto ambiental somente seria possível se a dieta global mudasse, tornando-se livre de qualquer produto de origem animal. Em 2013, novo relatório foi divulgado, desta vez, sugerindo que a população adotasse a estratégia de, ao menos, reduzir à metade o consumo de produtos animais. O

---

[2] Relatório Planeta Vivo 2016. WWF – World Wide For Nature (anteriormente, Word Wildlife Fund). Suíça. Disponível em: <http://d3nehc6yl9qzo4.cloudfront.net/downloads/lpr_2016_portugues_v4_otimizado.pdf>, Acesso em: 27 jul. 2020, 17:45:00.

[3] 2020: um ano decisivo para a biodiversidade e as emergências climáticas. ONU – Brasil – Organizações Unidas Brasil, 12.02.2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/2020-um-ano-decisivo-para-a-biodiversidade-e-as-emergencias-climaticas/>, Acesso em: 27 jul. 2020, 17:50:00.

[4] Bruno Latour: não podemos voltar ao normal do passado. Climainfo, 14.05.2020. Disponível em: <https://climainfo.org.br/2020/05/13/bruno-latour-nao-podemos-voltar-ao-normal-do-passado/>, Acesso em: 27 jul. 2020, 17:55:00.

relatório da ONU divulgado em 2016, por sua vez, recomendou a mudança para uma dieta mais baseada em plantas, a qual levaria ao menor uso de recursos, bem como a dietas mais saudáveis.

Observa-se então, que o modelo de desenvolvimento econômico que predomina atualmente é socialmente excludente e ecologicamente predatório, marcado por um antropocentrismo radical, por um reducionismo economicista e por uma monetarização das esferas da vida (SPECK: 2017)

Para Latour (1994), de modo particular, a crise do meio ambiente na contemporaneidade é consequência da tentativa da modernidade de separar a natureza das ações humanas, e propõe que se perceba que essa época jamais conseguiu efetivar essa separação, ou nas suas palavras, essa purificação[5], e que ao invés disso produziu múltiplos híbridos[6] sem os quais seria impossível entender o funcionamento das sociedades.

Dentro dessa perspectiva, podemos desenvolver modos econômicos, políticos e culturais de fazer uso da natureza, de maneira a compreendê-la como parte da vida humana, de suas características existenciais.

Entretanto, quando se passa a compreender que homem e natureza compõem um mesmo mundo de relação comum e de interdependência mútua, é demonstrada a necessidade de uma nova postura ética de preservação da natureza na vida cotidiana.

Essa postura ética de cuidado com a natureza significa essencialmente assumir a condição de que o ser humano existe na relação com os outros, sendo a própria natureza um desses outros nessa relação. Como escreve Latour (1994), é preciso afirmar a condição de que humanos e não-humanos existam numa relação de interdependência.

[5] Modo como os modernos entendiam o mundo, ou seja, puro e perfeito através do domínio e tecnicização da natureza.

[6] De acordo com Latour, são considerados híbridos todos os humanos e não-humanos, ou seja, os objetos produzidos por estes por meio do conhecimento científico, a exemplo da bomba de vácuo de Boyle, a camada de ozônio, a eletricidade, os átomos, as estrelas, os neurotransmissores, os robôs, os micróbios de Pasteur etc. (LATOUR: 1994).

2. PANDEMIA: ORIGEM HUMANA

A pandemia não é obra do acaso, e sim, consequência direta da nossa forma de nos relacionar com os não-humanos. O tipo de exploração de animais que prejudica diretamente mais humanos é o seu uso para alimentação. Mais de 70 bilhões de animais terrestres são mortos a cada ano para o consumo humano, excluídos os aquáticos, que são incontáveis, conforme o relatório da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), que reafirma ainda que tal produção de animais é um dos fatores mais devastadores da natureza[7].

Além disso, esse processo intensivo de criação e consumo de animais, teve um grande impacto na saúde dos animais, que agora padecem rotineiramente de várias doenças. Muitas delas são chamadas de "doenças de produção". A maioria das galinhas poedeiras, por exemplo, sofre de osteoporose e fraturas ósseas no final de suas vidas: sua fisiologia foi tão pressionada para produzir mais ovos que uma grande proporção de cálcio é removida de seus ossos. Frangos apresentam diversas anormalidades articulares e claudicação. Por ganharem peso muito rapidamente, seus ossos e órgãos internos não conseguem acompanhar o ritmo de crescimento; a falência cardíaca e insuficiência respiratória também são comuns (ALONSO e PAIM: 2020).

Certo é que, das relações entre os humanos e não-humanos, podemos listar algumas práticas como sequestrar, prender, torturar, estuprar, vender, comer, mutilar, queimar, deixar sangrar até a morte, caçar, assassinar, enfim, quase que uma lista infindável de atrocidades.

Confinamos os animais de produção como bezerros, bois, vacas, porcos, galinhas e tantos outros em espaços grandes ou pequenos, esperando a hora de, com mais ou menos sofrimento, assassiná-los e devorá-los. Invadimos e destruímos florestas, campos e mares, sequestrando os animais de seu habitat natural e os exploramos de todas as formas possíveis e imagináveis, desde alimentação até entretenimento. Arrancamos barbatanas de tubarão, chifres de rinocerontes, presas de elefantes, escamas de pangolins, fazemos experimentos em laboratórios, pingando substâncias químicas nos olhos de coelhos e deixamos

[7] Gerber, P.J., Steinfeld, H., Henderson, B., Mottet, A., Opio, C., Dijkman, J., Falcucci, A. & Tempio, G.. Tackling climate change through livestock – A global assessment of emissions and mitigation opportunities. Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), Rome, Italia: FAO, 2013. Disponível em: <http://www.fao.org/3/i3437e/i3437e.pdf>, Acesso em: 27 jul. 2020, 17:45:00.

esses animais morrerem em longo sofrimento. Caçamos javalis sob a premissa de controle populacional, quando na verdade deveríamos investir em outros métodos de controle não invasivos.[8]

Enfim, é dessas relações, com as quais condescendemos na nossa vida cotidiana, organizadas sob forma de um regime político-econômico, que se dá origem a muitas das epidemias que já assombrou a humanidade. Não é diferente com o novo coronavírus, que também é de causa humana, nossa, sua, de todas as geografias e nacionalidades, e não do morcego, do pangolim, do animal não-humano.

É que se a origem do novo coronavírus decorreu da mutação do vírus em algum hospedeiro animal saltando para os humanos (como se confirmou em pesquisa publicada na Revista Nature[9]), a prática de confinar, abater, comercializar e consumir animais em condições lastimáveis, insalubres e imorais, apropriadíssimas para se produzir uma série de pandemias, é de escolha humana.

Oportuno frisar que segundo a citada pesquisa publicada na respeitada Revista Nature, o novo coronavírus não foi criado em laboratório. Esta possibilidade foi peremptoriamente descartada pela ausência de qualquer um dos diversos sistemas de reversão genética disponíveis para os betacoronavirus, entre vários outros motivos.

Da mesma forma que o novo coronavírus, todo vírus que circula na natureza precisa de um outro ser vivo para se reproduzir. É dessa maneira que o vírus se multiplica e consequentemente se espalha. Os vírus também sofrem mutações, tornando possível, com essas mudanças, instalar-se em hospedeiros onde suas versões anteriores não logravam êxito.

Segundo relatório divulgado pela FAO, cerca de 70% das novas doenças que infectam seres humanos nas últimas décadas estão relacionadas à criação e

[8] BENSUSAN, Nurit. Nós, os outros animais, a devastação do planeta e a pandemia nossa de cada dia. Instituto Socioambiental, 01.04.2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/nos-os-outros-animais-a-devastacao-do-planeta-e-a-pandemia-nossa-de-cada-dia>, Acesso em: 27 jul. 2020, 17:20:00.

[9] Andersen, K.G., Rambaut, A., Lipkin, W.I. et al. The proximal origin of SARS-CoV-2, Nat Med., 17.03.2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41591-020-0820-9>, Acesso em: 28 jul. 2020, 17:45:00.

consumo de animais[10]. Não apenas os animais exóticos e silvestres, morcegos e pangolins, por exemplo, mas também aqueles denominados de animais de produção, como os bovinos, suínos e aves. Afirma a FAO que é preciso lidar com as saúdes humana, animal e do ecossistema de forma integrada, numa abordagem "holística" para a gestão de ameaças de doenças.

Vale frisar que outros vírus já haviam nos alertado dos prejuízos de criar e consumir animais. O EBOLA teve origem no consumo de morcegos, o HIV na caça e consumo de pequenos primatas, o CJD (doença da vaca louca) da criação e consumo de vacas, o H1N1/Influenza A (gripe suína) do consumo de porcos, o H5N1 (gripe aviária) da criação e consumo de aves, o MERS do consumo de camelo. E agora o COVID-19 dos morcegos e pangolins no mercado chinês, que, se supera a crueldade animal em algum nível, se diferencia pouco das demais nações no trato com os animais.

A criação de animais em confinamento existe no mundo todo, inclusive no Brasil, assim como uso de antibióticos que resultam em superbactérias, venda de carne contaminada e tráfico de animais silvestres. O que se nota nesses estudos apontados é que estes indicam a ideia de que a saúde da humanidade está interligada à saúde dos animais e à do planeta, e que a ocorrência de surtos, epidemias e pandemias consiste em um problema socioambiental.

Não podemos deixar de pontuar que esses processos datam de milhares de anos atrás. Nesse meio tempo, apenas sofisticamos nossas formas de matar os animais que usamos na alimentação humana, multiplicamos, confinamos e abatemos mais e mais. Também ampliamos nossas modificações no ambiente natural: desmatamos mais florestas, convertemos mais savanas em campos de agricultura e pecuária, poluímos solos, águas e mares e estamos mudando o clima do planeta.

Ademais, todas as alterações que provocamos no meio ambiente, acabam forçando muitas espécies a se adaptarem às mudanças e a se deslocarem do seu habitat natural, até mesmo para as áreas urbanas. Com isso, o risco de

[10] Cerca de 70% de novas doenças que infectam seres humanos têm origem animal, alerta ONU. ONU – Brasil – Organizações Unidas Brasil, 19.03.2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cerca-de-70-de-novas-doencas-que-infectam-seres-humanos-tem-origem-animal-alerta-onu/?fbclid=IwAR1LNfBQLXwbqmdLJMPNwuI8Sr8CVX1Z8EEiJpPyYIJCjA02J_HAUZzgkn0>, Acesso em: 27 jul. 2020, 17:45:00.

contato com pessoas aumenta – propiciando a transmissão de vírus e outros agentes entre animais e humanos.

Sem falar que feiras e mercados onde há a comercialização de espécies silvestres oferecem o meio ideal para que animais e humanos – que dificilmente se "encontrariam" na natureza – entrem em contato e a transmissão de agentes infecciosos aconteça. Isso, por sua vez, também cria mais oportunidades para o surgimento de epidemias e pandemias, já que, com a maior facilidade para se viajar de um local a outro, bem como as relações comerciais estabelecidas entre parceiros de todo o planeta, o mundo se tornou mais "compacto" do que há várias décadas.

Além disso, a produção de carne e de proteína animal é realizada, em geral, em grandes fazendas com enormes quantidades de animais confinados em condições bastante precárias e insalubres, ideal para o surgimento de novas doenças como aconteceu com a gripe aviária e a gripe suína. Milhares de organismos juntos, muitas vezes geneticamente semelhantes, prontos para transmitir um eventual vírus de um para o outro e, muitas vezes, também para os humanos. Há infinitas possibilidades, mas basta que uma vingue e o resultado negativo, com uma nova epidemia, pode ser gigantesco.

Doenças infecciosas podem surgir a qualquer momento, em qualquer local da Terra, e é muito mais fácil que elas se espalhem. Mas o perigo está no impacto que causamos na natureza e em nossa interação com animais que, normalmente, não teriam contato conosco. Assim, ou encontramos formas de coexistir de forma sustentável com os outros seres que habitam no planeta e reduzimos a nossa (má) influência sobre o meio ambiente ou teremos que conviver com o risco constante de sucumbir a um novo surto ou pandemia.

Como espécie humana, não temos mais uma sobrevivência garantida, mesmo a curto prazo – e isso é uma consequência de nossos próprios atos (BECK: 1997).

3. UMA CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO SISTÊMICO-COMPLEXO

O tema da complexidade ganha referência teórica somente no século XX, pelo menos no sentido comumente veiculado na atualidade. Antes, o que se

tinha era uma visão de mundo que se sustentava em princípios tais como a ordem das coisas, a matemática, a sistematização do real, o absoluto, a máquina.

Esta compreensão do universo vai exercer influência em outros campos do saber, devido, em parte, às conquistas da revolução científica que se confluem no século XVII com a mecânica newtoniana e suas leis do movimento. As próprias ciências humanas se tornariam tributárias de tais empreendimentos, que reconfiguraram a visão de mundo de uma época. Por exemplo, Thomas Hobbes (1588-1679) estendeu o princípio geométrico cartesiano e newtoniano às ciências morais, isto é, às humanidades (NEVES: 2006), além de elaborar seu conjunto de teoria política a partir de percepções sobre a fisiologia humana (MADEIRA FILHO: 2006).

Já no século XX, este padrão da ordem, da simetria, da regularidade, da adequação do intelecto às coisas, entra em crise. Isto, em grande parte, devido à reflexividade desta mesma forma de pensamento, que se volta para si mesmo e descobre seus próprios limites e suas fragilidades. É a partir dessa incerteza que se ergue um novo universo, desta vez perante bases radicalmente opostas àquelas da ciência moderna. Há a reabilitação do caos, da irreversibilidade processual, do indeterminismo, do observador e da complexidade. Todo esse novo universo vai repercutir em outras ciências, da Biologia às Ciências Humanas, elevando a teoria da complexidade à categoria de paradigma.

Neste contexto é que se localizam as tentativas por uma Teoria Geral dos Sistemas, entre as diferentes disciplinas que têm como problema central da teoria, a extrema complexidade do mundo. E o pensamento sistêmico tem origem nas ideias do biólogo austríaco Ludwig von Bertalanffy, ainda na década de 1930, ganhando força na década de 1950, culminando com a publicação da obra *Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*, em 1968.

O que perpassa as disciplinas é o fato de que há sistemas que, na sua interação com o entorno, constroem formas internas para sua manutenção, buscando um equilíbrio com o entorno, não no sentido da morte térmica, mas promovendo transformações adaptativas dinâmicas. Mas, à simplicidade processual sistêmica, contrapõe-se a complexidade do mundo, o que faz com que o sistema tenha que conviver constantemente com ruídos caóticos, já que essa complexidade não pode ser abarcada em sua totalidade. Este convívio exige processos como descarte, ignorância, indiferença ou aproveitamento (NEVES: 2006).

Contribuições mais recentes à teoria geral dos sistemas têm enfocado principalmente a relação sistema/entorno, buscando uma definição das qualidades envolvidas nas trocas energéticas e informacionais. Estas características estão presentes também na teoria biológica dos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (1997), cujo conceito fundamental diz respeito à auto-organização dos processos celulares, um fenômeno que denominaram autopoiésis[11]: os sistemas se definem (criam identidade) a partir de suas próprias operações. Tais operações são dependentes do sistema no qual são produzidas o que, por sua vez, produz o próprio sistema. Segue-se, portanto, um processo circular de autoprodução de componentes, capaz de dar sentido às informações do entorno e, por isso, distinguir-se do mesmo (NEVES: 2006).

Este "ambiente conceitual" de profundas transformações epistemológicas nas ciências serviu de substrato para a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann (1991). Neste sentido, este não parte da ideia de unidade, mas da ideia de diferença. Busca na ideia de complexidade a superação da relação causa-efeito, do conceito, caro aos clássicos, de totalidade, argumenta a favor da fragmentação, da lógica do indivíduo e de sua ação, passa à análise da comunicação e sistema, e finalmente, da dualidade sujeito/objeto oportuniza, por sua vez, a diferença sistema/entorno (NEVES: 2006).

Fato é que, com a emergência do pensamento sistêmico, deu-se a complexificação da disciplina Ecologia. O descobrimento de sistemas ecológicos totais (ecossistemas) evidenciou a caducidade de perspectiva biologizante de Haeckel, pois a concepção inicial de relações entre seres vivos e o seu meio ambiente fora substituída, pouco a pouco, pela ideia de interdependência e de equilíbrio entre todos os habitantes de um determinado sistema ecológico (SPECK: 2017).

Como afirma Capra (2014), a ecologia sistêmica, ou ecologia dos ecossistemas, está interessada no estudo dos ecossistemas como sistemas integrados e interativos de componentes biológicos e físicos.

Desta forma, o conceito de ecologia expande-se para além dos seres vivos, representando a relação, a interação e o diálogo que todos os seres guardam entre si e com tudo o mais que existe. A natureza (o conjunto de todos

[11] O termo deriva do grego auto (mesmo) e poién (produzir), que significa: a capacidade do sistema de elaborar, a partir dele mesmo, sua estrutura e os elementos de que se compõe (Luhmann: 1991).

os seres) constituiria assim uma rede de conexões por todos os lados. A ecologia não abarcaria apenas a natureza (ecologia natural), mas também a cultura e a sociedade (ecologia humana, social etc.). A partir daí surgem ramificações da ecologia, como a ecologia das cidades, da saúde, da mente, entre outras.

Nesse contexto, Vieira e Ribeiro (2015) ressaltam que, nos últimos tempos, vem se configurando uma nova subárea da Ecologia Humana - segmento ainda minoritário da comunidade científica - de corte sistêmico, que vem recebendo diferentes rótulos: ecologia cognitiva, ecologia mental, ecologia interior, ecologia do Ser, dentre outras. Esta subárea de investigação deflagrou um novo ciclo de reflexões e estudos sobre a evolução da consciência humana na sua relação vital e permanente com a natureza.

Importa, entretanto, entender que a ecologia quer enfatizar o enlace existente entre todos os seres naturais e culturais e sublinhar a rede de interdependências vigente entre tudo e tudo, constituindo a totalidade ecológica. Esta não representa uma estandardização e homogeneização imutável ou a soma de muitas partes ou detalhes; antes, ela forma uma unidade dinâmica feita de uma riquíssima diversidade (BOFF: 2008 [1993]).

Forçoso reconhecer que, desde o advento da civilização industrial, constituiu-se um projeto de exploração sistemática da natureza a partir de posições de poder. À medida que cresce a dominação mediante a ciência e a técnica, cresce também a destruição maciça do meio ambiente. A visão é instrumental e mecanicista: pessoas, animais, plantas, minerais, enfim, todos os seres perdem sua autonomia relativa e seu valor intrínseco. Trata-se da lógica da dominação sobre as pessoas e a natureza. Tal modelo social se apresenta profundamente dualista (pessoa/natureza) e essa divisão sempre beneficia um dos polos, originando no outro hierarquias e subordinações.

Ao que se verifica, desenvolver-se uma abordagem integrada da ecologia, que contemple esta subárea denominada de ecologia interior configura *conditio sine qua non* para auxiliar no enfrentamento da crise socioambiental – considerada por Capra (2002) como uma crise de percepção, e por Ost (1995) como uma crise de nossa representação da natureza e de nossa relação com a natureza.

Quanto mais se estudam os principais problemas desta época, mais se percebe que eles não podem ser entendidos isoladamente. Eles são problemas sistêmicos, o que significa dizer que estão interligados e são interdependentes. Em última análise, esses problemas precisam ser vistos, precisamente, como

diferentes facetas de uma única crise, que é, em grande parte, uma crise de percepção. Ela deriva do fato de que a maioria das pessoas, e em especial as grandes instituições sociais, concorda com os conceitos de uma visão do mundo obsoleta, uma percepção da realidade inadequada para se lidar com um mundo superpovoado e globalmente interligado (CAPRA: 2002).

Tendo-se como referência uma visão integrativa complexa da crise socioambiental, afunilando-se a abordagem à temática deste trabalho, qual seja, propor uma conexão entre conflitos socioambientais e Pensamento Sistêmico-Complexo, ressalta realizar uma virada paradigmática (MORIN: 2011) do pensamento simplificador-reducionista clássico para o pensamento sistêmico-complexo.

Souza Santos (2005) explica que uma transição paradigmática é, assim, um ambiente de incerteza, de complexidade e de caos que se repercute nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade (SPECK: 2017).

Mezzaroba e Monteiro, por sua vez, pontuam que:

> Desde o advento do Iluminismo estamos vivendo de forma evolutiva o chamado paradigma da modernidade. O que hoje se discute nas mais variadas áreas do conhecimento humano, como a Física, a Química, a Biologia, a Filosofia, a Administração ou o Direito, é o esgotamento desse paradigma. À medida que seus postulados não têm sido mais capazes de responder de forma consistente aos problemas atuais, o paradigma hegemônico da modernidade é posto em xeque. Chegamos à crise dos paradigmas (Mezzaroba e Monteiro: 2004, p. 17-18).

Desse modo, fazem-se necessárias novas lentes ou, valendo-se de outra metáfora, substituírem-se as ferramentas obsoletas por outras melhores, para se suprirem as exigências de um mundo interligado, interdependente e complexo. O paradigma cartesiano de explicação da realidade mostra-se ineficiente para responder à moderna problemática ambiental, pois está preso à evolução linear dos fatos e à relação causa-efeito (determinismo); concebe o universo como sendo uma máquina (mecanicismo); e, sobretudo, utiliza uma visão fragmentada de seu objeto de estudo (reducionismo) – SPECK: 2017.

Morin esclarece:

> Ora, a complexidade chegou a nós, nas ciências, pelo mesmo caminho que a tinha expulsado. O próprio desenvolvimento da ciência física, que se consagrava a revelar a Ordem impecável do mundo, seu determinismo absoluto e perpétuo, sua obediência a uma Lei única e sua constituição de uma forma original simples (o átomo) desembocou finalmente na complexidade do real. Descobriu-se no universo físico um princípio hemorrágico de degradação e desordem (segundo princípio da termodinâmica); depois, no que se supunha ser o lugar da simplicidade física e lógica, descobriu-se a extrema complexidade microfísica; a partícula não é um primeiro tijolo, mas uma fronteira sobre uma complexidade talvez inconcebível; o cosmos não é uma máquina perfeita, mas um processo em vias de desintegração e de organização ao mesmo tempo (MORIN: 2011, p.14).

A Sociologia, portanto, com seus campos afins, é essencialmente o estudo de grupos ou sistemas humanos, desde os pequenos grupos como família ou a equipe de trabalho, passando por inumeráveis intermediários de organizações informais e formais, até as maiores unidades, como nações, blocos de poder e relações internacionais. Desse modo, os fenômenos sociais devem ser considerados como sistemas (BERTALANFFY: 2013 [1968]).

De acordo com Luhmann, a sociedade forma um sistema social autopoético [que se autoproduz e se auto-organiza]. Para que um sistema social se renove internamente, um fator determinante seria a comunicação, que ocupa lugar central. Mediante a comunicação, diferentes subsistemas sociais espraiam as influências de uns sobre os outros (LUHMANN: 2011).

A Teoria da Complexidade (ou do pensamento complexo), é assim compreendida como uma segunda etapa de amadurecimento da Teoria dos Sistemas. A primeira etapa da Teoria dos Sistemas se concentrou na questão de como um sistema pode reagir à complexidade do meio. Nesta segunda etapa, buscar-se-á responder o que precisamente se entende por complexidade (LUHMANN: 2011).

Resumidamente, ao definir complexidade, Morin afirma que, em um primeiro momento, ela poderia ser entendida como um tecido ou uma teia de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Em um segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico (MORIN: 2011).

Caminhar pelo viés epistemológico da complexidade dos fenômenos nos permite entender não apenas a diversidade, a desordem, a eventualidade entre os mesmos, mas a sua ordem, as suas leis e sua organização (MORIN: 1984).

Diante disso, há de se amenizar a visão dualista entre dimensões, como natureza e cultura, como sendo dimensões que parecem viver em constante conflito. Existe a ambivalência, ou seja, a complexidade intrínseca que possibilita a articulação, a identidade e mesmo a diferença entre esses aspectos. O significado distorcido dessa concepção dicotômica entre natureza/cultura demonstra que

> [...] esta dualidade antitética homem/animal, cultura/natureza, esbarra contra toda a evidência: é evidente que o homem não é constituído por duas camadas sobrepostas, uma bionatural e outra psicossocial, (...) é evidente que cada homem é uma totalidade biopsicossociológica (MORIN: 1991, p. 4-5).

E Morin complementa ressaltando:

> Mas é preciso dizer que a relação homem/natureza ainda era inexplicável para a própria biologia na primeira metade deste século e que a impotência da biologia permite compreender não a anestesia da antropologia em relação ao problema, mas a sua impotência para o resolver. (MORIN: 1991, p. 19)

Enfocando também a natureza e a cultura sob uma perspectiva de interação, Piccolo (1993, p. 52), argumenta que "[...] a questão natureza/cultura não se mostra mais como uma disputa onde se defende a predominância de uma em relação a outra. Não existe homem sem natureza, da mesma forma que não existe homem sem cultura."

A teoria da complexidade de Edgar Morin, portanto, põe à prova o dualismo homem/natureza, enquanto herança da racionalidade moderna, pelas evidências teóricas e históricas que recolocam a cultura e a natureza como conceitos mutuamente implicados.

Nesse sentido, por esse campo teórico é possível considerar que a emergência do humano, a história humana e a história da natureza estão inalienavelmente entrelaçadas por um processo paradoxal de antagonismo e colaboração (SILVA: 2013).

Considerando essa dualidade, Morin propõe uma leitura dialógica dos conceitos de cultura e natureza que pode ser assim resumida: mutuamente implicados, esses elementos ganham sentido numa relação de interdependência

paradoxal. Uma vez reaproximados, restaurados, conformam um binômio que se complementa e se antagoniza (SILVA: 2013). Seria possível falar desse antagonismo recorrendo a diversos argumentos, mas trataremos a questão com base nos aspectos que são mais evidentes e recorrentes na teoria da complexidade de Morin (2003).

Ora, não apenas a sobrevivência do homem, mas também a invenção das sociedades históricas só foi possíveis pela via de um processo complexo de emergência da linguagem tipicamente humana e, consequentemente, do desenvolvimento de artefatos, técnicas e conhecimentos que permitiram ao homem domesticar a mesma natureza que em temporalidades ulteriores o domesticava (SILVA: 2013).

O homem construiu sua sobrevivência e sua história subjugando a natureza, disputando com ela, nela e contra ela, a possibilidade de se perpetuar como espécie. Não obstante, como o homem não é apenas biofísico, mas também um ser de linguagem e de pensamento, o antagonismo homem/natureza ultrapassou a esfera material da sobrevivência e emergiu como possibilidade de distinção entre o subjetivismo e as coisas; entre o eu antropocêntrico, o tipicamente humano, e as coisas bióticas e abióticas consideradas por comparação e exclusão como não humanas (SILVA: 2013)

Nossa identidade se construiu, portanto, por evidências que nos levaram a estabelecer um abismo entre aquilo que acreditamos constituir nossa identidade e aquilo que consideramos ser um mundo fora de nós.

Assim, embora sejamos "mamíferos da espécie dos primatas, da família dos homínidas, do gênero homos, da espécie sapiens [...], uma máquina de trinta bilhões de células, controladas e procriadas por um sistema genético" (MORIN, 1975, p. 19), somos também seres de linguagem, de fala, de pensamento, de subjetividade.

Voltamos à nossa indagação inicial via Sloterdijk, onde um humanismo extático implica em uma epistemologia de controle.

Contudo, pode-se perceber que os mesmos argumentos que usamos para opor homem e natureza oferecem elementos para considerar que a noção de homem não se encerra num pertencimento meramente cultural ou meramente biológico. O que define a condição humana não é só a cultura e a linguagem, tampouco só o biofísico. A cultura se expande para além do biológico e por isso possui uma existência subjetiva, imaterial (SILVA: 2013).

Embora a natureza seja anterior ao homem, seu curso e sua história são decisivamente influenciados e transformados com o surgimento da cultura. Analogamente, embora o homem represente a emergência de uma vida animada por um espírito, por assim dizer, o homem continua natureza, ou seja, permanece vida no sentido biológico do termo (SILVA: 2013).

Apesar de a cultura e de a linguagem terem proporcionado a construção de instrumentos e técnicas que permitiram ao homem superar a subjugação da natureza, ele permanece dependente de sua condição material. Ou seja, o homem, por mais cultural que seja, por mais racional que seja, permanece escravo de sua condição biológica e dependente dos "recursos" que o ambiente natural lhe oferece. Portanto, mesmo superando a subjugação da natureza, o homem continua natureza e permanece dependente dela.

Importa notar que Morin chega a essas formulações constatando que, apesar da oposição disciplinar entre as ciências humanas e as ditas ciências duras, construiu-se um terreno propício à contestação da rigidez teórica que opõe homem e natureza. Mais precisamente, foi com o avanço dos estudos da antropologia e da biologia realizados a partir do século XX que se pôde reconhecer que a organização social complexa que envolve disputas, solidariedades e competição é um fenômeno tão cultural quanto natural (SILVA: 2013).

A ideia de organização biossociológica complexa que as ciências humanas tenderam a tomar como uma invenção humana passou a ser entendida como uma manifestação de todos os sistemas vivos. Com efeito, a sociedade humana é apenas "uma variante [...], um desenvolvimento prodigioso do fenômeno natural, [...] uma das formas fundamentais, muito amplamente disseminadas, muito desigualmente, mas muito diversamente desenvolvida, da auto-organização dos sistemas vivos" (MORIN: 1975, p. 34).

Ao evidenciar esses laços que aproximam a lógica de organização dos sistemas naturais e sociais, Morin enfatiza a inalienável relação entre sociedade e natureza. Nesses termos, desde a teoria da complexidade, a relação entre o humano e seu ambiente natural é assim entendida: quanto mais o homem subjuga a natureza, mais ele se torna autônomo; mas, quanto mais ele se torna autônomo, mais necessidades ele produz, assim tanto mais ele se torna dependente da natureza. Gera-se então uma relação recursiva na qual quanto maior a independência, maior a necessidade e a dependência (MORIN: 1975).

Podemos observar que, Morin propõe um desprendimento dos discursos oposicionistas e o reconhecimento da mútua implicação entre processos culturais, sociais, biológicos e físicos. Assim, propõe admitir a inerência da incerteza no conhecimento e a necessidade de se forjar um entendimento complexo sobre a realidade. Nesse sentido, afirma que o diálogo de saberes é condição fundamental para a construção de um conhecimento menos fragmentado e que por isso mesmo oferece uma leitura mais rica dos dilemas atuais (SILVA: 2013).

Tal diálogo interdisciplinar demanda, por sua vez, uma aproximação entre as ciências humanas e as ciências da natureza; entre os conceitos hegemonicamente consolidados pela tradição moderna e os conceitos emergentes; entre os saberes acadêmicos e os saberes da prática, das culturas tradicionais, da vivência; entre as diversidades humanas e dessas com a biodiversidade (MORIN: 1975).

Por fim, como bem ressalta Silva (2013), é preciso dizer que, apesar da força irresistível que os binarismos modernos ainda exercem sobre a forma como construímos e organizamos o conhecimento e consequentemente sobre a forma como pensamos e agimos em relação ao ambiente circundante, o contexto atual tem nos levado, cada vez mais, a reconhecer a fragilidade dos esquemas binários. Com isso, o humano já não pode mais ser entendido como uma existência superior e refratária às influências do universo natural; o natural, por sua vez, também não pode mais ser entendido como uma realidade externa, amorfa e ignara, que serve apenas aos desígnios e aos interesses humanos.

Desse modo, é preciso refletirmos, sobretudo, reconhecermos que o humano e o natural não constituem extratos opostos e sobrepostos, mas que a constituição e a existência de um e de outro se dão por um processo recursivo e paradoxal que envolve disputa, mas também cooperação.

CONCLUSÃO

Estamos longe de crer que uma visão integradora possa suplantar de forma definitiva o dualismo homem/natureza e os modelos que impuseram a *clareira* enquanto marco civilizatório. Contudo, as evidências nos mostram que o entendimento da crise socioambiental e a construção de ideias e de comportamentos que contribuam para o equacionamento dos dilemas atuais exigem um empenho em favor de uma perspectiva que nos faça entender a mútua implicação entre o cultural e o natural.

Isso demanda a construção de uma epistemologia engajada na reconciliação da cultura e da natureza e no reconhecimento de que o biofísico não é a condição que nos minimiza, mas a condição que nos fundamenta e nos constitui.

Tem-se falado muito sobre como será o mundo pós-pandemia. Será que esqueceremos tudo rapidamente e retornaremos ao antigo normal, ao nosso projeto de destruição planetária outra vez? Vale lembrar que destruir o planeta não se refere apenas a quem age diretamente desmatando ou poluindo, mas também às escolhas que fazemos no nosso cotidiano, como a nossa alimentação de cada dia.

Uma das nossas maiores fragilidades como sociedade - uma que nos deixa perigosamente vulneráveis a eventos catastróficos de natureza biológica, está associada a nossas escolhas alimentares. Ações e iniciativas que promovam e facilitem a transição para fontes alimentares mais seguras globalmente, assegurando também a diversidade de vidas, certamente seriam um investimento valioso na saúde e bem-estar desta e das futuras gerações e ecossistemas.

Talvez um dos aspectos mais interessantes da pandemia é que ela nos obriga a pensar, diante do isolamento, nas consequências de nossas ações de uma forma que nunca fizemos antes. Um exercício de compreensão das relações de causalidade pode ajudar a humanidade a entender as conexões entre o uso predatório da natureza e as doenças, por exemplo. No caso da atual pandemia, a relação entre nossas formas de agir com os animais - nós mesmos e os outros - e a COVID-19 deve ficar clara para que não cometamos o erro de acreditar, como sempre fazemos no caso da crise climática, que tudo não passa de um desastre natural. Não se trata de um acidente, de uma casualidade ou de um azar: o que vemos hoje é consequência das formas de produção prevalentes no planeta.[12]

Mas nosso humanismo ainda é morno, e escrevemos para atar laços com nós mesmos, falando para o ser do tempo, o sujeito do conhecimento, ainda reunidos na *clareira*. Na caixa preta do pós-apocalipse, entre artigos acadêmicos, *selfies* e canções, talvez venhamos a ser estudados, com muita curiosidade.

[12] BENSUSAN, Nurit. Nós, os outros animais, a devastação do planeta e a pandemia nossa de cada dia. Instituto Socioambiental, 01.04.2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/nos-os-outros-animais-a-devastacao-do-planeta-e-a-pandemia-nossa-de-cada-dia>, Acesso em: 27 jul. 2020, 17:20:00

REFERÊNCIAS

BERTALANFFY, Ludwig von. Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações [1968]. Petrópolis: Vozes, 2006.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade [1986]. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich. E. Global generations and the trap of methodological nationalism: for a cosmopolitan turn in the sociology of youth and globalization. Nova IorqueEuropean Sociological Rewiew, v. 25, n. 1, 2009.

BECK, Ulrich. Neither order nor peace: a response to Bruno Latour. Common Knowledge, Ramat-Gan, v. 11, n. 1, p. 1-7, Winter 2005.

BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich. Risk Society: towards a new modernity. London: Sage, 1992.

BOFF, Leonardo. Ecologia, mundialização, espiritualidade [1993]. Rio de Janeiro: Record, 2008.

CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma nova concepção científica dos seres vivos. 7. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2002.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014.

GEERTZ, Clifford. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989.

GUATTARI, Felix. As três ecologias. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. São Paulo: Papirus, 1990.

LATOUR, Bruno. Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

LEFF, E. Complexidade, Interdisciplinaridade e Saber Ambiental. In: PHILIPPI, A., TUCCI, C., HOGAN, D., NAVEGANTES, R. Interdisciplinaridade em ciências ambientais. São Paulo: Signus Editora, 2000.

LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. Sistemas sociológicos: lineamentos para una teoría general. Alianza Editorial/Universidad Iberoamericana, 1991.

MADEIRA FILHO, Wilson. Literatura virtual ou Anotações à margem do diário de Mina Harker. In: Confluências, n. 6. Niterói: PPGSD-UFF, p. 58-68, agosto de 2006.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana [1984]. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MATURANA, Humberto & FRANCISCO, Varela. De máquinas e seres vivos: autopoiése - a organização do vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MEZZABORA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOORE, J. W. Anthropocene or Capitalocene? Nature, history, and the crisis of capitalism – London: Kairos PM Press, 2016.

MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo [1990]. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MORIN, Edgar. Método V: a humanidade da humanidade – a identidade humana. 2. ed. Porto Alegre: Sulinas, 2003.

MORIN, Edgar. O enigma do homem: para uma nova antropologia. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

MORIN, Edgar. O paradigma perdido: a natureza humana. 5. ed. Europa-América: Mens Martins, 1991.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. In: Sociologias, Porto Alegre, n. 15, p.182-207, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222006000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31.07.2020.

OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Piaget, 1995.

PAIM, Cynthia Schuck; ALONSO, Wladimir J. Pandemias, saúde global e escolhas pessoais. Alfenas, MG: Cria Editora, 2020.

SILVA, Ana Tereza Reis da. Currículo e representações sociais de homem e natureza: implicações à prática pedagógica. Rev. Bras. Educ. Rio de Janeiro, v. 18, n. 55, p. 861-876, dic. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/sciel.o.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782013000400004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 01.08.2020.

SLOTERDIJK, P. Regras para o parque humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SPECK, Rafael de Souza. Direito animal à luz do pensamento sistêmico-complexo: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da constituição federal de 1988. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2017.

THOMAS, Keith. O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500 – 1800). Tradução: João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

EDUCAÇÃO AMBIENTAL PATRIMONIAL POPULAR: uma proposta para o Ecoturismo em Unidades de Conservação na Região da Costa Verde

Danilo Rocha Cerqueira
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pesquisador doutorando Pós-Graduação em Geografia, Departamento de Geografia, Rio de Janeiro, Brasil.
danilocerqueira09@yahoo.com.br.

Hedinene Silva da Costa
Laboratório de Ações e Pesquisas em Educação Ambiental, pesquisador(a) associada, Rio de Janeiro, Brasil.
hedinenerocha@gmail.com

Resumo: A Região da Costa Verde, localizada no litoral sul do estado do Rio de Janeiro, possui parte de seu ambiente reconhecido como Patrimônio Cultural e Natural Mundial da UNESCO. Nela existem diversidades de territórios regulados por Unidades de Conservação e ocupados por Povos Tradicionais. Soma-se ao contexto as formas urbanas, as atividades econômicas modernas e os problemas (sócio)ambientais intrínsecos às relações estabelecidas entre as questões. Buscamos apresentar uma proposta teórico-conceitual para estimular o diálogo de saberes a partir das contradições evidenciadas no contexto regional. Além disso, discutir questões potenciais, limitantes, possíveis e desafiantes relacionadas à viabilidade da proposta. O racismo estrutural no Brasil se reproduz nas históricas injustiças aos que se reconhecem como Povos Tradicionais, e a pesquisa também busca evidenciar aspectos dessa realidade na busca por justiça e garantia de direitos. Para alcançarmos os objetivos lemos diversas referências produzidas na região e fora dela que balizaram as reflexões realizadas. Processamos dados secundários geoespaciais de forma cartográfica. Por fim, levantamos pesquisas científicas que abordam a temática do turismo nas Unidades de Conservação geridas pelo Instituto Estadual do Rio de Janeiro. Na primeira parte do trabalho apresentamos a fundamentação teórica referente ao seu arranjo conceitual. No segundo momento, iniciamos a discussão pertinente à proposta a partir de um Mapa Temático com técnicas de geoprocessamento. No terceiro item refletimos sobre as potencialidades e limitações da proposta nas contradições existentes. Na quarta parte discutimos a partir do quadro com as pesquisas do levantamento bibliográfico. Na última, encerramos a discussão abordando possibilidades e/ou desafios para proposta. O contexto apresentado evidencia a urgência do diálogo de saberes entre Povos Tradicionais, pesquisadores, agentes públicos e demais envolvidos em ações de Educação Ambiental Patrimonial Popular.

Palavras-chave: Povos Tradicionais; Patrimônios; Turismo; Conflitos; Contradições.

INTRODUÇÃO

O Comitê do Patrimônio Mundial da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) definiram a cidade histórica de Paraty e a região da Baía da Ilha Grande (RJ) como patrimônio histórico e natural da humanidade. A partir disso a cidade de Paraty foi reconhecida como o primeiro sítio misto do Brasil. Tal fato está ligado à realidade complexa que envolve a composição das paisagens do espaço geográfico da região, onde são encontrados vestígios de ocupações e atividades histórico-culturais pré e pós-coloniais.

No ambiente do espaço geográfico dessa região podem ser encontradas relações entre diversas paisagens, povos, lugares e territórios compostos por Mata Atlântica preservada, que rodeia as águas da baía da Ilha Grande. São as culturas indígenas, quilombolas e caiçaras que vivem com a biodiversidade. É o registro arqueológico da ocupação humana neste território ao longo do tempo. É a cidade colonial que preserva suas relações históricas e a dinâmica urbana no centro de Paraty, ou seja, é a coexistência entre culturas ancestrais em um ambiente extremamente diverso.

Os espaços do ambiente reconhecido como Patrimônio Mundial na Costa Verde consistem em cinco componentes, dos quais quatro são Unidades de Conservação (UCs): o Parque Nacional da Serra da Bocaina e a Área de Preservação Ambiental de Cairuçu no continente, e o Parque Estadual da Ilha Grande e a Reserva Biológica da Praia do Sul na Ilha Grande. O centro histórico de Paraty e o Morro da Vila Velha formam o quinto componente. Por mais que o espaço reconhecido abrigue relevante diversidade biológica, de histórias, paisagens, territórios, lugares e consequentemente patrimônios essa realidade não se limita a área do entendida como Patrimônio Mundial atualmente. Tal contexto diverso também permeia outros espaços da Região da Costa Verde, mesmo considerando as diferenças existentes entre os municípios e as formas de ocupações.

Por que realizamos essa pesquisa? A primeira razão é pela diversidade de Unidades de Conservação (UCs) e Povos Tradicionais na região, e, portanto, também de Patrimônios Materiais e Imateriais. Além disso, devido ao fato da atividade (eco)turística desenvolvida na Região não necessariamente beneficiar nem integrar tais povos em seu desenvolvimento. O segundo ponto fundamental

está no que se refere a dominação dos grupos responsáveis por desenvolverem os tipos de turismo mais observados na região, inclusive em UCs. Tais formas da atividade turística resultam em inúmeros impactos e conflitos como: crescimento da especulação imobiliária, remoção de populações vulneráveis socioeconomicamente, deterioração de elementos naturais, aumento de ocupações irregulares, (re)configuração nos modos de vida das culturas tradicionais, dentre outros. Nesse sentido, é fundamental que alternativas a esses tipos de turismo sejam formuladas.

Buscamos apresentar uma proposta teórico-conceitual que incentive o diálogo entre os saberes existentes na Região a partir do segmento ecoturístico. Isto é, entre os conhecimentos tradicionais e técnico-científicos da Costa Verde, destacando as contradições evidenciadas no contexto regional. Além disso, discutir questões potenciais, limitantes, possíveis e desafiantes relacionadas à viabilidade da proposta. Pretendemos também destacar as diferenças no tratamento dos Patrimônios Naturais e Culturais pelo poder público e pelo conhecimento científico produzido.

Para alcançar tais objetivos utilizamos diferentes métodos e segmentamos o texto em cinco itens. Na primeira parte apresentamos a fundamentação teórica referente ao arranjo conceitual que sustenta a proposta deste trabalho, introduzindo os principais conceitos abordados a partir das referências que os embasam. No segundo momento, contextualizamos o tema da pesquisa por um breve histórico sobre os usos e ocupações do recorte espacial da para destacar aspectos imprtantes da realidade regional e, assim, iniciarmos a discussão pertinente ao cerne desta pesquisa através de um Mapa Temático da Região da Costa Verde.

Este foi elaborado com dados secundários do Instituto Estadual do Ambiente (INEA) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) sobre a distribuição geográfica das UCs e Povos Tradicionais presentes, por meio de técnicas de geoprocessamento. Na terceira parte aprofundamos a discussão através de reflexões sobre as potencialidades e limitações, apresentadas pelo contexto regional, para incentivar a reflexão por trás do estudo.

No quarto item encaminhamos a discussão para destacar possibilidades e desafios vislumbrando a aplicabilidade do que propomos. Na quinta e última parte, apresentamos os resultados das pesquisas levantadas na base de dados do portal INEA que abordam a temática do turismo nas UCs sob sua gestão. Realizamos um levantamento bibliográfico de 503 pesquisas em Unidades de

Conservação na Região da Costa Verde entre 1988 e 2019. Em todas as etapas de análise, estudos científicos, legislações e/ou documentos oficiais foram utilizados para estruturar o artigo.

As formas vinculadas a Atividade Turística desenvolvidas na Região pelos atores da sociedade moderna não possuem como objetivo principal, nem garantem de fato, a proteção nem a conservação da diversidade patrimonial encontrada na Região da Costa Verde. A busca principal parece ser pela comercialização dos espaços. Seria essa a lógica responsável pela desvalorização das culturas e modos de vida de Povos Tradicionais pelos entes públicos e privados da sociedade urbana moderna? Seria ela responsável por limitar a participação nas atividades (eco)turísticas destes Povos? Seria ela a ou uma das principais causadoras da modalidade autodestrutiva do Ecoturismo pelo desenvolvimento da Atividade Turística em outros segmentos, formas e intensidades? Aqui surgem as questões hipotéticas que orientam a proposta, as discussões abordadas e reflexões realizadas adiante.

No presente estudo, buscamos integrar as formas do Turismo de Base Comunitária Tradicional com as de Turismo Científico-Pedagógico a partir do Diálogo de Saberes para fomentar uma Educação Patrimonial Popular. Assim, vislumbramos possibilitar atividades (eco)turísticas comunitárias-científicas-pedagógicas em UCs nas quais haja protagonismo dos Povos Tradicionais residentes. Acreditamos que a Educação Patrimonial Popular seja um caminho capaz de facilitar a integração pretendida. Porém, entendemos que para essa ideia se concretizar, se levarmos em consideração as contradições apresentadas, se faz urgente o estímulo ao diálogo entre os saberes locais-regionais.

Por isso, entendemos que o arranjo conceitual apresentado no trabalho pode ser viável caso a abordagem educativa, a partir dos patrimônios na experiência turística do visitante, seja produzida pelo diálogo entre saberes tradicionais, populares e técnico-científicos, que estejam ancorados e amparados por políticas públicas estimulantes. Nesse sentido, para que se materialize nossa utopia é necessário que: as esferas de Governo incentivem-na a partir de políticas e recursos; as Universidades e seus Centros de Estudos deem suporte técnico-científico, por meio de pesquisas e projetos, sobretudo extensionistas; cada grupo social dentre os Povos Tradicionais e suas diversidades decidam internamente aceitar ou não a ideia e sejam os protagonistas e principais beneficiados com os retornos (inclusive econômicos) das atividades ecoturísticas comunitárias-científicas-pedagógicas.

1. Fundamentação teórico-conceitual

Aqui apresentamos os principais conceitos ou expressões utilizadas nesse estudo e o nosso entendimento em relação a seus significados. Isso para que, ao longo do texto, as ideias e arranjos conceituais sejam compreendidos de maneira explícita e coerente.

A concepção dialética da contradição será entendida como forças aparentemente opostas presentes ao mesmo tempo em um processo. Elas podem ser resultantes de conflitos da dinâmica urbana e, por abrir possibilidades no tensionamento entre as diversas práticas do cotidiano, promover mudanças sociais (HARVEY, 2014).

O uso do solo é uma combinação de um tipo de atividade e de um tipo de assentamento. Assim, ele admite uma variedade de formas, estruturas, funções e processos tão grandes quanto às atividades da própria sociedade. No Brasil, a modernização introduziu diversas formas de uso e ocupação, entre os quais ações de intervenções nas principais cidades brasileiras ocorreram. A periferização nas nesses locais foi um dos fenômenos mais intensos desse paradigma. (NOGUEIRA, 2008)

A expressão Populações Tradicionais, no contexto brasileiro, pode ser entendida como uma categorização dos grupos socioculturais que ainda vivem no entorno, parcialmente ou completamente não inseridos às cidades. Etnias indígenas, ribeirinhos, extrativistas, pescadores artesanais, quilombolas, caiçaras, dentre outros, ou seja, grupos que apresentam culturas distintas daquela reproduzida pela sociedade de consumo urbano-industrial (DIEGUES, 1996; SILVA, PIMENTEL, RIBEIRO, 2016). Essa expressão, utilizada em muitos estudos acadêmicos e documentos oficiais como no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) por exemplo, é um conceito em disputa no meio acadêmico. Tal fato gira em torno da abrangência do termo em relação a diversidade de característica dos grupos componentes e, por isso, outras formas de categoriza-los são utilizadas para se referir a esses grupos sociais como: categorias; comunidades, povos, sociedades ou culturas e, como adjetivo; tradicionais, autóctones, locais, residentes e rurais (LITTLE, 2003). Nesse sentido, iremos nos referir à tais grupos presentes na Região da Costa Verde como Povos Tradicionais. Porém, utilizamos referências que fazem uso de outros termos, principalmente o de Populações ou Comunidades Tradicionais. A

escolha pelo termo Povos Tradicionais está no fato dele conter "tanto uma dimensão empírica quanto uma dimensão política" (LITTLE, 2003. p.283).

No Brasil a ideia de patrimônio, sobretudo em relação à necessidade de proteção, foi institucionalizada no ano de 1937 e, "ainda em vigor, trata da proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, dando ênfase ao instituto jurídico do tombamento como forma de proteção jurídica" (DANTAS, 2006. p. 81). Essa legislação está centralizada na proteção em bens de natureza material, porém, também aborda "elementos de natureza imaterial como a evocação, a representação e a lembrança a lugares, monumentos e fatos históricos relevantes para a cultura de um povo, o que os identifica, de forma irrenunciável, ao elemento subjetivo, imaterial" (DANTAS, 2006. p. 81).

Em 1972, a UNESCO estabeleceu a Convenção do Patrimônio Mundial para incentivar a preservação de bens culturais e naturais considerados significativos para a humanidade (IPHAN, 2008). A ideia sobre Patrimônio Cultural foi expandida com o reconhecimento dos bens de natureza material e imaterial no que se refere à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (BRASIL, 1988). A partir das resoluções da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), os conhecimentos tradicionais também passaram a ser entendidos como patrimônios da humanidade, o que resultou em uma série de questões discutíveis (SILVA PIMENTEL & RIBEIRO, 2016).

Atualmente, segundo a legislação vigente, existem categorias de valoração patrimonial: Patrimônio Natural, Cultural, Misto e Paisagem Cultural. Os Patrimônios Naturais são os monumentos naturais físicos e biológicos; as formações geológicas e fisiográficas e os habitat de espécies ameaçadas; os lugares ou as zonas delimitadas, da conservação ou da beleza natural, que tenham um valor universal excepcional do ponto de vista estético e/ou científico (IPHAN, 2008). Os Culturais são divididos em três eixos: os monumentos, os conjuntos e os lugares. No primeiro estão as "obras arquitetônicas, de escultura ou pinturas monumentais, elementos ou estruturas de caráter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos, que tenham um Valor Universal Excepcional desde o ponto de vista da história, da arte ou da ciência" (IPHAN, 2008. p. 11). O segundo se refere a "grupos de construções, isoladas ou reunidas, cuja arquitetura, unidade e integração à paisagem tenham um Valor Universal Excepcional desde o ponto de vista da história, da arte ou da ciência" (IPHAN, 2008. p. 11). O terceiro é definido como "obras do homem ou obras conjuntas

do homem e da natureza assim como as áreas, incluídos os lugares arqueológicos que tenham um Valor Universal Excepcional desde o ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico" (IPHAN, 2008. p. 11). O Patrimônio Misto é definido como "os bens que respondam parcial ou totalmente às definições de Patrimônio Natural e Cultural que figuram na Convenção" (IPHAN, 2008. p. 12).

Em paralelo a esse contexto mundial de proteção e conservação dos patrimônios, surgem no Brasil as UCs. Elas podem ser definidas como "espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo poder público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção" (SNUC, 2000. p. 1). No Brasil, elas são segmentadas em duas grandes áreas, proteção integral e uso sustentável, com objetivos respectivos de "preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei", ou "compatibilizar a conservação da natureza com o uso antrópico, de parcela dos seus recursos naturais" (SNUC, 2010. p. 4). Dentro desses grupos existem diversas categorias de UCs.

A Atividade Turística é composta pelo conjunto de segmentos do mercado que a regulam e pode ser exemplificado como "Turismo de Negócios e Eventos, Ecoturismo, Turismo Cultural, Turismo Náutico, Turismo Rural, Turismo de Sol e Praia e, por fim, Turismo Industrial" (MTUR, 2010. p.11). Porém, existem outros segmentos e até mesmo formas da atividade como o Turismo de base comunitária, científico, ecoliterário, pedagógico, religioso, gastronômico, agroturismo, dentre outros[1]. Cada segmento e forma depende de redes de abastecimento (CERQUEIRA, 2015) de serviços e condições para que seja viável o desenvolvimento da atividade.

O Ecoturismo, ao ser direcionado a ambientes naturais e culturais deve buscar o equilíbrio ambiental, social, cultural e econômico de todos os grupos sociais envolvidos na atividade, estimular educação ambiental e despertar a consciência ecopolítica, além da contemplação da dimensão ecológica, característica que sozinha torna o segmento em turismo na natureza (PIRES, 1998).

[1] Disponível em: < http://espacodeturismo.blogspot.com/2011/07/segmentacao-de-mercado-tipo-de-turismo.html>

O Turismo de base Comunitária (TBC), ou turismo comunitário, consiste em um modelo turístico centrado no que comumente se entende como recursos (humanos, naturais e de infraestrutura) internos de determinada localidade. Assim, carrega em sua essência o protagonismo dos Povos Tradicionais locais na gestão e oferta de bens e serviços turísticos (COSTA, 2013; FABRINO, COSTA, NASCIMENTO 2016).

O turismo pedagógico é uma forma de proporcionar temas e mediações da educação ambiental através da vivência na natureza, onde visitantes entram em contato com a comunidade local, sentem as dificuldades e participam das soluções do cotidiano adquirindo novos conhecimentos e informações sobre o espaço, interagindo com as dinâmicas socioespaciais e culturais. (PERINOTTO, 2008)

O turismo científico permite conhecer lugares que possuem relação com qualquer uma das ciências, assim como os cientistas que fazem parte de sua história e aqueles que se mantêm ativos. Esse segmento se destaca como complementar ao turismo de aventura e ao Ecoturismo. (REVILLA & MOURE, 2017)

O termo Educação Patrimonial carrega o peso da abordagem institucional, historicamente elitista, centrada nos bens materiais e relacionada a interpretação dos fatos históricos de uma determinada memória nacional. Hoje entendemos como fundamental a reflexão a respeito da relação patrimonial com foco no sujeito ao mesmo tempo produto e produtor de cultura. A Educação Patrimonial é considerada como um viés da Educação Ambiental (GIL & POSSAMAI, 2014), posto que a Educação Ambiental deve estimular a solidariedade, a igualdade e o respeito aos direitos humanos, valendo-se de estratégias democráticas e interação entre as culturas (BRASIL, 1999).

A noção de Educação Popular se fundamenta nas realidades dos oprimidos e, por isso, inclui em sua perspectiva a consciência e o mundo, o conhecimento e a política, a palavra e o poder e a teoria e a prática. É a revelação de um amplo processo de educação que já ocorria no meio dos povos oprimidos. Entendemos o método formativo como essencial para organização, mobilização e capacitação técnico-científica dos oprimidos por transformações estruturais de poder (FREIRE & NOGUEIRA, 1989).

A Ecologia de Saberes pode ser entendida como "possibilidade de que a ciência entre não como monocultura, mas como parte de uma ecologia mais

ampla de saberes, em que o saber científico possa dialogar com o saber laico, com o saber popular, com o saber dos indígenas, com o saber das populações urbanas marginais, com o saber camponês" (SANTOS, 2007. p. 32). Para assim, fortalecer o uso contra-hegemônico da ciência dominante e pelo Diálogo de Saberes entre as ecologias existentes.

2. Histórico da Costa Verde e resultados no Ordenamento Territorial.

A Região da Costa Verde "situa-se no litoral sul fluminense e está dividida em duas microrregiões: a da Baía de Sepetiba, que incorpora os municípios de Mangaratiba e Itaguaí, e a da Baía da Ilha Grande, com os municípios de Angra dos Reis e Parati" (SANTIAGO, 2010, p. 49).

O desenvolvimento de atividades econômicas na região pode ser descrito desde início da colonização com a extrativismo da madeira do pau-brasil. A agricultura e a pesca foram importantes atividades econômicas desenvolvidas nas Baías de Angra dos Reis e de Sepetiba. A agricultura de abastecimento (milho, arroz, feijão, mandioca e etc.) e comercial (cana-de-açúcar e café) também se destacaram. A pesca da baleia já era praticada no século XVI e só desapareceu na primeira metade do século XIX, enquanto a da sardinha entrou em decadência nas décadas de 1970 e 1980 (SANTIAGO, 2010)

Na segunda metade do século XIX, a região entrou em estagnação econômica. Um conjunto de fatores contribuiu para essa decadência, principalmente o declínio da cafeicultura no vale do Paraíba do Sul e a proibição do tráfico de pessoas negras escravizadas, que afetou a função de entreposto da região com a comercialização dessas pessoas (e a demanda de aguardente). A desativação de muitas fazendas também propiciou o surgimento de posseiros, meeiros e arrendatários com a prática da agricultura de subsistência, bem como, o refluxo demográfico. Neste momento, parte da vegetação passou por regeneração natural, favorecendo o ecossistema da Mata Atlântica (SANTIAGO, 2010).

A fase de estagnação econômica da região só foi revertida na segunda metade do século XX, quando os municípios de Mangaratiba e Angra dos Reis receberam a instalação de grandes empreendimentos. A reativação da atividade portuária junto à incorporação de setores industriais, a criação de áreas naturais protegidas, a construção da BR-101 (1972-1974) e o desenvolvimento do

programa federal de incentivo ao turismo de alta renda (Programa TURIS), por exemplo, valorizaram o território (SANTIAGO, 2010). Além da instalação de grandes hotéis, houve uma explosão da construção de condomínios residenciais (SOUZA, 2003). Assim, a especulação imobiliária reestrutura no recente histórico, o uso e a ocupação do território da região, dificultando a permanência e a reprodução das práticas de Povos Tradicionais e demais populações periféricas. Após anos de interferência da atividade turística, inúmeros conflitos entre atores sociais se disseminaram, manguezais foram aterrados e as encostas foram progressivamente ocupadas (SOUZA, 2003).

Nesse ponto, podemos evidenciar que o I Plano de Desenvolvimento Econômico-Social (I PLAN-RIO), elaborado em 1975, serviu como um dos instrumentos políticos responsáveis por direcionar as estratégias de desenvolvimento social e econômico do estado do Rio de Janeiro. Em seu subcapítulo voltado às diretrizes da política nacional de desenvolvimento para o estado, enfatiza que apesar de seus percalços, aumenta sobremodo sua taxa de responsabilidade perante os esforços nacionais na busca incessante de padrões superiores de bem-estar geral (CERQUEIRA, 2015).

Para o alcance do objetivo do plano, destacaram-se as políticas de incentivo ao desenvolvimento das atividades econômicas superiores, combate à poluição industrial e a de proteção ambiental. A principal atividade econômica indicada nos resultados I PLAN-RIO, já em sua época de criação, foi a Atividade Turística. A racionalidade por trás do planejamento do território estadual, sobretudo em relação às Costa Verde, entendia que para o sucesso do plano, ou seja, ser funcional para a intenção da acumulação de capital e exitoso na busca do bem-estar social, era preciso apropriar-se das potencialidades ecológicas e culturais locais/regionais a fim de comercializá-las (CERQUEIRA, 2015). Essa apropriação foi feita pelas ações dos atores sociais detentores de capitais e consumidores de espaços ou estabelecimentos, ação possibilitada pela circulação de capital em conjunto com as políticas de ordenamento territorial.

O turismo foi projetado como segunda maior fonte de renda no século XXI, tendo grande significância na geração de capital, em esfera mundial, favorecendo a acumulação e produzindo excedentes fora do lugar onde são gerados, o que em grande medida se assemelha com as outras diferentes formas de acumulação capitalista que se pôde observar ao longo da história (FONTELES, 1999). O turismo é uma marca do século XX, que oferece condições de realização para o desejo de conhecer novos ambientes, que para

muitos autores, é inerente a condição humana. A promoção de Atividades Turísticas torna-se gradativamente, uma nova fronteira de acumulação, centrada num novo produto, capaz de agregar-se aos espaços produtivos pré-existentes de acumulação capitalista, sem competir diretamente com eles (BECKER, 1996).

O sucesso pela perspectiva econômica-social anunciava que para haver adaptações do modelo à cultura local, era preciso além de apropriar-se das potencialidades ecológicas, "inserirem" os povos, populações e suas culturas em suas próprias dinâmicas, ou seja, sob as regras mercadológicas e legislativas de ordenamento territorial. Para isso, além das tentativas que visavam desenvolver os Planos e/ou Programas econômicos, era preciso haver uma intervenção política que desse subsídio à instalação das redes de abastecimento, que seriam responsáveis por divulgar, sustentar e desenvolver a atividade turística na região (CERQUEIRA, 2014).

As transformações influenciadas pelo projeto modernista, ao longo de sua consolidação na Região da Costa Verde, agravam e geram conflitos e contradições latentes com a história, a cultura e a soberania dos Povos Tradicionais sobre seus territórios e lugares, por passarem a permitir/incentivar práticas de uso e ocupação do solo específicas e proibir/enfraquecer determinadas atividades vinculadas às culturas desses Povos (PRADO, 2003).

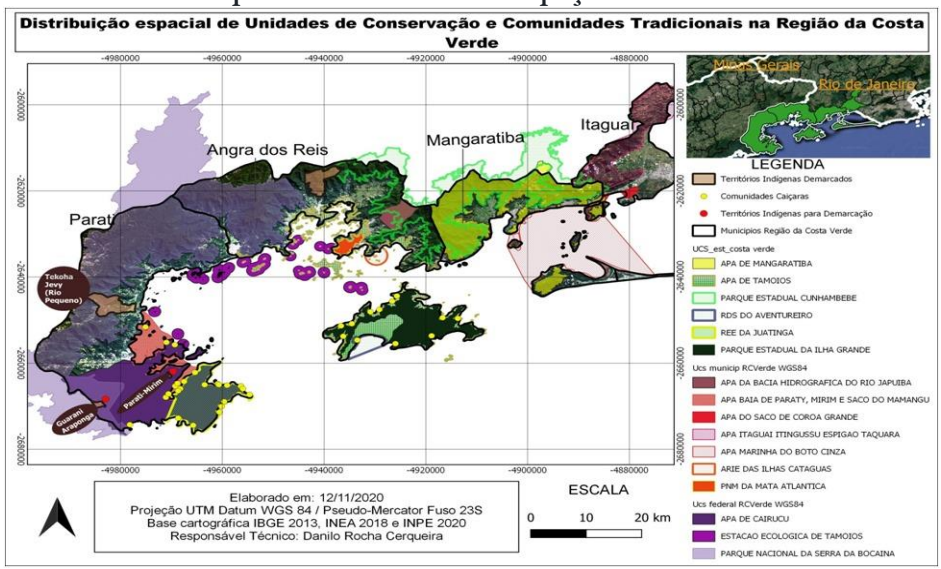
O contexto regional de estagnação econômica na primeira metade do século XX, junto ao crescimento da Atividade Turística no mundo, o histórico de uso e ocupação da Costa Verde e a necessidade em preservar/conservar patrimônios com características naturais principalmente, influenciou diretamente na implementação de Áreas Naturais Protegidas, que posteriormente vieram a ser denominadas UCs. Essas, vinculadas à Atividade Turística, resultariam no desenvolvimento econômico da Região. O Parque Nacional da Serra da Bocaina e o Parque Estadual da Ilha Grande, dois dos primeiros do país, exemplificam bem esse cenário.

A sobreposição de atividades produtivas e culturas históricas pela Atividades Turística impulsionada pelos territórios protegidos por UCs possui relação direta com agravamento e/ou geração de conflitos (CERQUEIRA, 2015 e 2018). Para ilustrarmos esse contexto no espaço regional, elaboramos um Mapa Temático com informações específicas sobre a distribuição espacial das UCs e da ocupação dos Povos Tradicionais. O mapa, apresentado abaixo, tem por objetivo introduzir as reflexões sobre aspectos potenciais e limitantes para a compatibilização entre as estratégias de conservação ambiental das diversidades

patrimoniais culturais no contexto de expansão da Atividade Turística. A partir dele, também analisamos diferenças entre a extensão territorial das UCs e dos Territórios Indígenas, problematizando os limites dos dados geoespaciais em relação à diversidade de Povos Tradicionais existentes na Região. Ao sul do mapa está localizado o Oceano Atlântico, mais precisamente, a Baía da Ilha Grande, a sudoeste, e parte de Baía de Sepetiba, a sudeste.

A divisão regional do Estado do Rio de Janeiro remonta, com alterações, a Lei n° 1.227/1987 e, em 2002, a Região da Costa Verde foi criada. O Turismo foi a principal atividade econômica postulante como ideal para o desenvolvimento de algumas regiões, mesmo antes da institucionalização de algumas delas como é o caso da Costa Verde (RIO DE JANEIRO, 1987).

Mapa Temático Usos e Ocupações do solo



Podemos perceber que a maior parte da extensão espacial da Região é gerida por diversas categorias de UCs e seus instrumentos normativos. No mapa há, ao todo, dezessete UCs distribuídas na Região, sendo cinco de proteção integral, onze de uso sustentável e uma sem definição de acordo com o SNUC. A UC sem definição é a Reserva Ecológica Estadual (REE) da Juatinga, criada e gerida pelo INEA. Destacamos também a Reserva Biológica da Praia do Sul, UC de proteção integral localizada a sudoeste da Ilha Grande (maior Ilha do mapa), que está sendo representada como APA Tamoios de maneira equivocada, pois essa informação está contida nos dados geoespaciais do INEA sobre as UCs sob sua gestão. Nesse sentido, existiam ao todo dezoito UCs na Região da Costa verde até 2018, sendo seis de proteção integral.

Os espaços ocupados por Povos Tradicionais e/ou geridos por UCs geralmente possuem uma complexidade conflituosa e impactante menos anunciada em veículos de comunicação se compararmos às áreas urbanizadas. Porém, os conflitos nos espaços mencionados ocorrem devido as pressões advindas do processo de urbanização, que ao se expandir, modifica as paisagens com maior velocidade e intensidade pelas atividades da sociedade urbana (LEFEBYRE, 1999). Isso quer dizer que não devemos observar de maneira separada os conflitos e impactos ambientais em espaços urbanos ou territórios com UCs e/ou Povos Tradicionais. Pelo contrário, entendemos ser fundamental, para a qualidade de vida da sociedade urbana e dos Povos Tradicionais historicamente excluídos, evidenciar e problematizar as relações conflituosas para assim buscar mitigá-las. Nesse sentido, a manutenção dos espaços-ambientes patrimoniais preservados e conservados (reconhecidos ou não) pode ser entendida como essencial e por isso potencializadora. Portanto, acreditamos ser necessário realizar uma discussão sobre potencialidades, limitações, possibilidades e desafios inerentes ao contexto regional para a proposta desse trabalho, partindo dos problemas ambientais, sobretudo na forma de conflitos, nos âmbitos socioambientais, espaciais e culturais.

3. Potencialidades e Limitações nas contradições regionais – Da valorização dos Patrimônios Naturais à vulnerabilidade dos Patrimônios Culturais.

O que conhecemos como Região da Costa Verde institucionalizada é o resultado das influências políticas e econômicas desenvolvidas ao longo do tempo até os dias atuais. O fenômeno do Turismo, atualmente, vem

desenvolvendo uma forma de dominação social-cultural-econômica, pelos serviços das "redes de abastecimento" a partir da exploração ou exclusão da mão de obra local, gerando e agravando assim, inúmeros impactos e conflitos (CERQUEIRA, NUNES, DIAS & GAMA, 2015).

Considerando a tríade encontrada no histórico recente do uso e ocupação da Região – territórios ocupados por Povos Tradicionais, regulados por UCs, incentivo ao desenvolvimento da atividade turística – e os conflitos inerentes às relações sociais estabelecidas por elas, é possível indicarmos limitações e potencialidades encontradas no contexto regional na busca pela mitigação dos problemas socioambientais decorrentes dessas relações. As potencialidades e limitações emergem das contradições evidenciadas ao longo dos anos.

Destacamos como primeira potencialidade na Região a sua diversidade patrimonial. Tanto as características físico-naturais dos ambientes existentes, quanto as culturas produzidas e mantidas pelos Povos Tradicionais. A Região detém "os mais altos estoques contínuos de Mata Atlântica de todo o estado, com 193.436ha de área verde, abrangendo o equivalente à 83,03% da área territorial da região e 4,43% da área territorial do estado" (CLARE, GONÇALVES, MEDEIROS, 2009 p.19). Caracteriza-se por possuir linha de costa recortada por costões rochosos, provenientes das abruptas vertentes da escarpa da serra da Bocaina, baías e enseadas que delineiam as Baías de Sepetiba e Ilha Grande. No fundo dessas baías e enseadas localizam-se exíguas planícies flúvio-marinhas, baixadas e cordões litorâneos (DANTAS et al, 2000). Como pudemos observar no Mapa Temático, essa região possui uma área relativamente contínua de preservação e conservação, representada pela existência de diversas UCs federais, estaduais e municipais (CLARE, GONÇALVES, MEDEIROS, 2009). A vegetação se destaca pelo predomínio dos remanescentes de Mata Atlântica, genericamente, conhecida como o ecossistema de floresta da encosta da Serra do Mar brasileira, considerado o mais rico do mundo em biodiversidade (ARAUJO, CARVALHO, SILVA, 2005).

De acordo com as informações contidas nos dados geoespaciais do INEA no mapa, datados em 2018, existiam UCs sob gestão municipal em todos os municípios da Região. Tal fato é considerado neste trabalho mais uma potencialidade regional para o estabelecimento de outra relação entre as formas de turismo em espaços e ambientes que abrigam patrimônios existentes (reconhecidos ou não), protegidos ou conservados. No entanto, o crescimento

no interesse em estabelecer UCs sob gestão municipal pelas prefeituras da Região pode ser entendido como uma estratégia política para fins econômicos, pois como consequência, ocorre a valorização do solo, devido à lógica da especulação imobiliária no entorno de UCs (GOMES, CARMO, SANTOS, 2004), o incentivo ao desenvolvimento de atividades vinculadas às formas de turismo e acesso dos municípios ao ICMS-ecológico (CONTI, IRVING, ANTUNES, 2015). Nesse sentido, devemos nos atentar aos limites dessa potencialidade também.

A terceira potencialidade se refere ao fato da maior parte de UCs na Região ser de uso sustentável, assim como a existência dessas categorias em todos os Municípios representados. Destacamos as UCs de uso sustentável devido a seus objetivos básicos mencionados anteriormente. Porém, as UCs de proteção integral também podem ser entendidas como locais potenciais para o que propomos, mesmo que elas possuam funções diferentes e, por isso, devemos nos atentar à suas limitações devido à legislação restritiva a atividades humanas (SNUC, 2000). Como podemos observar no mapa, é comum haver ocupações de Povos Tradicionais no interior das UCs da região, inclusive nas de proteção integral. Também percebemos a ocupação desses Povos na Estação Ecológica de Tamoios, na Área de Proteção Ambiental de Tamoios, no Parque Estadual da Ilha Grande, no Parque Nacional da Serra da Bocaina e no limite fronteiriço com o Parque Estadual Cunhambebe.

Outra limitação se apresenta quando comparamos a quantidade e a extensão territorial das UCs em relação à dos Territórios Indígenas. Entendemos que há uma desproporcionalidade acentuada. O contexto apresentado indica maior valorização do poder público à preservação e conservação do Patrimônio Natural em relação ao Patrimônio Cultural, tanto no que se refere ao material quanto ao imaterial (já reconhecidos ou não).

A última limitação está na representatividade das diversidades tradicionais. O INEA levantou trinta e seis localidades onde existem ocupações por Comunidades Caiçaras, sendo doze em Ilha Grande - Angra dos Reis e vinte e quatro em Paraty. Todas estão localizadas em territórios atualmente geridos por UCs. Inclusive, é nessa área ocupada por Comunidades Caiçaras em UCs que foi reconhecido o Patrimônio Mundial da Humanidade pela UNESCO. A ausência de representação nos metadados do INEA (2018) de outras Comunidades Caiçaras e, sobretudo dos remanescentes quilombolas existentes na Região da Costa Verde, reforçam a ideia de maior preocupação, por parte dos poderes

públicos, com a preservação ou conservação dos Patrimônios Naturais em relação aos Culturais. Os conflitos gerados pelas legislações pertinentes a cada UC e suas respectivas categorias reforçam a perspectiva de maior valoração dos Patrimônios Naturais em relação aos Culturais, fato que poderia ser repensado, considerando-os como equitativos.

4. Possibilidades e desafios para articulação – Educação Patrimonial e Turismos de Base Comunitária com bases Científico-Pedagógicas para visitação pública.

A ideia de proteção a extensas áreas onde altos índices de biodiversidade predominam desacelerou a degradação físico-ambiental pela expansão de atividades econômicas urbano-industriais. Essa noção criou o temor de grandes extensões de terras se tornarem "improdutivas", ou seja, que não produzam mercadorias ou acumulem capitais através da exploração direta dos recursos naturais e do trabalho humano (DIEGUES, 2006). Nesse sentido, as ideias de desenvolvimento social, crescimento econômico e bem estar da modernidade inserem-se no modelo de planejamento, gestão, uso e ocupação dos territórios das UCs da Região, principalmente a partir das demandas de atividades turísticas (PRADO, 2003).

Nesse sentido, buscamos aqui destacar possibilidades e desafios para articulação de estratégias na mediação de impactos e, sobretudo conflitos ambientais, a partir do fortalecimento de Povos Tradicionais da Região. A primeira possibilidade está relacionada à garantia da reprodução dos modos de vida dos Povos Tradicionais que, historicamente, são mais integrados à conservação da biodiversidade, principalmente os Povos Originários (SANTOS, 2007). Entendemos que o aprendizado fundamenta o ato de ensinar e, por isso, as experiências não-formais e informais são tão importantes quanto as formais para fomentar as pedagogicidades presentes na materialidade dos espaços vivenciados (FREIRE, 2017). Seguindo essa linha, concordamos que as UCs e os espaços ocupados por Povos Tradicionais na Região da Costa Verde, que abrigam diversidades de saberes e naturezas, são pedagógicos em sua essência (REIS, CERQUEIRA, PONCIANO, 2020). Um desafio dessa possibilidade está no fato das culturas dos Povos Tradicionais historicamente serem silenciadas e marginalizadas pela modernização da sociedade urbana (LEFVREV, 1999). Nesse sentido, é urgente que os esforços não se concentrem apenas na preservação ou conservação das UCs e sim no direito à reprodução da

diversidade de culturas, na busca pela dignidade das condições de vida e autonomia sobre os territórios ocupados historicamente. Entendemos que o motivo mencionado, mesmo que possa ser entendido como um desafio, apresenta possibilidades.

Outra questão desafiadora, mas que evidencia possibilidades, está ligada às consequências do consumo dos espaços de natureza protegida, conservada e ocupada. Eles são ofertados nos inúmeros segmentos da Atividade Turística na Região da Costa Verde. O Ecoturismo, quando desenvolvido pela lógica da racionalidade dominante, pode não garantir a qualidade de vida das populações marginalizadas, e em algumas situações, nem mesmo das condições ambientais geoecológicas que são apropriadas para comercialização pelos serviços das redes de abastecimento do turismo (CERQUEIRA, NUNES, DIAS, GAMA, 2015). Por esses motivos, entendemos que a cultura do consumo "sabota" a Atividade Turística criada e defendida por ela como "sustentável", justamente por também degradar os espaços que comercializa e, por ajudar a excluir sujeitos capazes de conservar as condições ambientais geoecológicas junto aos saberes associados. O que a atividade turística dominante "sustenta" em boa parte da Região da Costa Verde, são as estruturas que mantêm as desigualdades sócio-espaciais-culturais (PRADO, 2003). Caso o Estado entenda as consequências em longo prazo da atividade turística desenvolvida pela sociedade urbana como "autodegradante" e, assim, perceba a urgência em incentivar formas alternativas de visitação pública, de uso e de ocupação do solo para relacioná-las ao turismo, podemos vislumbrar uma possibilidade.

Outra possibilidade que se destaca como desafiadora é a mudança do modo de produção dos municípios da Região. O atual modelo se associa à crise ambiental, portanto contribui para a transformação do significado da natureza para a sociedade urbano-industrial do consumo. Assim, quanto mais a lógica hegemônica se expande, mais se apropria da Natureza onde ainda residem Povos Tradicionais acentuando a perda de significados antigos, passando a ser capital de realização atual ou futura como reservas de valor de natureza nos países do Sul Global (BECKER, 1996). Devido aos novos significados atribuídos, podemos considerar a natureza da Região da Costa Verde como a mercadoria que o turismo comercializa para se desenvolver. A expressão do turismo como atividade econômica se origina na moderna sociedade urbana, se inserindo na escala da acumulação de capital pelo consumo a partir das inovações da tecnologia de transporte e assim, surgem os agentes e companhias propensas a organizar a Atividade Turística (BECKER, 1996). É nesse contexto que

percebemos um grande desafio, que consiste na ideia de que a Atividade Turística, por ser reproduzida majoritariamente por sujeitos ou grupos mais poderosos economicamente, pode contribuir para a descaracterização dos modos de vida dos Povos Tradicionais. Esses ideais passam a levantar um ponto em relação a real função das Unidades de Conservação que, por um lado objetivam frear o crescimento urbano-industrial-econômico, mas por outro se apoiam no desenvolvimento da atividade turística e da rede urbana de serviços comerciais para se inserirem no circuito da economia global e nas teias da rede geográfica, evidenciando uma contradição.

Há, em alguns lugares, a tendência do turismo se tornar uma monocultura, fato que consideramos muito perigoso, pois quando uma determinada população ou grupo se dedica a apenas uma atividade econômica (inconstante) ou ligada a ela, se torna sujeita às flutuações (KRIPPENDORF,1989). Quando o turismo se apropria das paisagens naturais para incentivar o desenvolvimento da atividade pode se tornar um segmento mais expansionista. Quando se apresenta como "turismo sustentável" e/ou apelando para a modalidade de Ecoturismo - isso pode se dar de maneira ainda mais dominante (WUNDER, 2006).

Na Região, podemos observar uma grande diversidade de segmentos turísticos oferecidos aos visitantes. O segmento que mais se destaca atualmente é o Ecoturismo, mais especificamente nas UCs, devido a sua extensa espacialidade. Porém, em muitos casos as atividades são realizadas de forma estritamente capitalista, acrítica, contemplativa e sem a participação dos tradicionais da região. Ou seja, entendemos que na prática, o Ecoturismo dinamizado nas diversas localidades da Região não considera em suas atividades os fins educativos não-formais estabelecidos pelas legislações SNUC (2000) e PNEA (1999). Assim, não contribui para a compreensão e conhecimento do visitante sobre o espaço visitado, tampouco sobre a importância da preservação ou conservação dos patrimônios, reconhecidos ou não, presentes. Em um contexto de Atividade Turística incentivadora da especulação, competição e segregação, alicerçada por uma lógica desenvolvimentista, entendemos que, quanto mais as práticas turísticas prejudicam os Povos Tradicionais, mais distantes do cumprimento das leis algumas práticas chamadas de Ecoturismo se posicionam. Apontamos uma série de questões correlacionadas que se configuram como possibilidades e desafios para integrar os conceitos e temas abordados na proposta desta pesquisa.

5. Resultados do levantamento bibliográfico

Com objetivo de finalizar a análise a partir das pesquisas científicas realizadas nas sete UCs da Região geridas pelo INEA, de como a Atividade Turística se relaciona com os Povos Tradicionais, se há diálogo da atividade com esses saberes e se há maior destaque aos Patrimônios Naturais Materiais em relação aos Patrimônios Culturais Imateriais, selecionamos todas as pesquisas do Portal[1] INEA que possuíam o marcador "turismo" no título.

Das quinhentas e três pesquisas encontradas já retirando as pesquisas que se repetiam em diferentes UCs por abrangerem mais de um território, filtramos as com o marcador no título e encontramos quinze, organizamos então em uma tabela. Lemos os resumos, discussões, resultados e considerações das pesquisas filtradas. Para análise dos dados encontrados formulamos questões orientadoras de nossa investigação. Buscamos identificar se o turismo evidenciado favorece o Diálogo de Saberes locais-regionais, oportuniza narrativas de saberes e como são abordados os Patrimônios Naturais e Culturais. As marcações vermelhas nos cantos superiores à direita, identificam trabalhos considerados não adequados para embasar ações dialógicas à nossa proposta, fato que evidencia limitações do meio científico-acadêmico.

Consideramos que seis pesquisas não possibilitam o diálogo entre os saberes existentes na Região, os produzidos pelo mercado e os acadêmicos, uma quantidade considerável se levarmos em consideração que todas as pesquisas foram realizadas em ambientes de muita diversidade, também cultural. Em relação a abordarem saberes locais, apenas três pesquisas não o fizeram. Podemos entender como potencialidade, mas que se limita por apenas duas dessas pesquisas darem o devido destaque aos Patrimônios Culturais.

O resultado de maior destaque são as oito pesquisas que destacaram apenas as características de Patrimônio Natural, mesmo que todas as pesquisas tenham sido realizadas em territórios com diversos tipos de patrimônios, fato que se configura como potencialidade e possibilidade. A maior parte das pesquisas analisadas foram realizadas na Ilha Grande, que contém quatro das sete UCs estaduais da região.

[1] Disponível em: http://www.inea.rj.gov.br/publicacoes/sobre-a-pesquisa-cientifica-nas-ucs/pesquisas-e-publicacoes/

Dois resultados comuns com o texto são apontados: a rara participação das comunidades locais nas Atividades Turísticas e não valorização dos Saberes Culturais nas UCs. Tais resultados reforçam a ideia de apagamento e a descaracterização dos Povos Tradicionais. A Região abriga inúmeros patrimônios (reconhecidos ou não) e, mesmo assim, o incentivo a pesquisas que protagonizam a conservação do patrimônio cultural ou mencionam sua importância para atividade de Ecoturismo não foi observado, exceto, nas pesquisas que abordam o Turismo de Base Comunitária (TBC).

Quadro 1: Investigação do turismo produções acadêmicas em UCs do INEA.

	A	B	C	D
1	**Artigo|Autor**	**I O turismo representado nos estudos da Costa verde possibilita o diálogo de saberes?**	**II Houve argumentação ou narrativa de saberes locais?**	**III A pesquisa é feita em ambiente que exista algum tipo de patrimônio? Qual(is) e(s) tipo(s) destacado(s)**
2	MENDONÇA, Thereza 2008. Turismo e sustentabilidade na Ilha Grande (Angra dos Reis, RJ).	Indiretamente sim. Mas de forma limitada, por dar destaque à memórias locais de um lugar específico abordando uma área com mais diversidade cultural.	Sim. Aborda as memórias locais, mas de maneira limitada por não abordar a diversidade cultural.	Sim, de Patrimonio Misto reconhecido. Por isso o patrimônio natural foi mais destacado em relação aos culturais.
3	PRADO, Rosane 2003. Tensão no Paraíso: Aspectos da Intensificação do Turismo na Ilha Grande	Sim pois aborda questões centrais aos temas relacionados.	Sim pois menciona questões sobre a pesca.	Sim, de Patrimonio Misto reconhecido. Ambos patrimônios são abordados
4	SINAY, Laura 2002 Ecoturismo e Culturas Tradicionais	Sim, pois destaca a obrigação de no Plano de Manejo de cada UC ser elaborado com a participação das comunidades tradicionais – sobretudo quando há atividade turística.	Sim, menciona as caracteristicas e interações culturais.	Sim, de Patrimônio Misto reconhecido. Patrimonios Naturais e Culturais são abordados.
5	SILVA, Juliana Fernandes da. Filhos do Aventureiro: 2013. 241f., il. Diss. –Universidade de Brasília, Brasília, 2013.	Sim, pois entende que o Turismo possibilita um diálogo entre os saberes tradicionais e modernos por ser uma das principais referências temáticas do artigo.	Sim, o estudo discorre sobre a transição dos costumes e praticas tradicionais produtivas para o a dinâmica do turismo.	Sim, de Patrimonio Misto reconhecido. Destaca mais o Patrimônio Cultural do conhecimento tradicional caiçara.
6	ZANIATTA, Roberta. 2010 Abraão e Aventureiro: pensando o turismo de camping na Ilha Grande – RJ	Inconclusivo pois, aborda caracteristicas culturais tradicionais mas não considera a diversidade entre os moradores.	Parcialmente por não considerar a diversidade dos moradores da Vila do Abraão.	Sim, pois parte da área de estudo possui Patrimonio Misto reconhecido. Os patrimônios não são o centro da discussão que foca mais no turismo de camping.
7	Bicoas, L. F. O.; Irving, M. A. 2009. Ecoturismo no Parque Estadual da Ilha Grande:	Não, pois demonstra o desconhimento dos moradores sobre a melhora da qualidade de vida pelo ecoturismo e a falta de integração das populações tradicionais nas atividades	Sim,os moradores participam da construção do texto compartilhando suas experiências e opiniões sobre o turismo desenvolvido na Ilha.	Sim, de Patrimonio Misto reconhecido. Destaque para os aspectos do patrimônio natural.
8	Brito, F. D. A. Estudo das tranformações sócio-ambientais na Ilha Grande/RJ. – Universidade Federal Fluminense. 2021. 2001.	Sim. Pois descarta como a Ilha Grande/ RJ abriga rica cultura tradicional, mas é vendida como um santuário ecológico/ fato que demonstra a não valorização dos saberes locais.	Sim, pois apresenta aspectos culturais caiçaras da Ilha Grande na dissertação e a participação dos moradores através de entrevistas.	Sim, de Patrimonio Misto reconhecido. Porém destaca o patrimônio natural.
9	Araujo, C. D. A.; Carvalho, A. G.; Silva, C. D. Impactos ambientais do Turismo na Ilha Grande. Caderno Virtual de Turismo. 2005.	Não. Pois não considera os saberes tradicionais na conservação e no ordenamento do turismo.	Não, mas a narrativa de saberes não-locais é apresentada como uma esperança na conservação da natureza com o exemplo dos Kayapós.	Sim, de Patrimonio Misto reconhecido. Porém destaca o patrimônio natural.
10	Planejamento do Turismo a partir da Perspectiva Ator-Centered Power no Parque Estadual da Ilha Grande, Rio de Janeiro, Brasil Araujo, C. D. de; Cândido, D. R. C.; Kouno, M.	Não, por concentrar suas discussões e resultados nas instituições públicas. Porém destaca o fato das demandas das comunidades locais geralmente não são consideradas.	Não, existe um conflito de interesses na região e entre a diversidade dos saberes locais e cultura.	Sim, de Patrimonio Misto reconhecido. Porém destaca o patrimônio natural.
11	Canaméa, D. C.; Oliveira, I. A. 2009. Estudo comparativa da percepção ambiental dos visitantes, turistas e moradores da Ilha Grande (RJ).	Inconclusivo. Pois reforça um discurso segregador a partir do controle de capacidade de carga na ilha. Porém revela a necessidade de ações formativas no que tange ao ecoturismo e sua relação com a qualidade de vida dos moradores locais.	Sim, pois os moradores participam da construção na pesquisa.	Sim, pois parte da área de estudo possui Patrimonio misto reconhecido. Destaque aos elementos naturais de patrimonio.
12	Costa, N. M. C.; Costa, V. C.; Conceição, R. S.; Alves, L. F.; Ribeiro, J. V. M. Indicadores físico-bióticos de desenvolvimento sustentável do ecoturismo em áreas protegidas brasileiras, 2010.	Não pois o estudo não apresenta aspectos para relacionados à essa questão.	Não apresenta argumentação ou narrativas de saberes locais.	Sim, o recorte espacial na pesquisa abriga patrimônio misto reconhecido e não reconhecidos. A ênfase está na valorização do patrimônio natural.
13	Fontoura, L. M. B.Mendonça, T. C. M. Estudo de demanda turística na vila do aventureiro 2009 – O povo do Aventureiro:	Sim, pois critica o modelo de turismo predominante visto como uma ameaça de segregação entre os nativos.	Sim. De acordo com leitura do livro existe argumentação de saberes locais. Evidencia pelos conflitos e disputas entre gestão publica x comunitária.	Sim, de Patrimonio Misto reconhecido. O estudo destaca o patrimonio cultural e natural do local pesquisado.
14	Pereira, R. C. S., Atividade Turística nas praias de Dois Rios e Parnaioca, no Parque Estadual da Ilha Grande em Angra dos Reis/RJ. – Diss. final de curso de turismo – UFF (2014).	Não favorece o dialogo de saberes e a gestão participativa pois reforça a ideia dominante do ecoturismo que enverga as praias como destino turístico.	Sim, pois os moradores participam do estudo através de entrevistas estruturadas e semiestruturadas.	Sim, de Patrimonio Misto reconhecido. Destaca o patrimônio natural.
15	Prado, R. M. As espécies exóticas somos nós: 2003.	Sim, por problematizar os agentes externos como principais promotores do turismo e por isso os considera as principais espécies exóticas.	Sim, a autora apresenta a perspectiva dos moradores locais sobre as transformações causadas com a introdução do turismo.	Sim, de Patrimonio Misto reconhecido. Destaque para ambos tipos de patrimonio\.
16	Mendonça, T. C. M.; Moraes, E. A. O povo do aventureiro e o turismo de base comunitária – Ilha Grande, RJ – Seropédica, RJ. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. 109f. 2011.	Sim, pois objetiva fortalecer o turismo de base comunitária pelo destaque aos saberes caiçaras historicamente construídos.	Sim, através da participação dos moradores na pesquisa.	Sim, de Patrimonio Misto reconhecido. Destaque para ambos tipos de patrimonio.

Fonte: Os autores

CONSIDERAÇÕES

A fim de integrar e potencializar a participação popular na Educação Patrimonial, em atividades de Ecoturismo em UCs, sobretudo naquelas que são ocupadas por Povos Tradicionais, entendemos ser essencial construir formatos alternativos de visitação pública, usos e ocupações do solo. Não defendemos a monocultura do turismo como atividade econômica nem de subsistência das populações marginalizadas, principalmente quando oferecida por Povos Tradicionais.

Porém, o fato do turismo se configurar na atualidade como atividade econômica principal, entendemos ser necessário viabilizar alternativas vinculadas às demandas oriundas dele e que essas ajudem as populações marginalizadas a

melhorar suas condições para suportarem as pressões da sociedade de consumo urbana-industrial. Não buscamos consenso, sobretudo em relação à aceitação da ideia presente aqui pelos Povos Tradicionais e/ou populações marginalizadas, apenas apresentamos possibilidades para fortalecer o que é feito na Região pelos expoentes do TBC. Para que nossa proposta seja viável, é essencial o Diálogo de Saberes entre os diversos Povos Tradicionais e os entes estatais e científicos da Região, para articular ações em rede. É fundamental que os centros de estudos localizados na Região produzam conhecimentos mútuos oferecendo suportes técnico-científico para demandas locais.

O Estado deve garantir: condições essenciais; educação, saúde e proteção; condições estruturantes; subsídios para alimentação, água potável e saneamento ambiental, apoio técnico-científico-político para atividades educativas-culturais-transformadoras realizadas pelos Povos Tradicionais em seus ambientes de atuação, plena participação e autonomia no que se refere ao ordenamento, uso e a ocupação de parte dos territórios municipais que estão presentes.

Por isso entendemos que a proposta, como atividade alternativa às atuais formas que o turismo se apresenta nas UCs e entorno, fortalece a perpetuação dos saberes tradicionais assim como os diálogos possíveis. Assim entendemos ser interessante aproximar o viés educativo do Ecoturismo a partir dos patrimônios para a visitação pública, sobretudo a que ocorre em Unidades de Conservação. A educação patrimonial tem o potencial de propor a articulação de saberes diferenciados. É um caminho importante para fomentar a integração dos Povos Tradicionais e envolver a População Marginalizada à conservação dos bens que formam os patrimônios nas UCs.

Por isso, as formas de intervenção estatal pelas e nas UCs devem refletir sobre as limitações legislativas que impõem e incorporar a garantia de direitos humanos para reprodução social dos modos de vida tradicionais, em sua diversidade e complexidade, nos territórios que ocupam e sobrevivem historicamente. Portanto, incentivar que os sujeitos desses povos e culturas tradicionais possam reproduzir suas práticas, costumes e relações com menos limitações e mais diálogo. A partir disso, inserirem-se nas questões vinculadas à educação sobre as diversidades patrimoniais pode potencializar trabalhos científicos relacionados à conservação, manejo e gestão das UCs.

Assim, favorecer a construção de outro formato de Ecoturismo e de UC, onde o que se entende por "relevante" não se concentre apenas nas condições

geoecológicas e na sua valorização especulativa, mas sim, nas culturas tradicionais que ajudaram e ajudam a conservar parte dos espaços entendidos como naturais, supostamente valorizados pela sociedade urbana. As diversas culturas dos Povos Tradicionais poderiam dessa maneira organizar ações ecoturísticas-educativas, inclusive em relação a geodiversidade biogeográfica regional, partindo dos seus saberes em diálogo com a multidisciplinaridade dos conhecimentos científicos.

Endossamos que conhecimentos científicos e saberes tradicionais são fundamentais para potencializar a conservação das UCs, ajudar na educação ambiental do visitante público e possibilitar assim a geração de trabalho e renda, sem precisar subordinar e apagar as identidades dos Povos para atender as necessidades das demandas do mercado ou do Estado, justamente pelo fato de seus antepassados serem, também, produtores das paisagens atualmente geridas por UCs.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, C.; CARVALHO, A.; SILVA, C. *Impactos ambientais do Turismo na Ilha Grande:* Um estudo comparativo sobre a percepção dos moradores da Vila do Abraão e Vila Dois Rios. Caderno Virtual de Turismo. P. 18-26. 2005. Disponível em: < https://www.redalyc.org/pdf/1154/115416147003. > Acesso em: 15 nov.2020, 18:00.

BECKER, B. K.. *Política e Planejamento do Turismo no Brasil.* In: Yázigi, E.; Alessandri Carlos, A. F.; Cruz, R. C.. (Org.). Turismo: Espaço, Paisagem e Cultura. São Paulo: HUCITEC, 1996. Disponível em: < http://www.ivt.coppe.ufrj.br/caderno/index.php/caderno/article/view/2/1 > Acesso em: 20 set. 2020, 20:05:00.

BRASIL. Constituição Federal. *Seção II, Artigo 216*, caput, incisos, parágrafos. 1988

BRASIL. Lei nº 9.795, de 27 de Abril. *Dispõe sobre a Política Nacional da Educação Ambiental e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm> Acesso em: 20 nov. 2020, 22:00:00.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho. *Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC),Art 5,* 2000. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm> Acesso em: 20 nov. 2020, 20:35:00.

BICCAS, L.; IRVING, M. *Ecoturismo no Parque Estadual da Ilha Grande:* refletindo o contexto atual a partir do olhar dos "Badjecos". Anais do

VII Congresso Nacional de Ecoturismo e do III Encontro Interdisciplinar de Ecoturismo em Unidades de Conservação. Revista Brasileira de Ecoturismo, São Paulo, v.2, n.4, p.379, 2009. Disponível em: <http://www.inea.rj.gov.br/Portal/MegaDropDown/EstudosePublicacoes/PesquisacientificaPesquisasIlhaGrande/index.htm&lang> Acesso em: 1 out. 2020, 15:00.

BRITO, Flávio. *Estudo das transformações socioambientais na Ilha Grande/RJ:* Uma abordagem sobre o turismo. Dissertação (Mestrado em Ciência Ambiental) – Universidade Federal Fluminense, 2001. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/inea_imagens/downloads/pesquisas/PE_Ilha_Grande/Brito_2001.pdf> Acesso em: 10 nov. 2020, 10:00.

BRITO, Maria Célia. *Unidades de Conservação: Intenções e Resultados*. 2ª edição. São Paulo: Annablume, 2003.

CANANÉA, D.; OLIVEIRA, I. *Estudo comparativa da percepção ambiental dos visitantes, turistas e moradores da Ilha Grande (RJ), como subsídio ao desenvolvimento sustentável do (eco)turismo.* Anais do VII Congresso Nacional de Ecoturismo e do III Encontro Interdisciplinar de Ecoturismo em Unidades de Conservação. Revista Brasileira de Ecoturismo, São Paulo, v.2, n.4, p.488, 2009. Disponível em: < http://www.inea.rj.gov.br/Portal/MegaDropDown/EstudosePublicacoes/PesquisacientificaPesquisasTamoio/index.htm&lang> Acesso em: 08 out. 2020, 10:00.

CERQUEIRA, Danilo. *Análise Ambiental do Uso e Ocupação do Solo em Unidades De Conservação: Uma leitura Integrada, Histórica e Dialética entre os fenômenos e atores da Vila De Abraão, Ilha Grande (RJ)*. 2015: 103. Monografia (Bacharelado e Licenciatura) – Instituto de Geografia (IGEOG) Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: Biblioteca de Geociências da UERJ (4° andar).

CERQUEIRA, D.; NUNES, G.; DIAS, M.; GAMA, S. *A singularidade da vila do Abraão - Ilha Grande, angra dos reis (RJ/Brasil): localização, circuitos turísticos e o modelo de ocupação do continente*. In: Encuentro de Geógrafos da América latina - EGAL, Havana. XV EGAL: Comitê Organizador y Palacio de las Convenciones - Distribuidora Nacional ICAIC, 2015. Disponível em: < http://ilhagrandehumanidades.com.br/?q=sociaisehumanas/singularidade-moderniza%C3%A7%C3%A3o-da-vila-do-abra%C3%A3o-ilha-grande-angra-dos-reis-rjbrasil> Acesso em: 15 nov. 2020, 10:00.

CERQUEIRA, Danilo. *O uso do solo e conflitos de interesses no Parque Estadual da Ilha Grande na Vila Dois Rios*: Dissertação – Instituto de Geociências – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível

em: < http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15572> Acesso em: 15 ago. 2020, 10:00.

CLARE, V.; GONÇALVES, I.; MEDEIROS, R. *Ocorrência e distribuição de unidades de conservação municipais no estado do Rio de Janeiro*. Revista Floresta e Ambiente: UFRRJ v.16, n.1, 2009. Disponível em: <https://www.floram.org/article/588e221be710ab87018b4660/pdf/floram-16-1-11.pdf> Acesso em: 12 nov. 2020, 16:00:00.

CONTI, B.; IRVING, M.; ANTUNES, D. *O ICMS-ecológico e as Unidades de Conservação no estado do Rio de Janeiro*. Desenvov. e Meio Ambiente. Paraná: UFPR, 2015. Disponível em: **<**https://revistas.ufpr.br/made/article/view/41204/27098**>** Acesso em: 20 nov. 2020, 21:10:00.

COSTA, H. A. *Destinos do turismo: percursos para a sustentabilidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

COSTA, N.; COSTA, V.; CONCEIÇÃO, R.; ALVES, L.; RIBEIRO, J. *Indicadores físico-bióticos de desenvolvimento sustentável do ecoturismo em áreas protegidas brasileiras*. VI Seminário Latino-Americano de Geografia Física. II Seminário Ibero-Americano de Geografia Física. Universidade de Coimbra, maio de 2010. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/inea_imagens/downloads/pesquisas/PE_Ilha_Grande/Costa_etal_2010.pdf> Acesso em: 02 out. 2020, 15:00.

DANTAS, Fernando Antonio. *Base jurídica para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. Revista CPC, São Paulo, v.1, n.2, 2006. Disponível em < https://www.revistas.usp.br/cpc/article/view/15590/17164> Acesso em: 20 nov. 2020, 18:15:00.

DIEGUES, Antonio Carlos. *O Mito Moderno da Natureza Intocada*. Hucitec. São Paulo. 1996.

DUTRA, D.; CÂNDIDO, D.; KROTT, M. Planejamento do Turismo a partir da Perspectiva Actor-Centered Power no Parque Estadual da Ilha Grande, Rio de Janeiro, Brasil. Revista Turismo, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.1984-4867.v28i1p149-168> Acesso em: 29 set. 2020, 11:00.

FABRINO, Natália; COSTA, Helena.; NASCIMENTO, Elimar. *Turismo de Base Comunitária (TBC): elementos chaves para aferir seu desempenho na perspectiva da sustentabilidade*. Revista Brasileira de Ecoturismo, v. 5, p, 2012. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/1154/115449790013.pdf> Acesso em: 04 nov. 2020, 10:15:00.

FONTELES, José Osmar. *Turismo Globalizado. Revista da Casa de Geografia de Sobral*. Ano 1, n.1, 1999. pp. 91-98.

FONTOURA, L.; MENDONÇA, T. *Estudo de demanda turística na vila do aventureiro 2009* – O povo do Aventureiro: Fortalecimento do turismo de base comunitária. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. 1ª edição. Abr/2010. Disponível em: <http://r1.ufrrj.br/im/gemte/pdf/Revista_Destinos_01.pdf> Acesso em: 15 nov. 2020, 18:00.

FREIRE, P.; NOGUEIRA, A. *Que fazer: Teoria e Prática em educação popular*. Petrópolis – RJ: Vozes, 1989. 2ª Edição. 68p.

FREIRE, P. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 55ª ed - Rio de Janeiro / São Paulo: Paz e Terra, 2017.

IPHAN. *Patrimônio mundial: fundamentos para seu reconhecimento – A convenção sobre proteção do patrimônio mundial, cultural e natural*. Brasília, DF: 2008. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Cartilha_do_patrimonio_mundial.pdf> Acesso em: 15 set. 2020, 17:55:00.

GIL, C.; POSSAMAI, Z. *Educação Patrimonial: Percursos, concepções e apropriações*. Revista Unilasalle. Canoas – RS, 2014. Disponível em: < https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Mouseion/article/view/1874> Acesso em: 27 set. 2020, 17:55:00.

GOMES, L.; CARMO, M.; SANTOS, R. *Conflitos de interesses em Unidades de Conservaç ão do município de Parati, estado do Rio de Janeiro. Informações Econômicas*. São Paulo, v.34, n6, 2004. Disponível em: < http://www.iea.sp.gov.br/OUT/publicacoes/pdf/tec2-0604.pdf> Acesso em: 15 nov. 2020, 17:55:00.

HARVEY, David. *17 contradições e o fim do capitalismo***.** Boitempo. 2014.

KRIPPENDORF, Jost. *Sociologia do Turismo: para uma nova compreensão do lazer e das viagens*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

LEFEBYRE, Henri. *A revolução urbana*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999

LITTLE, Paul. *Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade*. Anuário Antropológico, v. 28, n. 1, p. 251-290, 2003.

MENDONÇA, Thereza. *Turismo e sustentabilidade na Ilha Grande (Angra dos Reis, RJ): conflitos, áreas protegidas e construção de governança local*. Brasília \u2013 DF:Anais do IV Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade (ANPPAS), 2008. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro4/cd/gt16.html> Acesso em: 10 nov. 2020, 17:00.

MENDONÇA, T.; MORAES, E. *O povo do aventureiro e o turismo de base comunitária – Ilha Grande, RJ* – Seropédica, RJ. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, 2011. Disponível em:

<http://www.ivt.coppe.ufrj.br/caderno/index.php/caderno/article/view/1185> Acesso em: 20 nov. 2020, 15:00.

MTUR (Ministério do Turismo). *Segmentação do turismo: experiências, tendências e inovações*. Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.turismo.gov.br/sites/default/turismo/o_ministerio/publicacoes/downloads_publicacoes/Segmentacao_Turismo_Experiencias_Tendencias_Inovacoes.pdf> Acesso em: 09 out. 2020, 21:30:00.

NOGUEIRA, Adriana. *A cidade sempre teve dono: paradigmas para uso e ocupação territoriais*. Revista Geonordeste, ano XIX, n°2. 2008. Disponível em: <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/578/1/CidadeParadigmas.pdf> Acesso em: 29 out. 2020, 15:35:00.

PERINOTTO, André. *Turismo pedagógico: uma ferramenta para educação ambiental. Río de Janeiro*. Caderno Virtual de Turismo, vol. 8, núm. 1, 2008.

PIRES, Paulo. *A dimensão conceitual do ecoturismo*. Turismo - Visão e Ação - v.1 - n.1 Itajaí (SC), 1998.

PRADO, Rosane. *Tensão no paraíso: aspectos da intensificação do turismo na Ilha Grande*. Caderno Virtual de Turismo. Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p.1-9. 2003.

PRADO, Rosane. M. *As espécies exóticas somos nós: reflexão a propósito do ecoturismo na Ilha Grande*. Horizontes Antropológicos, 2003. Disponível em:

< http://www.scielo.br/pdf/ha/v9n20/v9n20a10.pdf> Acesso em: 11 nov. 2020, 21:00.

PRADO, Rosane. *Ilha Grande: do sambaqui ao turismo*. Coletânea multidisciplinar Ilha Grande II. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2006.

REIS, C.; CERQUEIRA, D.; PONCIANO, L. *A Pedagogicidade dos espaços protegidos da CostaVerde: A práxis na ideia de Conservação das Universidades.* ANAIS: IV Seminário Nacional de Integração da Rede PROFCIAMB. Universidade Estadual de Feira de Santana – BA. 2020

REVILLA, M. R; MOURE, O. *Turismo científico y ciudades del futuro*. International Journal of Scientific Management and Tourism. Universidad de Córdoba – Espanha, 2017. Disponível em <https://udimundus.udima.es/handle/20.500.12226/351> Acesso em: 09 nov. 2020, 19:15:00.

RIO DE JANEIRO. Lei n° 1.227 de 4° de Julho. *Dispõe sobre a Divisão Regional do estado do Rio de Janeiro*. Assembéia Legislativa do Rio de Janeiro, RJ, 2002. Disponível em: < http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/623fa9ce62b1c36683256ca6005b080d?OpenDocument>

RIO DE JANEIRO. Lei nº 20 de 1º de Julho. *I Plano de Desenvolvimento Economico-Social do Estado do Rio de janeiro*. 1975. Disponível em Biblioteca Nacional – RJ.

SANTOS, Boaventura. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Traduzido por Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007. 126p. 2006.

SANTIAGO, Ana Maria. *De "caldeirão do diabo" à "paraíso ecológico": a conversão da Ilha Grande*. Tese (Doutorado em Meio Ambiente) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2010.

SCARANO, Fabio. *Regenerantes de Gaia*. Desenhos de Lua Kali. Rio de Janeiro: Editora Dantes, 2019.

SILVA, Juliana. *Filhos do Aventureiro*: um olhar para gênero, transmissão de saberes, unidades de conservação e turismo. Dissertação (mestrado) - Universidade de Brasília: 2013. Disponível em:

< http://repositorio.unb.br/handle/10482/14211> Acesso em: 21 nov. 2020, 14:00.

SILVA PIMENTEL, Márcia; RIBEIRO, Wagner. *Populações tradicionais e conflitos em áreas protegidas*. Geousp – Espaço e Tempo (Online), v. 20, n. 2, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/geousp/article/view/122692/122598> Acesso em: 10 nov. 2020, 18:00:00.

SINAY, Laura. Ecoturismo e Culturas tradicionais. Rio de Janeiro: UFRJ-CFCH: Dissertação, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em:< https://espace.library.uq.edu.au/view/UQ:9629/Ecoturismo_e_Cul.pdf> acesso em: 18 nov. 2020, 14:00.

SOUZA, Marcelo Lopes. *Mudar a Cidade: Uma introdução crítica ao Planejamento e a Gestão Urbanos*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003

WUNDER, Sven. *Modelos de turismo, florestas e rendas locais*. In: PRADO, Rosane Manhães (org.). Ilha Grande: do sambaqui ao turismo. Rio de Janeiro: Garamond/EDUERJ, 2006.

ZANATTA, Roberta. *Abraão e Aventureiro:* pensando o turismo de camping na Ilha Grande – RJ" INTRATEXTOS, Rio de Janeiro, Número Especial 01, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intratextos/article/download/413/496> Acesso em: 05 nov. 2020, 14:00.

DEMOCRACIA AMBIENTAL, DIREITOS AMBIENTAIS E LUTAS SOCIAIS

José Adércio Leite Sampaio
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professor, Belo Horizonte, Brasil.
joseadercio.contato@gmail.com

Christiane Costa Assis
Universidade do Estado de Minas Gerais, Professora, Diamantina, Brasil.
assischris@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a democracia ambiental a partir do acesso à justiça e dos direitos ambientais fundamentais. A pesquisa é oportuna em função da emergência ambiental enfrentada por diversos países, dentre eles o Brasil. Para tanto utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica selecionando-se obras com pertinência temática. Inicialmente, examina-se a democracia ambiental a partir do acesso à justiça. Após, o artigo destaca o processo de constitucionalização dos direitos ambientais e seus reflexos nas lutas sociais. Concluiu-se que, embora existam embaraços à sua efetivação, o acesso à justiça é instrumento de garantia da democracia ambiental e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Entretanto, os direitos ambientais ainda padecem na ausência do reconhecimento de sua fundamentalidade e de sua conexão com as lutas sociais.

Palavras-chave: Democracia; Meio Ambiente; Direitos Fundamentais; Justiça Social.

INTRODUÇÃO

A democracia contemporânea vem enfrentando, dentre outros desafios, uma crise de legitimidade e de operacionalização da participação. Referido desafio se agrava em face do Direito Ambiental: as classes sociais que já enfrentam diariamente obstáculos democráticos se tornam invisíveis nas discussões ambientais. Deliberações sobre o meio ambiente são restritas a uma maioria, transformando o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em uma "trufa rara de poder", ou como um direito fundamental, cujo desfrute se torna ainda mais restrito do que os outros direitos fundamentais. Não obstante a marginalização por parte do Estado e da sociedade, os grupos excluídos do debate ambiental também enfrentam o poder econômico, que

atropela direitos em prol da maximização do capital financeiro, permitindo que empresas privadas "ditem o tom" da democracia ambiental. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a democracia ambiental a partir do acesso à justiça e dos direitos ambientais fundamentais. Para tanto utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica selecionando-se obras com pertinência temática.

Inicialmente, o estudo procura examinar o acesso à Justiça como instrumento da democracia ambiental, recorrendo à teoria política que a sustenta e a infirma. Tenta-se demonstrar que a realidade existencial postula uma saída mais pragmática para o impasse gerado pelas deficiências do próprio agir político de conjugar ajustadamente os interesses econômicos e as exigências ambientais. As derrotas que sofrem tais exigências nos jogos de conveniência e utilidade políticas e administrativas encontram nas portas dos tribunais um tempo adicional para tentar reverter, pelo menos, em parte o resultado. A linguagem e lógica jurídicas podem apenas legitimar com o selo do direito arranjos nem sempre morais entre a política e a economia. A Justiça ambiental tenta, porém, enfrentar esse risco pela ampliação da publicidade do processo e pela conscientização e mobilização das fontes sociais de poder, bem como pelo emprego de uma argumentação jurídica convincente. A constitucionalização do temário ambiental, sobretudo, na forma de um direito ao meio ambiente sadio ou ecologicamente equilibrado tende a tornar menos árdua a tarefa. Assim também o Direito Internacional propicia insights argumentativos e pretensões de aplicação normativa que reforçam as posições jusambientais. Espera-se que o resultado seja, do ponto de vista ecológico, mais favorável.

Em um segundo momento, o estudo examinará o processo de constitucionalização dos direitos ambientais que ainda carecem de ampla normatividade quando comparados aos outros direitos fundamentais. Embora sejam indissociáveis das lutas sociais, os direitos ambientais parecem ser encarados como supérfluos, o que esvazia seu conteúdo apesar da proteção constitucional. A pesquisa é oportuna em função da emergência ambiental enfrentada por diversos países, dentre eles o Brasil.

1 DEMOCRACIA AMBIENTAL E ACESSO À JUSTIÇA

"Democracia ambiental" é a terminologia empregada para expressar duas finalidades humanas que, valoradas em si mesmas, complementam-se quando se unem. A democracia é forma e regime de governo que se legitima na

vontade popular e no respeito aos direitos fundamentais. Uma aquisição evolutiva da política que associou o ideário ateniense de deliberação cidadã com o projeto constitucionalista de direitos, de modo a expandir tanto o sentido de "cidadão" à universalidade das pessoas, aproximando-se da identidade entre autores e destinatários das normas; quanto a possibilitar o recurso dos que, munidos de argumentos morais e notadamente jusfundamentais, não tiveram adequada representação ou foram quantitativamente derrotados nos processos deliberativos, para reconhecimento de seus direitos (HABERMAS, 1996).

Esse recurso se faz tanto discursivamente na esfera pública formal e informal, quanto nas instâncias judiciais como espaço institucionalizado de reconhecimento de seus direitos diferidos ou afetados. O meio ambiente é um bem comunitário e um direito individual e coletivo que, relacionado à permanência da vida na terra e ao pacto entre gerações, requer destacada proteção (SAMPAIO, 2003). O binômio "democracia ambiental" projeta a reciprocidade do fazer democrático para dentro das deliberações sobre meio ambiente, e, ao mesmo tempo, ecologiza a democracia. Por um, destaca-se a necessidade de legitimação dos processos decisórios sobre o tema ambiental; por outro, impõe-se a exigência de que o meio ambiente seja considerado a sério nos processos de escolhas de políticos e das políticas como agenda necessária e inadiável.

Essa inter-relação tem sido progressivamente reconhecida pela comunidade internacional e por vários Estados. A Convenção da Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa (UNECE), ou apenas Convenção de Aarhus, define como eixo da democracia ambiental o triplo acesso: à informação ambiental, à participação nos processos de tomada de decisão que afete o meio ambiente, e à Justiça ambiental (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1998). A tríade compõe genericamente o "direito de acesso" (FOIT, 2008, p. 02; KERDERMAN, 2008).

O acesso à informação mobiliza e estimula as pessoas a participar de modo cada vez mais consciente e esclarecido sobre impactos e retornos socioambientais de intervenções humanas na natureza. O acesso à participação nos processos deliberativos, muito além de conferir-lhes legitimação ad hoc ou formal, amplia a capacidade do governo para identificar as demandas e preocupações sociais, de modo a fornecer-lhes respostas e alternativas adequadas ou viáveis; a promover, tanto que possível, a formação de consensos, e, dessa forma, conseguir apoio e cumprimento às decisões ambientais tomadas. O acesso

à Justiça, por sua vez, permite que as pessoas que não considerem adequadamente atendidas as exigências processuais e materiais do direito ao meio ambiente equilibrado ou sadio recorram ao Judiciário para postular o seu equacionamento ou reparação (FOIT, 2008).

O acesso à informação e à participação tem sido mais amplamente estudado pela vinculação direta com a democracia, a formal e a deliberativa (SMITH, 2003). O acesso ao Judiciário, por outro lado, não angaria consenso entre os defensores do meio ambiente. Há críticas que se fazem, por exemplo, a seu déficit de legitimidade e à formação jurídica conservadora. O meio ambiente não ganharia em seus embates com os interesses econômicos e a democracia terminaria rebaixada pela exigência de controle burocrático das decisões tomadas pelos ramos políticos. O expediente judicial, na prática, serviria apenas para chancelar a prevalência do poder econômico sobre a política e o meio ambiente (CONNAN, 2015).

O direito de acesso à Justiça ambiental é o instrumento que o sistema jurídico atribui a indivíduos, grupos e, em alguns países, órgãos estatais autônomos para participação no devido processo jusambiental e nos mecanismos de controle da efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um direito de índole processual que é, em certo sentido, até mais efetivo do que a mera proclamação formal de um direito substantivo ao meio ambiente sadio e equilibrado (LIZARRAGA; ESPINOSA, 2007). Entretanto, há quem advogue que apenas um direito substantivo seria capaz de conferir proteção mais adequada (BUCHANAN, 2002, p. 03). A Justiça ambiental pode tanto ser um órgão jurisdicional, especializado ou não, quanto um tribunal quase jurisdicional, desde que caracterizado pela garantia da independência e do devido processo legal (STEC; CASEY-LEFKOWITZ; JENDROSKA, 2000, p. 126).

O Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento já em 1992 dispunha que a garantia da participação "no nível apropriado" de todos os cidadãos interessados era a "melhor maneira de tratar as questões ambientais" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992). Caberia, portanto, aos Estados possibilitar o "acesso adequado" às informações sobre o meio ambiente, inclusive acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, que estivessem à disposição das autoridades públicas. Seria também dever dos Estados facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, cabendo-lhes proporcionar o acesso efetivo a mecanismos judiciais e

administrativos para fazer valer esses aspectos processuais e o próprio conteúdo material do direito ao meio ambiente sadio e ao desenvolvimento sustentável. Alinhavam-se os elementos constitutivos da "democracia ambiental" que viriam a ocupar parte relevante dos estudos teóricos e das reivindicações sociais desde então, a partir do tripé informação, participação e ação.

Diversos documentos internacionais viriam a desenvolver o princípio. A Convenção de Aarhus, negociada pela Comissão das Nações Unidas para a Europa, identificou como um dos três pilares da Democracia Ambiental o acesso à Justiça (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1998). No artigo 9º, prevê que os Estados propiciem aos indivíduos e grupos sociais meios adequados de acesso à Justiça ambiental (judicial ou administrativa, desde que prevista em lei e dotada de independência e imparcialidade) para fazer valer seu direito à informação tempestiva, correta e efetiva sobre o meio ambiente, bem como para impugnar a legalidade substantiva e processual de qualquer decisão, ato ou omissão das autoridades públicas sobre o acesso à informação e o direito de participação do público nos processos deliberativos ambientais, ou ainda, de modo decorrente, da própria deliberação adotada. A Diretiva 2003/4/EC, adotada em 2003, visou implementar a referida Convenção na Europa, dando ênfase, sem embargo, ao acesso à Justiça no caso de violação do direito ao acesso – art. 6º (UNIÃO EUROPEIA, 2003a).

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi aprovada, em 2000, a Estratégia Interamericana para a Promoção da Participação Pública no Processo Decisório para o Desenvolvimento Sustentável, recomendando os Estados da Região a adotarem uma série de ações destinadas a promover o acesso à informação e à participação social. Especificamente em relação ao acesso à justiça, estabeleceu, no item 2.1.3 das Recomendações para Ação, o dever para os órgãos legislativos e administrativos de garantir o acesso à justiça em todos os níveis, com vistas a, dentre outros fins, assegurar direitos, rever decisões ou reparar injustiças relacionadas ao meio ambiente. De acordo ainda com o documento, o acesso deve ser garantido, por meio da criação de instrumentos legais que confiram legitimação ativa perante os órgãos administrativos e/ou judiciais independentes a todas as partes afetadas e interessadas; bem como que lhes oportunizem o direito de recorrer a uma instância superior, de modo a rever a decisão que lhes forem contrárias. Assim também devem ser previstos mecanismos de resolução alternativa de conflitos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2000).

No ano de 2018, celebrou-se o Acordo de Escazú, sendo esse o primeiro instrumento vinculante em assuntos ambientais para os países da América Latina e do Caribe. O Acordo tem como objetivo garantir a implementação plena e efetiva dos direitos de acesso à informação ambiental, de participação pública nos processos decisórios ambientais e de acesso à justiça nas questões ambientais, além de promover a criação e o fortalecimento das capacidades e da cooperação no intuito de contribuir para a proteção do direito ao meio ambiente saudável e ao desenvolvimento sustentável de cada indivíduo, das gerações presentes e das gerações futuras (Artigo 1) (NAÇÕES UNIDAS, 2018).

O reconhecimento internacional do acesso à justiça como um dos eixos da democracia ambiental não angaria consenso entre estudiosos e ativistas. Na linha do pensamento procedimentalista e republicanista, entendem seus críticos que, em sendo instância estatal, a dependência da sociedade a decisões judiciais padece de um paternalismo que tende a ser desmobilizante e traiçoeiro. Desmobilizante, porque retira da própria esfera social e da política o poder de autodeterminação (MICHELMAN, 1986; SAMPAIO, 2013a; CONNAN, 2015). Entrega-se a um punhado de supostos oráculos imparciais um poder decisório que cabe ao povo e a seus representantes eleitos em procedimentos de deliberações recursivas, informadas e em que se assegura, ao menos, contrafactualmente, a expressão de todas as vozes, ideias e interesses bem representados, prevalecendo a força dos melhores argumentos (ELY, 1980, p. 56-57; HABERMAS, 1996, p. 235 e ss.). A formação quase sempre conservadora dos juízes, associada ao poder, às vezes, invisível dos interesses econômicos pode dar a chancela formal de justiça a decisões contrárias aos interesses socioambientais (SUNSTEIN, 1996, p. 176-177).

Embora seja, na prática, um instrumento caro ao direito ambiental e reivindicado por muitos ambientalistas, o recurso ao Judiciário cuidar-se-ia, na verdade, da frustração, inconformismo ou desconfiança social com os processos administrativos e políticos de promoção desse direito. Como afirma Léon (2006, p. 384), a corrida ao Judiciário é resultado do fracasso normativo ou da não aceitação das decisões administrativas que incidem sobre o meio ambiente. Num campo em que o poder econômico é seriamente desafiado, não se estranha que não só seja difícil a aprovação de normas ambientais restritivas, como, uma vez aprovadas, tornem-se objeto de controvérsias de interpretação sobre seus conteúdos prescritivos, âmbito de incidência, sujeitos e destinatários ou até validade que terminam por diferir a sua plena efetividade. Tratam-se, por certo, da matéria-prima dos juristas as divergências hermenêuticas, mas elas se ampliam

de modo considerável, quando versam sobre a questão ambiental. As forças dissipadoras seriam produto da ideologia do laissez-faire, do racionalismo instrumental, da ignorância, do egoísmo ou mesmo da indiferença com o destino da humanidade (SMITH, 2013, p. xii).

Não se podem desconsiderar os riscos de cooptação dos poderes institucionalizados, inclusive o Judiciário, pela força e interesses econômicos (GALE, 1986), quando não forem eles mesmos, os juízes, instrumentos de maximização de utilidades econômicas (POSNER, 1977). Tampouco se pode confiar apenas ou somente numa postura vanguardista de um poder, cuja formação e estrutura parecem mais próximas de respostas conflitantes e, em nome da imparcialidade, propensas à manutenção do *status quo* (SUNSTEIN, 1996, p. 176). Em questões técnicas, inclusive ambientais, o Judiciário tende a ser mais deferente aos ramos políticos e à administração (CZARNEZKI, 2008). As orientações dos juízes seguiriam mais de suas convicções derivadas da sua experiência pessoal e profissional do que de adesões à discursividade do direito. Haveria, ademais, uma confluência de valores econômicos, senso comum e crenças sociais, ligados à lógica jurídica (POSNER, 1995). Além do mais, é quase irrefutável o argumento contramajoritário de conduta diversa ou contrária à adotada pelos ramos políticos, tomada por um poder que não se submete ao escrutínio eleitoral (ELY, 1980, p. 56 e ss.). O protagonismo judicial estaria a indicar um déficit político e democrático da sociedade.

Essas críticas são poderosas e valem a reflexão, mas não são irrespondíveis. Há fatores que, se não as superam inteiramente, ao menos as atenuam. O ideal da pólis seria, de fato, o de uma sociedade capaz de acompanhar de maneira participativa os processos deliberatórios, dominando-lhes a pauta, inclusive de seus representantes, de modo a exercer sobre eles um efetivo controle ou, ao menos, interferir decisivamente em seus passos e resultados. Não haveria, portanto, uma cidadania ausente nos intervalos dos processos eleitorais. Esse, porém, não é o horizonte de possibilidades mais factíveis de uma sociedade composta por um grande número de membros com interesses sobrepostos ou contrários, e absorvidos pela sobrecarga de demandas das esferas privadas e profissionais (SAMPAIO, 2013a).

O *stress* performativo dessas esferas deixa tempo mínimo ou nenhum para uma militância plena, possibilitando que os mais ativos politicamente, num exercício quase sempre de superação de seus limites tarefários, venham a organizar-se para reivindicar os interesses de minorias ou, numericamente,

maiorias silenciadas pelo fardo e ocupações diárias (MCCARTHY; ZALD, 1977; FINK, 1997). São especialmente esses militantes que ocupam os espaços – nem sempre – abertos para a participação popular ou social. São eles que integram a esfera pública não estatal como forma e intuito de contra-arrestar ou diminuir a influência dos interesses políticos e econômicos hegemônicos (SMITH, 2003).

O contra-arresto, por ser iniciativa de uma parte da sociedade apenas (ainda que por ela ou, faticamente, em nome dela agindo), nem sempre pode superar, nos domínios políticos e administrativos, a força daqueles interesses; nem é capaz de evitar que receba o selo da parcialidade e, com ela, o descrédito institucional de reivindicar legitimamente, em nome de todos, situações que contrariem as decisões dos representantes formais do povo. Essa dificuldade a conduz a buscar no Judiciário uma solução que atenda aos seus reclames originais ou que, pelo menos, avance sobre o que fora obtido nas outras esferas. Essa orientação pragmática explica, em parte, a judicialização crescente das questões ambientais nos dias atuais. O parâmetro técnico e político passa a se submeter, desde então, ao discurso jurídico e à pressuposta imparcialidade judicial com a expectativa de que prevaleça o direito.

A ambiguidade da linguagem e do rito jurídicos pode comprometer a estratégia, mas, até com isso, os atores sociais têm de saber lidar. Assim também, têm que saber social e processualmente jogar com o credo ingênuo da imunidade judicial. A publicização (massificação, por vezes) da lide lança luzes e pressão sobre argumentos apresentados e decisões tomadas, tentado a um só tempo dar ciência o mais amplamente possível aos outros membros da sociedade, atraindo-lhes atenção e voz, e imunizar os juízes, da dominância dos interesses meramente egoístas ou econômicos (COLE, 1993). Nesse ambiente, espera-se que prevaleça o melhor argumento técnico e jurídico (HABERMAS, 1996).

A formal contramaioria da decisão judicial passa a se legitimar por essa dialética fundada em razões e naquilo que realmente acontece, uma espécie de "natureza das coisas" socialmente interpretada. O emprego dos direitos ou mais especificamente do direito ao meio ambiente sadio, embora de expressão coletiva, não perde, nesse contexto, o matiz de uma reivindicação de uma minoria mais diretamente afetada pela distribuição assimétrica dos danos ambientais (SHRADER-FRECHETTE, 2002; BRULLE; PELLOW, 2006); e, por intermédio do processo judicial, de uso como carta de trunfo contra uma vontade empírica que se proclama representativa do querer do maior número

(DWORKIN, 1978). As urnas se projetam como significado material no próprio iter processual decisório auto e heterolegitimando o fazer judicial.

A democracia é, nesse sentido e contingência, reforçada e não diminuída. A constitucionalização da matéria ambiental, notadamente, sob o sentido e técnica de um direito, faz diferença nos jogos de linguagem de aplicação do direito. Daí a razão de merecer um exame mais detido, inicialmente, sobre um direito ao meio ambiente equilibrado ou sadio como expressão jurídica de pretensões objetivas e subjetivas de proteção ambiental. O seu reconhecimento internacional e pelos Estados confere unidade normativa à tendência de tratamento jurídico fragmentário do meio ambiente. Nesse processo, a constitucionalização do direito tende a dar-lhe a dignidade de um direito fundamental, reforçando seu poder reivindicatório nos discursos jurídicos. A efetividade desse direito depende de sua processualização, por meio do acesso à informação, da participação social e popular, e, enfim, de sua judicialização. Fecha-se o círculo: a dimensão processual do direito ao meio ambiente equilibrado fornece os pilares da democracia ambiental. Notadamente o acesso à Justiça funciona como garantia de efetividade dos dois outros pilares e do direito em seu aspecto substantivo, associando a Justiça ambiental como processo à justiça ambiental como substância moral da equidade nas e entre gerações (BELL, 1976; SAMPAIO, 2003).

2 DIREITOS AMBIENTAIS E CRISE DE IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

O direito ao meio ambiente adequado ou ecologicamente equilibrado como o próprio nome está a dizer é o conjunto de posições, situações e pretensões jurídicas que visam assegurar a todos e a cada um, no presente e no futuro, condições ambientais que possibilitem a vida humana com qualidade. Essa perspectiva mais antropocêntrica é, por vezes, ampliada por correntes holísticas, que propugnam a consideração integrada de um direito da natureza ao próprio equilíbrio e integridade. Cuida-se de uma interpretação ainda minoritária nos centros acadêmicos e nos fóruns institucionalizados, mas que aportam ao espaço discursivo plural contribuições importantes que merecem a devida atenção.

A leitura da proteção de vários atributos ambientais como um direito tende a unificar a pluralidade de reivindicações jusambientais nos quadros de uma técnica jurídica que tende a conferir-lhes maior efetividade. A proteção daqueles atributos passa a ser reflexo de um direito, equipado dos instrumentos argumentativos e processuais que lhe imprimem maior poder persuasivo (ou de convencimento informado) nos jogos de aplicação normativa, sobretudo nas hipóteses de conflitos com outros interesses jurídicos. A possibilidade de esse direito receber o merecido tratamento de um direito humano e fundamental é um segundo ponto importante nessa estratégia de ampliação da força argumentativa da proteção ambiental.

As sequelas de uma exploração desenfreada dos bens ambientais passaram a chamar atenção, sobretudo a partir dos anos setenta do século passado, para a necessidade de ações precaucionárias e preventivas das novas intervenções humanas ao tempo em que se exigiam medidas de restauração do que já se havia danificado e do que resultaria das novas intervenções. Acenos apocalípticos ou, ao menos, os riscos de inviabilidade da vida humana em condições dignas na Terra forneceram os primeiros argumentos para a afirmação de razões morais que reivindicavam o reconhecimento, pelos sistemas normativos, de instrumentos de defesa do meio ambiente. Tais argumentos se encaminharam a fundamentar reivindicações de um novo direito humano e fundamental ao ambiente sadio ou ecologicamente equilibrado.

As respostas dos ordenamentos jurídicos se deram, inicialmente, na forma de proteções isoladas de aspectos ambientais que pareciam inicialmente mais merecedores de proteção como a poluição dos mares, do solo e do ar. Embora sejam fortes as teses que advogam, no plano internacional, a existência de um vero direito humano ao meio ambiente sadio e equilibrado, os instrumentos de proteção se parecem mais encaminhar ainda para a defesa fragmentária do ambiente. Não há o reconhecimento direto desse direito e mesmo os tratados que tentam dar-lhe esse matiz padecem de instrumentos que obriguem o seu cumprimento pelos Estados (DEJEANT-PONS, 2002; DORSEN et al, 2003).

Calcula-se que, hoje, pelo menos, cento e cinquenta Constituições versem sobre a questão ambiental, entre as quais, noventa e duas, no mínimo, fazem-no por meio da afirmação de um direito ao meio ambiente equilibrado (BOYD, 2015, p. 172), sendo, da safra dos novos direitos fundamentais, o que mais foi reconhecido constitucionalmente nos últimos quarenta anos (LAW;

VERSTEEG, 2011, p. 1200-1201). Esse fenômeno é chamado de diversas formas — e de acordo com a ênfase que se dê — como "constitucionalismo ambiental", "verde", "ecológico" ou, em sua expressão universalizante, como "mundialização" ou "globalização" do constitucionalismo "ambiental", "verde", "ecológico" ou, ainda, "constitucionalismo ambiental global", "a representar a convergência do direito constitucional, do direito internacional, dos direitos humanos e do direito ambiental" (MAY; DALY, 2015, p. 1).

As primeiras manifestações constitucionais sobre a questão ambiental tinham um caráter mais programático tanto na forma de um dever genérico de proteção de aspectos particulares do meio ambiente como o patrimônio histórico e cultural ou do patrimônio e recursos naturais como, de modo mais abrangente, da própria natureza. A viragem dos anos 1970 e 1980 passou a assistir a uma redefinição desse quadro, por meio da afirmação de um direito ao meio ambiente não poluído, livre de contaminação, adequado, sadio, equilibrado, conforme as diferentes dicções constitucionais, tanto pela reinterpretação do mero dever de proteção, imposto, primariamente ao legislador, a quem cabia definir-lhe o conteúdo ou modo de exercício, quanto do próprio reconhecimento de um direito em sentido subjetivo e de aplicação direta pelas cortes (VERNET; JARIA, 2007, p. 526).

Um terceiro ciclo das Constituições ecológicas (ou ambientais), consagrador de um "constitucionalismo verde profundo", estaria a definir-se com a proclamação de "direitos ambientais pós-humanos" ou "direitos ambientais stricto senso". O prenúncio estaria nas referências de um "direito da natureza" nas Constituições de alguns países, todavia, radicalizado por uma guinada ecocêntrica no final da primeira década do século atual. Nessa nova fase, haveria um vero "direito da natureza", superador do mero "direito à natureza", atribuindo-se titularidade ou mesmo subjetividade ora à "comunidade da Terra", à "Gaia" em sua inteireza; ora a seres não humanos, animais especialmente.

Os direitos ambientais se caracterizam como fundamentais, uma vez que sua afirmação e exercício são indispensáveis para o gozo dos demais direitos, estando imediatamente vinculados com a dignidade da pessoa humana (SAMPAIO, 2013a, p. 550). Em função dessa natureza essencial atribuída a todos os direitos fundamentais, há "[...] uma *presunção relativa* de primazia que impõe jusfundamentação mais rigorosa, um *strict scrutiny*, para deixar-se de aplicar em sua inteireza um direito, havendo de prevalecer em caso de dúvida sobre a necessidade da restrição" (SAMPAIO, 2013a, p. 551). Outra característica dos

direitos fundamentais consiste na complementariedade e interdependência entre eles, o que torna inviável classificar com exatidão tais direitos em gerações ou dimensões cronologicamente protegidas, sendo tal separação um "mero artifício de interesse puramente didático" (SAMPAIO, 2013a, p. 554). Nesse sentido, os direitos ambientais ora são classificados na terceira dimensão como um direito solidário e global ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (SAMPAIO, 2013a, p. 574), ora são enquadrados na quarta dimensão como um direito coletivo ao meio ambiente saudável para as gerações presentes e futuras (SAMPAIO, 2013a, p. 575). O consenso, portanto, se concentra na indivisibilidade ou indissociabilidade dos direitos fundamentais. Como corolário da indissociabilidade, afirma-se a igualdade hierárquica dos direitos fundamentais que "[...]devem ser concebidos em igual estatura normativa, sem hierarquia prévia, a menos que o sistema constitucional ou transconstitucional assim o admita expressamente" (SAMPAIO, 2013a, p. 555). Por fim, merece destaque a indisponibilidade dos direitos fundamentais que impede sua transferência, alienação, cessão ou anulação (SAMPAIO, 2013a, p. 553). Referido atributo consiste em "[...] barreira tanto para as autoridades do Estado, que não estão autorizadas a negar ou a expropriar as pretensões protegidas [...], quanto ao próprio titular que não pode deles abrir mão ou negociar sua titularidade" (SAMPAIO, 2013a, p. 553).

Embora incorporados pelos textos constitucionais os direitos ambientais sofrem certa desqualificação em face dos demais direitos fundamentais, figurando como "direitos supérfluos" que perdem importância em face de outras categorias como os direitos sociais. Referido cenário obstaculiza a mobilização e o engajamento na luta por tais direitos, abrindo espaço para o esvaziamento de seu conteúdo fundamental. O que escapa da visão restritiva dos direitos ambientais é sua indissoabilidade em relação aos seus congêneres fundamentais e sua conexão direta com as lutas sociais. A luta ambiental não é apartada das demais lutas sociais, o que é evidenciado ao se mapear os atingidos por desastres ambientais (MANSUR, 2016). As principais vítimas são grupos considerados socialmente vulneráveis que, em muitos casos, tiveram cerceados seus direitos ambientais de informação e de participação nas decisões que impactam suas residências e seus modos de vida. Quanto à justiciabilidade dos direitos ambientais, a repetição, extensão e gravidade dos desastres apontam que a violação de tais direitos é considerada lucrativa favorecendo condutas que colocam em risco vidas humanas e não humanas. A injustiça social, portanto, é

uma injustiça socioambiental, uma vez que os "invisíveis sociais" são também "invisíveis ambientais".

CONCLUSÃO

A democracia ambiental é expressão contemporânea do amálgama entre o sentido legitimante de autodeterminação popular com o projeto de vida digna na Terra para as atuais e futuras gerações. Ela pressupõe que os direitos e, em particular, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exigem uma "política de efetivação" por meio da "participação popular" e "social".

Orientações doutrinais e a comunidade internacional têm identificado como eixos da democracia ambiental a tríade de acesso: à informação, à participação e à Justiça. O acesso à Justiça, embora objeto de críticas que apontam para uma indevida politização do Judiciário e, correlatamente, para a judicialização da política, tem sido apontado como um instrumento de garantia para fazer valer não apenas os outros dois eixos da democracia ambiental, mas o próprio direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O reconhecimento constitucional do referido direito, em sentido tanto objetivo, quanto subjetivo promove uma corrida à efetivação, que passa pela ampliação dos meios de interlocução entre sociedade civil e Estado, incluindo a instituição de mecanismos processuais que viabilizam o acesso de indivíduos, entidades públicas e privadas à Justiça ambiental. Algumas vicissitudes são, no entanto, compartilhadas. A demora na prestação jurisdicional, uma tendência de dar prevalência aos interesses econômicos sobre os ambientais, aliadas aos déficits de formação e cultura ambientais são algumas das explicações do fenômeno. A democracia ambiental é ainda um projeto por realizar-se. O acesso à Justiça, um de seus eixos, também. Muito se fez, é certo, em tão pouco tempo. Mas o aperfeiçoamento dos mecanismos do "direito ao acesso", aliado à mobilização social, tende a mais e mais promovê-la.

Os primeiros textos constitucionais trataram da proteção ambiental de um modo mais enunciativo de propósitos ou programas do que instituidor de deveres jurídicos capazes de possibilitar exigibilidade. Aos poucos, as normas constitucionais se foram ganhando em juridicidade e ressignificando-se ou afirmando-se como reconhecedoras de um direito fundamental, em alguns casos, com a possibilidade de acionamento imediato do Judiciário para se fazer valer ou efetivar-se. O Poder Judiciário desempenhou um importante papel nesse

processo, inclusive de extraí-lo de meros enunciados de deveres e princípios ou mesmo como derivação de outros direitos.

É preciso discutir formas democráticas e inclusivas de acesso à informação e participação na seara ambiental, considerando as particularidades do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e seus desdobramentos. Considerando que os socialmente injustiçados são os primeiros (e principais) vítimas dos problemas e tragédias ambientais, os instrumentos da justiça ambiental incorporados pelos ordenamentos jurídicos precisam apresentar a capilaridade necessária para absorver suas demandas e bloquear interferências do poder econômico. A teoria parece ser mais fácil do que a prática, mas o reconhecimento da fundamentalidade e suas características adjacentes aos direitos ambientais consiste em etapa essencial.

REFERÊNCIAS

BELL, JR., Derrick A. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. *Yale Law Journal*, v. 85, p. 470-516, 1976.

BOYD, David R. Constitutions, Human Rights, and the Environment: National Approaches. In: GREAR, Anna; KOTZÉ, Louis J. (eds). *Research Handbook on Human Rights and the Environment.* Cheltenham; Northam: Edward Elgar, p. 170-199, 2015.

BRULLE, Robert J.; PELLOW, David N. Environmental Justice: Human Health and Environmental Inequalities. *Annual Review Public Health*, v. 27, p. 103-124, 2006.

BUCHANAN, James M. Why Do Constitutions Matter? In*:* BERGGRENE, Niclas; KARLSON, Nils; NERGELIUS, Joakim (eds). *Why Constitutions Matter?* New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, p. 01-15.

COLE, Luke W. Environmental Justice Litigation: Another Stone in David's Sling. *Fordham Urban Law Journal*, v. 21, n. 3, p. 523-545, 1993.

CONNAN, Jonathan. *Environment in the Balance: The Green Movement and the Supreme Court.* Cambridge: Harvard University Press, 2015.

CZARNEZKI, Jason J. An Empirical Investigation of Judicial Decisionmaking, Statutory Interpretation, and the Chevron Doctrine in Environmental Law. *University of Colorado Law Review*, v. 79, p. 767-823, 2008.

DEJEANT-PONS, Maguelonne, Human Rights to Environmental Procedural Rights, in The Human Right to a Healthy Environment as a Substantive Right. In: DEJEANT-PONS, Miguelonne; PALLEMAERTS (eds). *Human Rights and the Environment*. Straasbourg: Council of Europre, 2002, p. 23-46. Disponível em:<http://zip.net/btq43v>. Acesso em: 10 fev. 2015.

DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András; BAER, Susanne. *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*. St. Paul: West Group, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard Law Press, 1978.

ELY, John Hart**.** *Democracy and Distrust*: A Theory of Judicial Review. Cambridge:Harvard University Press, 1980.

FINK, Leon. *Progressive Intellectuals and the Dilemmas of Democratic Commitment.* Cambridge; London : Harvard University Press, 1997.

FOIT, Joseph et al. *Voice and Choice: Opening the Door to Environmental Democracy.*Washington, D.C.: The Access Initiative / World Resources Institute, 2008.

GALE, Richard P. Social movements and the state the environmental movement, countermovement,and government agencies. *Sociological Perspectives,* v. 29, n. 2, p. 202-240, 1986.

HABERMAS, Jürgen. *Fatti e Norme. Contributti a una Teoria Discorsiva del Diritto et della Democrazia.* A cura di L. Ceppa. Milano: Guerini, 1996.

KERDEMAN, Monika. *What Does Environmental Democracy Look Like?* World Resources Institute, 2008. Disponível em: <http://zip.net/bjq59v>. Acesso em: 03 mar. 2015.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism. *California Law Review,* v. 99, n. 5, p. 1163-1258, 2011. Disponível em: <http://zip.net/bgtmVG >. Acesso em: 15 fev. 2016.

LIZARRAGA, José Antonio R.; ESPINOSA, Ángel Ruiz de A., *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente.* Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de Julio. Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

MANSUR, M. S. et al. Antes fosse mais leve a carga: introdução aos argumentos e recomendações referente ao desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton. In: ZONTA, M.; TROCATE C. (Orgs.) Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton. Marabá: iGuana, 2016, p. 17-29.

MAY, James R.; DALY, Erin. *Global Environmental Constitutionalism*. Cambridge; New York: Cambridge University, 2015.

MCCARTHY, John D.; ZALD, Mayer N. Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory. *American Journal of Sociology*, p. 1212-1241, 1977.

MICHELMAN, Frank. I. The Supreme Court 1985. Term Forward – Traces of Self-Government. *Harvard Law Review,* v. 100, p. 4-77, 1986.

NAÇÕES UNIDAS. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*. 2018, p. 14.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇOES UNIDAS. Comissão Econômica para a Europa (UNECE). *Covenção de Aarhus de 1998*. Disponível em: <http://zip.net/bsq-5jN>. Acesso em: 15 dez. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇOES UNIDAS. *Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992*. Disponível em:<http://zip.net/bcq5dq>, acesso em 1/1/2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. *AG/RES. 2656 (XLI-0/2011)*. Disponível em: <http://zip.net/bxq6bH>. Acesso em: 14 fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. *AG/RES. 2656 (XLIII-0/2013)*. Disponível em: <http://zip.net/bdq5HB>. cesso em: 14 fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. *AG/RES. 2714 (XLII-0/2012)*. Disponível em: <http://zip.net/btq5Tn>. Acesso em: 14 fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral. *Estratégia Interamericana para a Promoção da Participação Pública no Processo Decisório para o Desenvolvimento Sustentável de 2000*. Disponível em: <http://zip.net/bdq5G1>. Acesso em: 13 fev. 2015.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1977.

POSNER, Richard A. *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Law, 1995.

SAMPAIO, José Adércio L. Constituição e Meio Ambiente na Perpectiva do Direito

Constitucional Comparado. In: WOLD, Chris; SAMPAIO, José Adércio L.; NARDY,Afranio. *Principios do Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, Jose Adércio L. Da cláusula do não retrocesso social a proibição de reversibilidade socioambiental. In: ANJOS FILHOS, R.N.. (Org.). *Direito Humanos e Direitos Fundamentais*. Diálogos Contemporâneos. 1a ed. Salvador: JusPodivm, 2013b, v. 1, p. 391-417.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia Ambiental como Direito de Acesso e de Promoção ao Direito ao Meio Ambiente Sadio. *Conpedi Law Review*, v. 1, n. 11, p. 149-176, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3445>. Acesso em: 14 nov. 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Os Ciclos do Constitucionalismo Ecológico. *Revista Jurídica da FA7*, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 830101, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/65>. Acesso em: 14 nov. 2020.

SAMPAIO, José Adércio L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013a.

SHRADER-FRECHETTE, Kristin**.** *Environmental Justice: Creating Equality, Reclaiming Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SMITH, Graham. *Deliberative Democracy and Environment*. New York: Routledge, 2003.

STEC, Stephan; CASEY-LEFKOWITZ, Susan; JENDROSKA, Jerzy, *The Aarhus Convention:* An Implementation Guide, New York; Geneve: United Nations, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

UNIAO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da Uniao Europeia. *Diretiva 2003/4/EC,* 2003a. Disponível em: <http://zip.net/bcq5g9>. Acesso em: 15 jan. 2015.

UNIAO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho da Uniao Europeia. *Diretiva 2003/35/CE*, 2003b. Disponível em: <http://bit.ly/1GlcELZ>. Acesso em: 15 jan. 2015.

UNIAO EUROPEIA. *Tratado de Maastricht,* de 07/01/1992. Disponível em: <http://bit.ly/1EthNom>. Acesso em: 15 dez. 2014.

VERNET, Jaume; JARIA, Jordi. El Derecho a um Medio Ambiente Sano: Su Reconocimiento en el Constitucionalismo Comparado y en el Derecho Internacional. *UNED*. Teoría y Realidad Constitucional*,* n. 20, p. 513-533, 2007.

ENQUANTO PASSA A BOIADA:
Uma necessária perspectiva ambiental emancipatória

Laone Lago
Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF), Niterói, Brasil,
laonelagoadv@gmail.com

Wilson Madeira Filho
Professor Titular da Faculdade de Direito e do PPGSD-UFF, Niterói, Brasil,
wilsonmadeirafilho@hotmail.com

Napoleão Miranda
Professor Associado do Instituto de Ciências Humanas e Filosóficas e do PPGSD-UFF, Niterói, Brasil,
napomir@gmail.com

Resumo: O presente trabalho envolve uma análise descritiva-exploratória, pois, de um lado, visa identificar características, e, de outro, objetiva ampliar o entendimento acerca de um específico e determinado tema – a desconstitucionalização da política ambiental como um sintoma do neopopulismo –, reunindo informações pretéritas sobre o assunto para revisitar e refinar a questão pesquisada. Desse modo, se elaboram aspectos centrais do constitucionalismo ambiental para, em seguida, confrontá-los com a desestruturação da política ambiental em curso. Esse quadro analítico, por fim, conflui na direção da instigante perspectiva crítica de autores como Bruno Latour (2004) que questiona a modelagem da modernidade e retoma a crítica ao centralismo político hobbesiano pela via de uma reestrutura algo irônica do modelo bicameral da Revolução Liberal, agora expressa entre esferas deliberativas, a dos humanos e a dos não-humanos.

Palavras-chave: Modernidade; Epistemologia ambiental; Estado de natureza.

INTRODUÇÃO

"Nós vamos a uma conferência sobre o meio ambiente, sobre a ação humana na biosfera e vamos dizer que despejamos cento e cinquenta toneladas de DDT na Amazônia?" (URBAN: 1998, p. 263). "É a mesma coisa que o Brasil

ir a um congresso de odontologia e se vangloriar que extraiu quarenta e cinco dentes, usando um porrete como anestesia" (URBAN: 1998, p. 264). Foi assim que Alceo Magnanini, à época representante do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF, advertiu o então representante do Ministério da Saúde, após este ter escrito no relatório que seria apresentado pelo Brasil durante a Conferência Mundial das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – a Conferência de Estocolmo –, de 1972, que o governo brasileiro utilizou cento e cinquenta toneladas de Dicloro-Difenil-Tricloroetano – DDT para erradicar a malária nos igarapés da Amazônia.

O trágico e real relato aqui narrado reflete o fenômeno ambiental no Brasil, o qual não é linear – jamais foi –, sendo, em verdade, naturalmente complexo, em todos os seus aspectos e circunstâncias (MORIN: 2011). Essa complexidade, repleta de desafios e obstáculos, é relatada de forma clara em diário publicado em formato de livro por Paulo Nogueira-Neto. Em certa passagem, datada de 18 de agosto de 1976, o autor escreveu – "É agora ou nunca" –, referindo-se ao fato de que a Secretaria Especial do Meio Ambiente – SEMA, órgão vinculado à Presidência da República, estava "explodindo, com reponsabilidades e solicitações imensas" (NOGUEIRA-NETO, 2009, p. 49). Prossegue para registrar sua particular preocupação com a continuidade da área ambiental, pois – pontua –, se "perdermos o pé e não acompanharmos o que se espera de nós, naufragaremos [haja vista que as diversas demandas] estão exigindo uma retaguarda que ainda é fraca numericamente" (NOGUEIRA-NETO: 2009, p. 50).

Em outra passagem do seu diário, datada de 29 de setembro de 1976, Paulo Nogueira-Neto descreve uma situação no mínimo inusitada, no entanto, da máxima preocupação, a qual envolveu o pronunciamento do ministro do Exterior do Brasil na Organização das Nações Unidas – ONU, oportunidade em que teria afirmado "que os países desenvolvidos usam os problemas ambientais para manter os países em desenvolvimento numa situação de dependência" (NOGUEIRA-NETO: 2009, p. 50). Trata-se de entendimento diametralmente oposto ao que apresentado pelo próprio Paulo Nogueira-Neto dias antes à Câmara Americana do Comércio, onde afirmou "exatamente o contrário, ou seja, que tal receio não tinha razão de ser e era coisa do passado" (NOGUEIRA-NETO: 2009, p. 50). A linha de conclusão alcançada pelo autor é tanto óbvia quanto preocupante, sendo possível ver "com mais clareza, que o setor que nos tem mais causado algumas dores de cabeça possui respaldo no primeiro Escalão.

Parece até que não existiu a Conferência de Estocolmo em 1972!" (NOGUEIRA-NETO: 2009, p. 50).

Os desafios dentro da própria estrutura pareciam ser uma constante, mais especificamente nos escalões superiores da Administração Pública brasileira, naqueles idos fundacionais da política ecológica brasileira, cujos parâmetros mais críticos ainda vincavam nas mãos de conservacionistas com influência da Biologia Profunda e que, em alguma medida, postulavam o olhar positivista dos militares, eis que a pátria verde-amarela era metade verde e a Amazônia era nossa e se tratava mais de convencer os colegas de farda a zelar ambientalmente por nossas fronteiras.

Nos dias atuais, esse fenômeno tornou-se uma corruptela, alternando os vetores, não só a principal autoridade ambiental na hierarquia administrativa federal, no caso, o ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles – em sua (tragicômica) frase: "ir passando a boiada"[1] –, como também dialoga intensamente com o Chefe do Poder Executivo federal, o Presidente da República, Jair Bolsonaro. Em uma cerimônia de formatura de novos diplomatas do Instituto Rio Branco – IRB, referida autoridade foi taxativa ao afirmar que nada está queimando na Amazônia, assim como sequer há um hectare de selva devastada[2]. Manifestação, esta, que acontece às vésperas de uma viagem em que o vice-Presidente Hamilton Mourão pretende levar embaixadores de dez países

[1] "Precisa ter um esforço nosso aqui, enquanto estamos nesse momento de tranquilidade no aspecto de cobertura de imprensa, porque só se fala de covid, e ir passando a boiada, e mudando todo o regramento (ambiental), e simplificando normas", conforme reunião ministerial havida em 22 de abril de 2020, a qual foi tornada pública por meio de decisão do ministro Celso de Mello, relator originário no Inquérito n. 4831, no Supremo Tribunal Federal – STF. SHALDERS, André. Passando a boiada: 5 momentos nos quais Ricardo Salles afrouxou regras ambientais. *BBC News*, Brasília, 1 out. 2020. Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54364652>. Acesso em: 29 out. 2020.

[2] Nas palavras do Presidente da República, "estamos ultimando uma viagem Manaus-Boa Vista, onde convidaremos diplomatas de outros países para mostrar naquela curta viagem de uma hora e meia, que não verão em nossa floresta amazônica nada queimando ou sequer um hectare de selva devastada". In: MAZUI, Guilherme. Bolsonaro diz que não há 'sequer um hectare de selva devastada' na Amazônia. *G1*, Brasília, 22 out. 2020. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/22/bolsonaro-diz-que-nao-ha-sequer-um-hectare-de-selva-devastada-na-amazonia.ghtml>. Acesso em: 31 out. 2020.

à Amazônia[3], tendo em vista contundente carta aberta enviada pelos países que integram a Parceria das Declarações de Amsterdã[4] ao Brasil, nela constando de forma expressa as diversas preocupações com a Amazônia e o próprio futuro das relações bilaterais ou mesmo multilaterais (FRAZÃO: 2020).

Parece que no Brasil de hoje, assim como de outrora, especialmente na Administração Pública federal, seja na pessoa da liderança da pasta ambiental, seja no personagem do Chefe do Poder Executivo, ultrapassou-se (em muito) na monocultura da mente[5], adentrando-se em uma verdadeira psicose, perturbação que impede alguns indivíduos do alto escalão (ainda que não só eles) de perceberem realidade distinta daquela colocada pelo mercado de commodities e ampliando setores negacionistas[6]. Fato é – e os números são muitos – que se está

---

[3] "Faz parte da estratégia comercial dos países europeus essa questão da cadeia de suprimento, isso é uma barreira. Existem barreiras tarifárias e não tarifárias, então, isso a gente tem que fazer a negociação, não só comercial, mas diplomática, como a ambiental também". In: GOMES, Pedro Henrique. Mourão e ministros devem levar embaixadores de 10 países à Amazônia na próxima semana. *G1*, Brasília, 29 out. 2020. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/29/mourao-e-ministros-devem-levar-embaixadores-de-10-paises-a-amazonia-na-proxima-semana.ghtml>. Acesso em: 31 out. 2020.

[4] "A Parceria das Declarações de Amsterdã consiste em sete países europeus comprometidos em eliminar o desflorestamento das cadeias de suprimento agrícolas à Europa: Alemanha (atualmente na presidência), Dinamarca, França, Itália, Holanda, Noruega, Reino Unido; Bélgica associa-se à carta aberta". KLÖCKNER, Julia; MÜLLER, Gerd. Carta aberta ao vice-Presidente Mourão da Parceria das Declarações de Amsterdã. *Representações da República Federal da Alemanha no Brasil*. Disponível em: <https://brasil.diplo.de/blob/2385172/60916265ca79223dbcec6d341826b220/carta-aberta---amsterdam-declaration-partnership--adp--data.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2020.

[5] Segundo Vandana Shiva, "[t]al como a roca [de fiar], tornada retrógrada e obsoleta pela industrialização, as sementes nativas seriam obsoletas diante das novas tecnologias de produção de sementes, expressões do progresso. O desenvolvimento milenar das variedades nativas, pela seleção natural e humana, seria primitivo. É a passagem dos processos ecológicos de reprodução para os processos tecnológicos de produção que está por baixo tanto do problema do empobrecimento dos agricultores quanto da erosão genética. In: *Monoculturas da mente*: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003, p. 172.

[6] Pensamento esse que é fortemente permeado pelos ensinamentos de Bertrand Maria José de Orléans e Bragança, materialização dessa patologia em forma de livro, conforme revela a seguinte passagem: "As discussões ambientais viraram debates sobre dogmas de fé, e quem contrariar as ecoverdades será condenado à fogueira. Se bem que essa nova inquisição, a do aquecimento global, não possa enviar ninguém para a fogueira, porque a lenha e o nosso corpo são feitos de carbono e queimá-los

diante de uma crise de civilização, a qual, inevitavelmente, reflete uma (e sobre uma) crise ambiental, o que cada vez mais clama por uma nova racionalidade, uma racionalidade efetivamente democrática – e fortemente ambiental –, tendo como foco o diálogo entre as mais diversas formas de vida. A possível solução para o cenário atual não está na pós-modernidade, que mais reflete um sintoma, sim em um novo acordo, uma nova Constituição, que registre a emancipação coletiva (associação entre humanos e não-humanos), o que implica tanto reconhecer quanto revisitar pensamento e ação diante do evidente processo de desconstitucionalização da constitucionalização em matéria ambiental no Brasil.

Os ataques à temática ambiental no Brasil (ainda mais em uma ótica constitucional) são massivos, conforme inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal – STF, tais como, por exemplo, importação de pneus usados, amianto, Código Florestal, outorga de direito de uso de recursos hídricos, espaços territoriais especialmente protegidos, reserva legal, cenário este que se agravou com a pandemia do coronavírus, causador da COVID-19, afetando a saúde e a vida dos povos indígenas, assim como políticas públicas ambientais estagnadas (Fundo Amazônia e Fundo Clima). O presente trabalho envolve, portanto, uma pesquisa descritiva-exploratória, pois, de um lado, visa identificar características, e, de outro, objetiva ampliar o entendimento acerca de um específico e determinado tema – a desconstitucionalização da política ambiental como um sintoma do neopopulismo –, reunindo informações pretéritas sobre o assunto para revisitar e refinar a questão pesquisada (GIL: 2002).

1. Constitucionalização da temática ambiental no Brasil – Constituição de 1988

O termo Estado Ambiental ganhou notoriedade nas palavras de Michel Kloepfer, mais especificamente no texto intitulado *A caminho do Estado Ambiental?*[7]. Trata-se de trabalho elaborado em 1989, oportunidade em que o referido autor alemão direciona seus argumentos às transformações que estariam

liberará gases que vão incrementar o aquecimento global". In: *Psicose ambientalista*: os bastidores do ecoterrorismo para implantar uma religião ecológica, igualitária e anticristã. São Paulo: IPCO, 2012, p. 43.

[7] Michel Kloepfer reconhece, ainda que em uma nota de rodapé (n. 11), que o termo "Estado Ambiental", *Umweltstaat*, foi originariamente cunhado pelo jurista austríaco Norberto Eimmer, no ano de 1976.

ocorrendo por meio da proteção ambiental e especialmente sob a perspectiva da ciência jurídica e, por conseguinte, recairiam sobre o sistema político e econômico. Logo no principiar das suas reflexões, a clássica teoria dos três elementos formadores do Estado é questionada, tendo em vista, segundo seu entendimento, que "[u]m Estado apto a subsistir precisa de mais do que um povo, um poder e um território estatal. Ele necessita de um meio ambiente no e em torno do seu território que não ponha em risco a continuidade de sua existência" (KLOEPFER: 1989).

Nessa linha de ênfase, uma das obras que deve e merece alguns grifos no que tange à temática ambiental, especialmente por conferir ao assunto uma perspectiva constitucional, é o trabalho *Direito ambiental constitucional*, de autoria de José Afonso da Silva, obra publicada pouco tempo após promulgada a atual Constituição (1994)[8]. Segundo entendimento do professor da Universidade de São Paulo – USP, o ambiental (meio ambiente) deve ser a interação (e o resultado) "do conjunto dos elementos naturais, artificiais e culturais, que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas", fazendo com que suas reflexões se inclinem para uma "concepção unitária do ambiente", logo, tratando-se de uma visão que aproxima e interconecta recursos naturais e culturais, sem desprezar o papel e a importância do homem nessa configuração, ou mesmo reconfiguração (SILVA: 2000, p. 20).

Direcionando esse olhar à Constituição da República Federativa do Brasil promulgada no dia 5 outubro de 1988, a expressão meio ambiente pode ser encontrada de forma explicita dezoito vezes, dentre as quais uma nos direitos e garantias fundamentais, três na organização do Estado, uma nas funções essenciais à justiça, três na ordem econômica e financeira e dez na ordem social, pontualmente no capítulo reservado ao meio ambiente, com oito inserções, conforme quadro que abaixo segue, senão vejamos.

[8] Vale também referir que a obra se correlaciona a outra obra do autor e que o consagrou no cenário acadêmico, *Curso de direito constitucional positivo*, onde fica melhor expressa sua noção impositiva de tutela do homem sobre o ambiente, e mesmo sobre o conflito socioambiental, ao definir liberdade: "o homem se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais. O homem domina a necessidade na medida em que amplia seus conhecimentos sobre a natureza e suas leis objetivas" (SILVA: 1998, p. 234).

Quadro 1 – Meio ambiente explícito na Constituição 1988:

Palavra de busca:	Título:	Capítulo:	Dispositivo:
Meio ambiente:	Dos direitos e garantias fundamentais	Dos direitos e deveres individuais e coletivos	Artigo 5º, LXXIII.
	Da organização do Estado	Da organização político-administrativa	Artigo 23, VI.
			Artigo 24, VI.
			Artigo 24, VIII.
	Da organização dos poderes	Das funções essenciais à justiça	Artigo 129, III.
	Da ordem econômica e financeira	Dos princípios gerais da atividade econômica	Artigo 170, VI.
			Artigo 174, §3º.
		Da política agrícola e fundiária e da reforma agrária	Artigo 186, II.
	Da ordem social	Da seguridade social	Artigo 200, VIII.
		Da comunicação social	Artigo 220, §3º, II.
		Do meio ambiente	Artigo 225.

Nessa perspectiva, a expressão – meio ambiente – se insere em cinco Títulos, oito Capítulos, distribuindo-se em onze artigos, com especial concentração no artigo 225, *caput*, parágrafos e incisos, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual deve ser lido na íntegra, sendo vedada, segundo preceitua Eros Roberto Grau (1997, p. 176-177), uma leitura em tiras (ou aos pedaços) dos dispositivos constitucionais, pois a interpretação de qualquer dispositivo constitucional impõe ao intérprete a proteção da Constituição. Tendo-se como foco os Capítulos constitucionais, ao menos para os fins de alguns delineamentos, o primeiro deles envolve direitos e deveres individuais e coletivos, portanto, fundamentais. O artigo 5º, da CRFB/88, não só é taxativo ao afirmar que "todos são iguais perante a lei" – garantias formais –, ele vai além ao pretender deixar claro que não pode haver distinção de qualquer natureza seja aos brasileiros seja aos estrangeiros, sendo-lhes garantida a "inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" – garantias substanciais –, o que deve ser observado "nos termos seguintes" – incisos, parágrafos e alíneas relacionados ao *caput* do referido dispositivo constitucional.

Segundo o inciso LXXII, do artigo 5º, todo e qualquer cidadão – pessoa física, nacional (nata ou naturalizada), no pleno exercício dos seus direitos políticos – é parte legítima para propor ação popular que tenha como pedido e causa de pedir a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, consistindo em afronta à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Destaque-se que o autor da ação popular, salvo comprovada má-fé, será isento das custas judiciais e do ônus sucumbencial, medida constitucional que visa preservar e garantir uma maior participação do povo nas decisões proferidas pelo Poder Público – trata-se de controle social da Administração Pública exercido pelos cidadãos brasileiros.

Em matéria de organização político-administrativa, os dispositivos que tratam do meio ambiente envolvem, de um lado, competência comum para que todos os entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) protejam o meio ambiente e combatam a poluição em qualquer de suas formas – exercida por todos, visa materializar atividade ou sua incumbência[9] –, e, de outro, competência concorrente[10] para que União, Estados e Distrito Federal legislem acerca da proteção do meio ambiente e da responsabilidade por danos ao meio ambiente – compete à União editar normas gerais, o que não exclui competência suplementar dos Estados, ou mesmo seu exercício pleno até superveniência de lei federal.

No que tange às funções essenciais à justiça, tem-se o artigo 129, inciso III, no qual consta ser atribuição institucional do Ministério Público brasileiro o manejo de inquérito civil e ação civil pública visando a proteção do meio ambiente. Trata-se de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Registre-se, ainda, ser o Ministério Público brasileiro órgão singular e sem precedentes históricos (ao

[9] "São aquelas às quais não corresponde a edição de uma norma jurídica, tratando-se da materialização de uma atividade ou incumbência pública definida pela Constituição. Podem ser exclusivas ou comuns. (...) Competência comum é aquela exercida por todos os entes federativos do País (art. 23)". In: LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 108.

[10] "A competência legislativa concorrente institui um regime de competência solidária em que não só um ente político poderá editar leis para complementar a legislação de âmbito nacional e, se for o caso, estadual em prol das suas necessidades, como também a omissão legislativa de um ente político autorizará que os demais legislem de forma plena sobre a matéria". In: LAGO, Laone. *Planos estaduais de resíduos sólidos*: política pública, gestão associada e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 81.

menos até o presente momento), tendo sido ele resultado de um longo percurso evolutivo, especialmente dos debates ocorridos durante a Assembleia Nacional Constituinte – ANC (LOPES: 2000), o que lhe conferiu independência, bem como lhe facultou apoio à expansão da cidadania, visando a defesa do Estado Democrático de Direito (SILVA e LAGO: 2015, p. 47-91).

Nos princípios gerais da atividade econômica, duas são as passagens em que o meio ambiente pode ser encontrado. A primeira, afirma que em matéria de ordem econômica, deve-se assegurar a todos a existência digna, o que inclui a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços, assim como seus processos de elaboração e prestação, o que implica em considerar (atualmente) que homem e atividade econômica estão limitados diante das perturbações de um ambiente desequilibrado. A segunda passagem está diretamente voltada à atividade garimpeira em cooperativas, a qual necessita ser favorecida, porém, deve-se levar em conta a proteção do meio ambiente, situação que se equilibra no limite entre o humano (dignidade da pessoa humana) e a natureza (seus inevitáveis impactos).

Ainda na ordem econômica e financeira, o meio ambiente também é encontrado no título reservado às políticas públicas agrícolas e fundiárias, inclusive da reforma agrária, oportunidade em que o texto constitucional é taxativo ao afirmar que a função social da propriedade rural somente será cumprida quando, simultaneamente, estiverem presentes o aproveitamento racional e adequado da terra, as relações de trabalho nela existentes estejam em perfeita consonância com a legislação vigente, o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores deve ser a tônica, bem como, e muito especialmente, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente consiste em exigência inafastável, pois inerente à própria sustentabilidade do ambiente produtivo, sob pena de não suportar sua demanda, podendo inclusive colapsar. Registre-se que ao contrário da função social da propriedade urbana, a função social da propriedade rural não representa um conceito aberto, muito menos indeterminado, pois a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi taxativa ao determinar (e exigir) a presença e o cumprimento simultâneo dos cinco requisitos constitucionalmente estabelecidos (ALBUQUERQUE: 2012).

Na ordem social, por sua vez, mais especificamente na seguridade social, ao tratar do Sistema Único de Saúde – SUS, consta de sua competência, dentre outras, a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendendo o

meio ambiente do trabalho. E em tempos de pandemia, essa previsão demonstra a forte abrangência de suas premissas. No capítulo reservado à comunicação social, garante-se expressamente que a manifestação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerá restrição, desde que observe o que disposto no texto constitucional, o qual estabelece ser de competência de lei federal o estabelecimento de meios que protejam a pessoa e a família de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

O último (e mais relevante) é o Capítulo reservado ao meio ambiente – Do meio ambiente –, composto pelo próprio artigo 225, da CRFB/88, o qual integra a ordem social. Seu *caput* é inconteste, deixando claro que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado", o qual deve ser entendido como bem de uso comum do povo, além de "essencial à qualidade de vida", devendo ser defendido e preservado para as presentes e futuras gerações tanto pelo Poder Público quanto pela coletividade. O direito ao meio ambiente, como objeto tutelado, não é tanto aos seus elementos constitutivos, sim a qualidade do meio ambiente, em função da qualidade de vida, isto é, "pode-se dizer [com isso] que há dois objetos tutelados, no caso: um *imediato* – que é a qualidade do meio ambiente – e outro *mediato* – que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população [que é a qualidade de vida]" (SILVA: 2007, p. 836).

No parágrafo 1º, do artigo 225, o legislador elencou série de considerações prospectivas para o então modelo de desenvolvimento, ao qual se colocavam limites qualitativos, incumbindo ao poder público: "I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas", vale dizer, ecossistemas e espécies não podem dar lugar a externalidades negativas do processo de ampliação da agropecuária, por exemplo; "II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético", estabelecendo necessidade de controle e gestão mesmo em face das patentes relativas ao material genética, sua pirataria e exploração; "III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção" – política que veio a ser estruturada pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), através da Lei 9.985/2000, substanciando a maior política ambiental brasileira *stricto sensu*; "IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de

impacto ambiental, a que se dará publicidade" fornecendo substancia aos estudos já então apontados pelo Código Florestal da época (Lei 4.771/1965), que passam a ganhar maior roupagem, viabilizados em exigências de Estudos de Impacto Ambiental (EIA) e seus correlatos Relatórios de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA), sua versão mais didática, contando ainda com elementos subsidiários, como as Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) previsto pela Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938/1981, recepcionada pela CF 88, e ainda sua conjugação aos elementos da ISO 14000, dentre outros; "V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente", ou seja, a reestruturação da política contra a poluição e elaborando estética administra preventiva ao risco; "VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente" – valorizando culturalmente a perspectiva ambiental; "VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade" – dando o primeiro passo na direção de um Direito próprio dos animais e a um direito próprio da Natureza.

Os demais parágrafos do artigo 225 apontam largo espectro, vejamos: "§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei" – apontando obrigações para uma atividade em ampliação de escala, a qual já foi responsável nesse interim pelos mais graves crimes ambientais cometidos no país e talvez no planeta, com desastres como os de Mariana e de Brumadinho, em Minas Gerais; "§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados" – vinculando as ações lesivas ao ambiente ao princípio da responsabilidade civil direta; "§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais" ampliando o leque de áreas protegidas, para além das unidades de conservação previstas no SUC e das áreas de preservação permanente previstas no Código Florestal (Lei 12.651/2012); "§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais", vale dizer não

poderá haver perdão administrativo ao dano ambiental, que independe de culpa; "§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas", em alerta a um modelo energética o qual, mesmo francamente questionado em diversos países, vinha assumindo foros de investimento mais amplo no Brasil; " § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos' criando aqui forte conflito com o direito animal insurgente e servindo, na prática tal parágrafo como declaração antecipa de constitucionalidade para esses casos polêmicos, como a indicar a paulatina desativação dessas práticas, pela ampliação da educação ambiental igualmente prevista.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é, portanto, e sem sombra de dúvidas, um verdadeiro marco na temática ambiental brasileira, pois a esse assunto dedica inúmeras passagens, assim como um capítulo inteiro à proteção (defesa e preservação) ambiental, tendo como foco erigir bases para uma temática ambiental equilibrada (ambiente sadio) como um direto fundamental do indivíduo. Operou-se, com a constitucionalização do ambiental, uma quebra de paradigma do ordenamento jurídico, implicando em uma "virada ecológica de índole jurídico-constitucional", verdadeira "consagração da proteção constitucional do ambiente no âmbito da Constituição", inovando-se com a "centralidade que os valores e direitos ecológicos passaram a ocupar no ordenamento jurídico brasileiro" (SARLET e FENSTERSEIFER: 2014, p. 240-241).

Importante ainda ressaltar que o contexto "ecológico" que emoldurou a base constitucional ambiental brasileira, permeou-se de perspectivas socioambientais e a hermenêutica constitucional passou a conjugar diversos elementos da ordem social e cultural constitucionais, em especial os direitos indígenas, quilombolas e de demais povos e comunidades tradicionais, assim como a qualidade de vida nas cidades, por via de consequentes planos diretores municipais, enquanto temas imprescindíveis e em constante correlação.

2 Desconstitucionalização da temática ambiental às portas do STF – fratura exposta

A temática ambiental é assunto que rotineiramente bate às portas do Poder Judiciário brasileiro, especialmente do seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal – STF. Não poderia ser diferente, tendo em vista versar sobre questão de caráter humanitário, cultural, social, econômico, dentre inúmeras (e múltiplas) outras perspectivas inerentes à sua complexidade. Ademais – em uma ótica jurídica sobre o ambiental –, trata-se de tema que restou constitucionalizado, conforme texto promulgado após debates ocorridos durante o período da Assembleia Nacional Constituinte – ANC (1987-88). Referida ascensão constitucional, reflete fenômeno político-normativo no qual as Constituições deixaram de ser vistas pura e simplesmente como instrumentos de estruturação e organização do Estado, tornando-se verdadeiros centros de aplicabilidade e de efetividade dos direitos e das garantias fundamentais. A Constituição ganhou (e incorporou) força normativa (HESSE, 1991), o que significa dizer que a Carta Magna ascendeu ao ápice do ordenamento jurídico, estabelecendo-se como "Constituição-garantia" (KELSEN: 2005), responsável essencialmente por limitar o Estado, fixando as condições de exercício do seu poder, assim como delimitando a totalidade do ordenamento jurídico. O movimento de fortalecimento constitucional avançou no tempo, o que ensejou por deslocar a Constituição do ápice para o centro do ordenamento, tornando-a verdadeiro núcleo, espécie de "Constituição-programa" (CANOTILHO: 2001).

Fato é que existe um histórico (com avanços e retrocessos) acerca da temática ambiental no STF, conforme exemplificativos precedentes envolvendo desde a temática da importação de pneus usados (ADPF n. 101), a polêmica (e o perigo) do amianto (ADI n. 4.066, ADI n. 3.937, ADI n. 3.406), até o Código Florestal (ADI n. 4.901), assim como o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres, ou por sua Carga, a Pessoas Transportadas ou Não – DPVAT (ADI n. 4.350), além da dispensa de outorga de direito de uso de recursos hídricos (ADI n. 5.016), espaços territoriais especialmente protegidos e reserva legal (ADI n. 4.717), bem como edificação por particulares em Áreas de Preservação Permanente – APP (ADI n. 4.988). Durante a atual pandemia do coronavírus, causador da COVID-19, a temática ambiental ganhou ainda mais escala, podendo-se grifar, também de forma exemplificativa, a imprescritibilidade por dano ambiental (RE n. 654.833), a saúde e a vida dos povos indígenas em face da COVID-19 (ADPF n. 709), a omissão

inconstitucional na execução do Fundo Amazônia (ADO n. 59), a omissão também inconstitucional na execução do Fundo Clima (ADO n. 60, recebida como ADPF n. 708) e a saúde, a vida e o ambiente de grupos vulneráveis (ADI n. 6421).

Conferindo-se – por todas – um olhar mais atento à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO n. 59, a qual trata do Fundo Amazônia, assim como à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 708, a qual se volta ao Fundo Clima, percebe-se haver flagrante omissão ou mesmo ação inconstitucional da União à adoção (ou não adoção) de providências administrativas por parte da Administração Pública federal quanto à implementação das obrigações de proteção da Amazônia Legal, o que restaria por afetar diretamente (e de forma intencional) a implementação (ou a continuidade) de políticas públicas ambientais necessárias à adequada e efetiva proteção e preservação do meio ambiente daquele bioma. Referido cenário omissivo (e também comissivo) parece refletir política "oficial" de governo atualmente em curso, o que nitidamente afrontaria o direito de todos os brasileiros (quiçá do próprio planeta Terra) a um ambiente saudável, conduta que colide diretamente (e frontalmente) com o teor do *caput*, do artigo 225, da CRFB/88, no qual consta insculpido que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, obrigação que se impõe ao Poder Público e à coletividade, visando defender e preservar para as gerações atuais e futuras.

As demandas identificadas – para ficar apenas nessas últimas duas –, refletem (em certa medida) ações e omissões persistentes, as quais recaem sobre as mais diversas e variadas autoridades, assim como ensejam violações massivas a direitos fundamentais, o que – ao que parece – levaria (ou configuraria) a existência de um estado de coisas inconstitucionais em matéria ambiental. Referido estado de coisas não indica (ou reflete) um ato específico do Poder Público, pelo contrário, está-se diante de um conjunto de ações e omissões notórias, as quais configuram um estado inconstitucional generalizado por falha na estrutura do próprio sistema. Em outras palavras, vai-se além do direito de todos a um meio ambiente saudável, produzindo reflexos sobre um amplo conjunto de outros direitos fundamentais, tais como, por exemplo, direito à vida (artigo 5º, CRFB/88), à saúde (artigo 6º, CRFB/88), à segurança alimentar e à água potável (artigo 6º, CRFB/88), à moradia, ao trabalho (artigo 7º, CRFB/88), podendo, ainda, impactar o direito à identidade cultural, o modo de vida e a subsistência de povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais

(artigo 23, inciso III, artigo 215, *caput* e §1º e artigo 216 c/c artigo 231, CRFB/88 e artigo 68, ADCT).

Nesse sentido, e apenas como exercício pontual, poder-se-ia cotejar os mesmos pontos apreciados no quadro de referências constitucionais ambientais e relacionar todas as iniciativas do governo federal para desconstruir a política ambiental estrutural, seja substituindo gestores por outros com inclinação negacionista, desvinculando verbas, deixando de coibir incêndios, facilitando o comércio ilegal de madeiras, retirando fiscalizações, deixando de tomar providências com poluição na costa brasileira perdoando multas a desmatadores. É um governo de tropeiros, passando a boiada, na certeza que o Judiciário lento, não há de alcançar a manada.

3 Perspectiva ambiental emancipatória – associação entre humanos e não-humanos

Segundo Manuel Castells (1999) a qualidade de vida ou mesmo buscar uma vida ecológica, são ideias que (especialmente, ainda que não somente) remontam ao século XIX, só que "restritas às elites ilustradas", espécie de aristocracia que se encontrava esmagada pela industrialização. Foi só nos anos 1960 – pontua o autor – que "surgiu um movimento ambientalista de massas, entre as classes populares e com base na opinião pública, que então se espalhou rapidamente para os quatro cantos do mundo" (CASTELLS: 1999, p. 154). Referido fenômeno, ao qual o autor reconheceu e o chamou de "o verdejar do ser", envolve "todas as formas de comportamento coletivo que, tanto em seus discursos como em sua prática, visam corrigir formas destrutivas de relacionamento entre homem e seu ambiente natural" (CASTELLS: 1999, p. 143), estabelecendo (e fixando), com isso, as bases de resistência à lógica estrutural e institucional então dominante.

Manuel Castells se volta às expressões de identidade coletiva, compreendendo-as como movimentos sociais, os quais – segundo conceitua – podem ser entendidos como "ações coletivas com um determinado propósito cujo resultado, tanto em caso de sucesso como de fracasso, transforma os valores e instituições da sociedade" (CASTELLS: 1999, p. 20). Restringindo-se ao ambientalismo, percebe-se que Manuel Castells traça uma trajetória histórica, na qual constrói uma tipologia dos movimentos ambientalistas, apoiando-os sob algumas bases, destacando que o discurso ambientalista perpassa tanto pela

relação estreita e ambígua com a ciência e a tecnologia quanto pela definição histórica do espaço enquanto expressão fundamental e material da sociedade, assim como pelo projeto de uma temporalidade nova e revolucionária. Não é por outra razão que o autor insiste no fato de ser "por meio dessas lutas fundamentais sobre a apropriação da ciência, do espaço e do tempo, [que] os ecologistas inspiram a criação de uma nova identidade, uma identidade biológica, uma cultura da espécie humana como componente da natureza" (CASTELLS: 1999, p. 159).

3.1. Esverdeando a racionalidade – qualidade ou estado de ser ambiental

Vive-se uma crise de civilização, que, inevitavelmente, reflete uma crise ambiental, produzida pelo desconhecimento do conhecimento, pois este não representa mais a realidade, "pelo contrário, constrói uma *hiper-realidade* na qual se vê refletido" (LEFF: 2012, p. 57-58), o que exige uma nova racionalidade, tendo como foco o diálogo de seres e saberes. Ainda que referido processo se encontre em fase de construção (e consolidação), inúmeros e positivos são os seus resultados, pois no passado a emergência de uma racionalidade impulsionada pelo iluminismo foi a tônica, movimento embasado na ciência (no singular mesmo) como caminho para o máximo desenvolvimento do homem, fazendo da natureza algo (ou alguma coisa) à disposição, e que deveria ser tanto domada quanto domesticada. Esse pensar restou por separar o homem da natureza, tornando-a um ambiente a ser conquistado, explorado, pois à disposição e infinito, o que resultou na sua máxima separação.

Com o passar do tempo, entrou-se em um compasso de aproximação, tendo em vista a ascensão de novos paradigmas. Muito do que restou sustentado durante a modernidade – se é que algum dia fomos realmente modernos (LATOUR: 2013) – consolidou a ciência (tradicional) da época, especialmente apoiada nos firmes argumentos em prol da simplicidade, da estabilidade e da objetividade, refletindo o fato de que as questões sociais seriam passíveis de análise, pois permeadas por relações causais lineares, além de serem elas fortemente determináveis, previsíveis, controláveis e reversíveis, assim como marcadamente subjetivas. Ocorre que essas bem estruturadas sustentações estão ruindo, o que marca a ascensão da complexidade (conexão integral), da

instabilidade (do ser ao tornar-se) e da intersubjetividade (construção conjunta da realidade) - (VASCONCELLOS: 2013, p. 101-146).

A racionalidade ambiental está em processo de formação, indo além da simples confrontação com a racionalidade econômica já existente, ambiente que emerge do campo das externalidades das quais foi lançada pela racionalidade econômica clássica, embasada e protegida pelo egocentrismo das ciências disciplinares, assim como aos seus serviços. Em outras palavras – segundo visão persistente de Enrique Leff –, pode-se perceber e entender que "a questão ambiental veio problematizar as teorias científicas e os métodos de investigação para compreender uma realidade em visa de complexidade que absorve a capacidade de compreensão dos paradigmas estabelecidos" (LEFF: 2006, p. 405), devendo ser ela compreendida como "um problema eminentemente social, gerado por um conjunto de processos econômicos, políticos, jurídicos, sociais e culturais" (LEFF: 2006, p. 241).

Sob o pensamento de Enrique Leff, reconhece-se que a racionalidade econômica clássica, historicamente enraizada nos mais diversos e variados campos da sociedade e do próprio Estado, incorpora-se às bases normativas oficialmente postas (e expostas), caracterizando os seus sujeitos de direito a partir de suas relações com os objetos. É nesse sentido – por exemplo –, que a norma jurídica que deveria tutelar a tudo e a todos em sociedade, estabelecendo-se uma estrutura de direito para além da norma, sim da justiça, acaba por ser determinada a partir de padrões proprietários e consumeristas abstratos, os quais fazem com que a proteção do direito reste apenas existente para os sujeitos que possuam patrimônio ou potencial aquisitivo. Uma releitura é necessária, exigindo-se novas configurações com a natureza a partir do contrato natural defendido por Michael Serres (1991), por exemplo, sob a perspectiva tanto de um pensamento complexo quanto permeado por uma nova racionalidade, uma racionalidade obrigatoriamente (e necessariamente) ambiental.

3.2. Esverdeado o coletivo – modernidade inventada

A separação entre ciência (técnica) e política (sociedade) foi uma invenção que marcou a (suposta) modernidade, segmentando-se, de um lado, o natural (mundo mediado pelo laboratório), e, de outro, o social (mundo dissociado dos cidadãos, marcado pelo contrato social, o qual confere ao Leviatã poder soberano e sem instâncias superiores), conforme, pensado e estruturado

por cientistas naturais como Robert Boyle (1627-1691) e Thomas Hobbes (1588-1679). Sob esse ponto de partida (e perspectiva), Bruno Latour (2013) lança uma crítica contundente sobre as bases em que se apoia a modernidade, a qual – segundo o autor – nunca funcionou de acordo com a grande divisão que se funda seus sistemas de representação do mundo, isto é, uma separação radical entre a natureza (ciência), de um lado, e a cultura (política), de outro.

O cientista Robert Boyle – ao não fazer uso da lógica, da matemática e nem da retórica, referências à época tanto confiáveis quanto seguras e tradicionais – vai buscar suas bases no até então ridicularizado método de argumentação consubstanciado na opinião, fundando-se sobre uma "metafísica parajurídica", situação em que "testemunhas confiáveis, bem-aventuradas e sinceras reunidas em torno da cena da ação podem atestar a existência de um fato (...), mesmo se não conhecerem sua verdadeira natureza" (LATOUR: 2013, p. 23), restando por inventar o estilo empírico (estilo utilizado até os dias atuais), oportunidade em que não se buscava propriamente a opinião dos envolvidos, sim (e simplesmente) a observação do fenômeno artificialmente produzido em um ambiente fechado e protegido (abstrato e desconectado das variáveis externas e reais), qual seja, o laboratório.

O cientista político Thomas Hobbes, por sua vez, posicionou-se por desacreditar por completo o laboratório de Robert Boyle, voltando-se seu foco ao corpo político, tido enquanto resultado ampliado do estudo fisiológico e enquadrado em matizes da etologia, do qual emergirá o soberano criado através do contrato social, um Deus mortal a quem se deve paz e proteção, pois nada mais do que um representante da multidão. Crente que os corpos imateriais (como os espíritos, os fantasmas ou as almas) são um problema à paz social – recorde-se que Thomas Hobbes estava imerso em meio a uma guerra civil –, defende ele que "o soberano será apenas um ator designado pelo contrato social", o que implica dizer que "não há direito divino, não há instância superior que possa ser invocada pelo soberano para que ele possa agir como quiser e desmantelar o Leviatã" (LATOUR: 2013, p. 24-25).

Após identificar (e fundamentar) essa separação entre ciência (técnica) e política (sociedade), conforme artificialmente inventada, a qual marcou a (suposta) modernidade, a instigante perspectiva de Bruno Latour descontrói essa modelagem e retoma a crítica ao centralismo político hobbesiano pela via de uma reestrutura em certa medida irônica acerca do modelo bicameral pregado (e instituído) pela Revolução Liberal, agora expressa entre esferas deliberativas, a

dos humanos e a dos não-humanos. Para que essa reconfiguração aconteça – reaproximando humanos de não-humanos –, faz-se essencialmente necessário "permitir que o mundo exterior invada a cena, quebre o frasco, derrame o líquido borbulhante e transforme a mente num cérebro, numa máquina de nervos instalada dentro de um animal darwiniano que luta pela vida" (LATOUR: 2017, p. 23), fazendo com que a natureza reste liberta da clausura a que foi submetida e deformada por uma cuba de vidro.

CONCLUSÕES

Não há dúvidas de que com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, operou-se uma virada ecológica, especialmente em uma perspectiva constitucional, inovando-se na centralidade dos valores e direitos acerca da temática ambiental, o que reflete uma constitucionalização do ambiental. Não há dúvidas também, que no Brasil (especialmente dos dias atuais) se encontra em curso uma massiva afronta (ou mesmo ataque) ao ambiental, ainda mais às suas previsões constitucionais. As omissões e as ações são persistentes, advindas das mais diversas e variadas autoridades – desde o Chefe do Poder Executivo federal, passando pela autoridade maior da pasta, o ministro do Meio Ambiente, alcançando (e sob essa orientação) os demais escalões –, revelando (ou configurando) – ao que parece – a existência de um estado de coisas inconstitucionais em matéria ambiental. Em outras palavras, o fenômeno da constitucionalização da temática ambiental (de fundamental importância) não foi suficiente para corrigir as bases, muito menos os cursos e as rotas, os quais continuam trilhando sob o impulso de uma invenção. Deve-se retornar (e retomar) as origens, para se ir mais e além.

Retomada essa que reflete uma crise profunda, uma crise essencialmente apoiada no fato de que a sociedade (ingenuamente) ainda espera colher os frutos das promessas que lhe foram preteritamente ofertadas, dentre elas o conforto, a convivência, a segurança, o alívio da dor e do sofrimento, o que envolve uma tentativa insistente e, certamente, perversa de forçar a natureza a servir obedientemente às necessidades, ambições e desejos humanos. A pedra de toque (o ponto nevrálgico) está no bicameralismo, uma criação liberal. Portanto, a possível solução para o cenário atual não está (e nunca esteve) na modernidade extática (ou em qualquer uma das suas tentativas de compreensão e derivação), que mais reflete um sintoma, sim em um novo acordo, uma nova Constituição, que registre a emancipação coletiva (associação entre humanos e não-humanos),

o que implica tanto em reconhecer quanto em revisitar pensamentos e ações diante do evidente estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental. Dizendo de outra forma, o processo de constitucionalização (ascensão do ambiental ao texto constitucional) nada mais é do que o resultado (e o esforço) de conferir garantias normativas (ou normatizadoras) para uma pretensão de reconfiguração entre humanos e não-humanos, porém, sem de fato refundar suas bases primeiras, originárias, de partida.

Referida pretensão somente será possível (e factível) se restar reconhecido que vivemos em coletivos, não em sociedade, podendo ser esta entendida como um artefato imposto pelo acordo modernista, ao passo que àquela "se refere às associações de humanos e não-humanos" (LATOUR: 2017, p. 358). Configuração, esta, que exige uma nova Constituição (ou ao menos uma emenda radical à Constituição), só que agora para estabelecer o "parlamento das coisas" – implodindo o bicameralismo liberal –, o que significa dizer que "as naturezas estão presentes, mas com seus representantes, os cientistas, que falam em seu nome. As sociedades estão presentes, mas com seus objetos que as sustentas desde sempre" (LATOUR: 2013, p. 142), pois – em verdade – não temos outra escolha, "se não mudarmos o parlamento, não seremos capazes de absorver as outras culturas que não mais podemos dominar, e seremos eternamente incapazes de acolher este meio ambiente que não podemos mais controlar" (LATOUR: 2013, p. 143). Trata-se, portanto, de uma mudança que compete unicamente aos humanos, os quais devem urgentemente mudar as suas formas de mudar, sob pena de se continuar historicamente remendando o que não pode ser remendado, e, sim, precisa ser totalmente reconfigurado, desde suas origens, permitindo-se novas bases de sustentação às novas e reconfiguradas estruturas que sobre elas serão apoiadas e, assim, sucessivamente.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita V. *Posse, propriedade e meio ambiente*: uma ponderação harmoniosa. 2012. 176 p. Tese (Doutorado em Direito Civil-Constitucional). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2011, p. 40. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_4bbc4c87281f67b9574d3017f38be586>. Acesso em: 21 jan. 2018.

CANITILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra, 2001.

CANITILHO, José Joaquim Gomes. *Direito público do ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*: interpretação e crítica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FRAZÃO, Luana. Oito países europeus enviam carta a Mourão sobre preocupações com a Amazônia. *CNN Brasil*, São Paulo, 16 set. 2020. Internacional. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/09/16/oito-paises-europeus-enviam-carta-a-mourao-sobre-preocupacoes-com-a-amazonia>. Acesso em: 30 out. 2020.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

IGLECIAS, Patrícia. *Direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

KLOEPFER, Michael. *A caminho do Estado ambiental?* A transformação do sistema político e econômico da República Federal de Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000077-93d7a94561/A%20Caminho%20do%20Estado%20Ambiental.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2019.

LATOUR, Bruno. *A esperança de pandora*: ensaios sobre a realidade dos estudos científicos. Traduzido por Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

LATOUR, Bruno. *A fabricação do direito*: um estudo de etnologia jurídica. Traduzido por Rachel Meneguello. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos*: ensaio de antropologia simétrica. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2013.

LATOUR, Bruno. *Onde aterrar?* Como se orientar politicamente no antropoceno. Tradução Marcela Vieira. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

LATOUR, Bruno. *Políticas da natureza:* como associar as ciências à democracia. Traduzido por Carlos Aurélio Mota de Souza. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

LEFF, Enrique. *A aposta pela vida*: imaginação sociológica e imaginários sociais nos territórios ambientais. Tradução João Batista Kreuch. Petrópolis: Vozes, 2016.

LEFF, Enrique. *Aventuras da epistemologia ambiental*: da articulação das ciências ao diálogo de saberes. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2012.

LEFF, Enrique. *A complexidade ambiental*. São Paulo: Cortez, 2003.

LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura*: a territorialização da racionalidade ambiental. Tradução Jorge E. Silva. Petrópolis: Vozes, 2009.

LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela; revisão de Paulo Freire Vieira. São Paulo: Cortez, 2001.

LEFF, Enrique. *Racionalidade ambiental*: a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental*: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, Poder. Petrópolis: Vozes/PNUMA, 2001.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NOGUEIRA-NETO, Paulo. *Uma trajetória ambientalista*: diário de Paulo Nogueira-Neto. São Paulo: Empresa das Artes, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental*: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

SERRES, Michel. *O contrato natural*. Tradução de Beatriz Sidoux. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

URBAN, Teresa. *Missão (quase) impossível*: aventuras e desventuras do movimento ambientalista no Brasil. São Paulo: Peirópolis, 2001.

URBAN, Teresa. *Saudade do matão*: relembrando a história da conservação da natureza no Brasil. Curitiba: UFPR; Fundação O Boticário de Proteção à Natureza; Fundação MacArthur, 1998.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico*: o novo paradigma da ciência. 10. ed. Campinas: Papirus, 2013.

VITORELLI, Edilson (organizador). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

AS ENERGIAS RENOVÁVEIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO E SUAS INTERFACES COM O ODS 7 DA ONU

Laura Magalhães de Andrade
Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
lauramagalhaes.adv@gmail.com

Mônica Gonçalves Aderne Freitas
Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
monicaaderne@yahoo.com.br

Resumo: Em 2015, 193 países, dentre eles o Brasil, firmaram os dezessete Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU. Dentre eles, o Objetivo 7 visa a "assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todas e todos". No mesmo ano, o governo brasileiro editou a Portaria MME nº 538, que institui o "Programa de Desenvolvimento da Geração Distribuída de Energia Elétrica", com objetivo de proporcionar a ampliação da geração de energia pela utilização de matriz renovável, especialmente a fotovoltaica, com a finalidade de reduzir custos de distribuição, reduzir a emissão de CO_2 na atmosfera e proporcionar uma mudança no modelo brasileiro, preponderantemente hídrico e de grandes redes de distribuição. Esse modelo, no entanto, tem enfrentado grandes dificuldades de implementação, inclusive, atualmente enfrentando sérios riscos de interrupção dos benefícios que lhes foram concedidos pela ANEEL. As dificuldades enfrentadas por esse modelo e os riscos da frustação da sua continuidade serão objeto de estudo deste trabalho, que também apontará a importância da sua preservação ante a necessidade de cumprimento do ODS 7, já mencionado.

Palavras chave: Objetivos do Desenvolvimento Sustentável; Energia solar: Gestão Institucional.

INTRODUÇÃO

A Energia limpa e acessível, certamente, é um objetivo sustentável de extrema relevância para que se garanta não só a preservação do meio ambiente, especialmente pela redução de emissão de CO_2 e outros gases de efeito estufa na atmosfera, como também para ser possível proporcionar uma vida digna a todos,

ainda mais na sociedade contemporânea, onde as principais relações sociais e de acesso à informação estão travadas por algum tipo de meio eletrônico.

Partindo dessa premissa, escolheu-se como objeto de investigação a análise do sistema de geração distribuída regulamentada pela Resolução nº 482/2012 da ANEEL em conjunto com a Portaria MME nº 538/2015, a fim de se confirmar se no Sistema Elétrico Brasileiro realmente já existe um ambiente propício para que os consumidores, o comércio e a indústria possam gerar sua própria energia a partir da utilização de fontes renováveis e se, nessa hipótese, os objetivos de acesso, não só no aspecto da possibilidade de utilização, mas também no de seu custo, atendem ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) de número sete da ONU.

Para se proceder a esse estudo, incialmente se analisará quais foram as contribuições da Resolução nº 482, da ANEEL, bem como da Portaria de nº 538/2015, do MME para a regulamentação da geração de energia distribuída dentro de um modelo sustentável com o objetivo de facilitar o acesso e o custo da energia elétrica no Brasil.

Após definido esse cenário normativo, passar-se-á a detectar quais são os desafios enfrentados pelos consumidores de energia que pretendem se utilizar desse modelo regulamentado, considerando especialmente as dificuldades de acesso da energia produzida para a rede própria de distribuição pertencente ao Sistema Interligado Nacional e, posteriormente, quando obtido o referido acesso, o risco, que é atual e iminente, de ter cessado o benefício de não pagar pelo uso dessa rede geral, o que comprometeria toda a economicidade de se optar pelo modelo em tela. Nesse escopo, verificar-se-á como a ANEEL tem enfrentado essas questões.

Definidos esse quadro geral, far-se-á, finalmente, um contraponto entre essa realidade vivenciada atualmente pelos geradores de energia distribuída com o ODS 7, considerando o direito à universalização da energia limpa e de custo acessível e a sua concepção como um direito humano inalienável.

Como métodos, serão analisadas as normativas mencionadas, além de alguns dados empíricos retirados de fontes oficiais que permitam dar uma noção acerca da matriz energética brasileira e da sua participação no desenvolvimento de geração de energia renovável e acessível.

Ao final, pretende-se confirmar a hipótese de que, apesar de o Brasil ser signatário dos 17 Objetivos Sustentáveis da ONU e ter uma Política de Geração

Distribuída de Energia Elétrica a partir de fontes renováveis, ainda há grandes desafios a serem vencidos para que realmente seja possível alcançar o ODS 7, com acesso para todos de energia limpa, renovável e de baixo custo.

1. Regulamento das micro e minigerações distribuídas

Em 17 de abril de 2012 entrou em vigor a Resolução 482/2012, da ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, que passou a "estabelecer as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuídas aos sistemas de distribuição de energia elétrica e o sistema de compensação de energia elétrica" (BRASIL, 2012), conforme previsto em seu artigo primeiro, cujo objetivo anunciado pela Agência era aliar economia financeira, consciência socioambiental e sustentabilidade.

Por essas regras, pretendia-se estimular o consumidor a gerar sua própria energia a partir de fontes limpas e renováveis, o que permitiria o adiamento de investimentos em expansão dos sistemas de transmissão e distribuição, a redução do impacto ambiental pela eliminação progressiva de gases de efeito estufa no ar; a redução no carregamento das redes; a minimização das perdas e a diversificação da matriz energética.

Esse modelo inovador e carregado de grandes expectativas deve seguir os regramentos estabelecidos pela ANEEL para que possa efetivamente virar uma realidade na geração de energia, ocupando o espaço esperado no quadro geral de fontes energéticas.

Para melhor compreensão dessa realidade é importante que iniciemos esse tema a partir da análise de alguns conceitos extraídos do art. 2º, da Resolução 482/2012, já com a redação atualizada pela Resolução 687, de 2015 e Resolução 786/2017:

> Art. 2º Para efeitos desta Resolução, ficam adotadas as seguintes definições:
> I - microgeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada menor ou igual a 75 kW e que utilize cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, ou fontes renováveis de energia elétrica, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras; (Redação dada pela REN ANEEL 687, de 24.11.2015.)

> II - minigeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada superior a 75 kW e menor ou igual a 5MW e que utilize cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, ou fontes renováveis de energia elétrica, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras; (Redação dada pela REN ANEEL 786, de 17.10.2017)
> III - sistema de compensação de energia elétrica: sistema no qual a energia ativa injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída é cedida, por meio de empréstimo gratuito, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa.

Com esses conceitos é possível definir algumas características dessa modalidade de geração de energia, como a de ser de iniciativa do consumidor; a de estar limitada a quantidade de energia estabelecida pela Resolução; e a de se dar por meio de uma cogeração qualificada, conforme definido na resolução da ANEEL, ou por meio da utilização de fontes renováveis de energia elétrica, que estarão conectadas à rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras.

Verifica-se, ainda, que a energia gerada pelo consumidor brasileiro pode ser não só utilizada para seu abastecimento pessoal, como também pode ser o excesso distribuído na rede de transmissão de sua localidade, o que irá lhe gerar créditos perante a distribuidora, que poderão ser compensados em sua conta de energia elétrica ou nas contas de outras unidades previamente cadastradas e por ele indicadas, no prazo de até 60 meses, para custear aquele consumo que se der nos momentos em que as placas solares não estiverem gerando energia em função de condições climáticas.

Esse sistema de compensação de energia elétrica permite que o excedente produzido possa ser integralmente aproveitado em outro momento, sem que o micro e minigerador tenham que suportar qualquer custo por esse armazenamento da energia pela distribuidora ou pela utilização da rede de transmissão.

Dentro desse cenário surgem algumas questões importantes que merecem ser analisadas: a primeira prende-se ao fato de que o acesso das unidades produtoras de energia fotovoltaica, no modelo previsto na Resolução 482, da ANEEL, deve ocorrer a partir da sua conexão com o sistema de distribuição já existente, cabendo a essa unidade o custeio dessa ligação; e a segunda está no desencontro de interesses entre as concessionárias de serviço público e os consumidores em geral no tocante à utilização da distribuição e

transmissão pelos micro e minigeradores de energia sem nenhum custo, o que ensejaria, segundo informa a ANEEL, a necessidade de redistribuição do referido para aqueles consumidores que não geram sua própria energia, situações que envolvem várias vertentes que serão a seguir abordadas.

Por meio Portaria MME nº 538/2015 fica criado o Programa de Desenvolvimento da Geração Distribuída de Energia Elétrica, com objetivo principal de criar mecanismos simplificados de geração e comercialização de energia limpa, especialmente, a fotovoltaica, nos seguintes termos:

> Art. 1º Criar o Programa de Desenvolvimento da Geração Distribuída de Energia Elétrica - ProGD, com os seguintes objetivos:
> I - promover a ampliação da geração distribuída de energia elétrica, com base em fontes renováveis e cogeração;
> II - incentivar a implantação de geração distribuída em:
> a) edificações públicas, tais como escolas, universidades e hospitais; e
> b) edificações comerciais, industriais e residenciais.
>
> Art. 2º O ProGD compreende a geração distribuída dos sistemas elencados a seguir:
> I - geração distribuída de que trata o art. 2º, § 8º, alínea "a", da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, observado o disposto nos arts. 14, 15, §§ 3º e 4º, do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004; e
> II - microgeração e minigeração distribuída, definida conforme regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

Veja-se que apesar do termo "Geração Distribuída" não ser novo na legislação brasileira, tendo sido definido pela primeira vez no art. 14, do Decreto 5.163/2004, como aquela que era proveniente de concessionárias e permissionárias que estavam diretamente conectadas com o sistema elétrico de distribuição do comprador, passa a ter uma nova feição com a Portaria nº 538, do Ministério de Minas e Energia, deixando claro que seus objetivos estavam na propagação da geração de energia de pequeno porte, que pudesse ser produzida pelo consumidor e, ainda, injetada na rede de distribuição.

Com a finalidade de dar efetividade aos seus objetivos, a Portaria cria um Grupo de Trabalho, cuja tarefa era promover estudos de natureza técnica, na qual seriam considerados aspectos regulatórios, financeiros, fiscais, dentre outros, cabendo ao mesmo, ao final de 90 dias contados da publicação da norma, entregar um relatório completo ao Ministro de Minas e Energia, apontando os caminhos que deveriam ser seguidos para a propagação da geração distribuída no modelo previsto.

O Grupo de Trabalho seria formado por especialistas, não só da área pública, mas também da área privada, ligados a associações e empresas, que poderiam ser convidadas, desde que tivessem conhecimentos específicos sobre o tema.

> Art. 4º Instituir Grupo de Trabalho, no âmbito do ProGD, para atender aos objetivos previstos no art. 1º.
> § 1º O Grupo de Trabalho previsto no caput será composto por representantes, titulares e suplentes, dos Órgãos e Entidades abaixo indicados, na seguinte forma:
> I - cinco representantes do Ministério de Minas e Energia, ao qual caberá a indicação do coordenador do Grupo de Trabalho;
> II - dois representantes da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL;
> III - dois representantes da Empresa de Pesquisa Energética - EPE;
> IV - dois representantes do Centro de Pesquisas de Energia Elétrica - CEPEL; e
> V - dois representantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.
>
> § 2º O prazo para conclusão dos trabalhos será de noventa dias, contados da data de instalação do Grupo de Trabalho.
>
> § 3º Ao final das suas atividades, o Grupo de Trabalho deverá apresentar relatório final ao Ministro de Estado de Minas e Energia.
>
> § 4º O Grupo de Trabalho poderá convidar representantes de outros Órgãos, Associações ou Empresas quando for necessário ao desenvolvimento dos trabalhos.
>
> § 5º As ações a serem desenvolvidas pelo Grupo de Trabalho deverão incluir o estudo de mecanismo simplificado para a comercialização de geração distribuída no Ambiente de Contratação Livre - ACL.
>
> § 6º As despesas relacionadas à participação dos representantes e convidados correrão a conta de dotações orçamentárias das respectivas organizações que representam.

No Relatório final apresentado pelo GT[1], formado por integrantes do Ministério de Minas e Energia, da Agência Nacional de Energia Elétrica, da Empresa de Pesquisa Energética — EPE, do Centro de Pesquisas de Energia Elétrica — CEPEL e da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, foram

[1] BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Disponível em: <6dac9bf7-78c7-ff43-1f03-8a7322476a08 (mme.gov.br)>. Acesso em: 18 out. 2020.

apresentadas várias considerações de extrema importância discutidas no âmbito dos subgrupos de financiamento, comercialização e edificações públicas, relacionadas com os impactos na rede, problemas a resolver, relacionados com a variação de tensão, falta de profissionais especializados, necessidade de financiamento do setor, redução dos impactos tarifários; e benefícios que poderiam ser alcançados, dentre os quais destacamos o potencial de oferecer melhorias no sistema, como a redução das perdas, a criação de micro redes e a operação compartilhada, além de ser viável o Sistema de Compensações, sendo possível utilizar recursos dos programas já em andamento sobre eficiência energética, e reconhecendo a possibilidade dessa estrutura de geração distribuída em boa parte das universidades e prédios públicos.

Esse é o cenário normativo e técnico possível de ser extraído tanto da Resolução nº 482, da ANEEL, como pela Portaria nº 538, do Ministério de Minas de Energia, cuja essência está no estímulo e propagação da mini e microgeração de energia elétrica a partir de fontes renováveis, especialmente a fotovoltaica. Passaremos, agora, a abordar alguns problemas e entraves objetivos que vêm sendo enfrentados por aqueles que se pretende valer desse modelo de geração de energia.

2. Do acesso dos micros e minigeradores à rede de distribuição

Inicialmente, é importante que se entenda que apesar de ser possível que o consumidor gere sua própria energia se utilizando de fontes renováveis, ele dependerá da rede de distribuição de energia elétrica, já existente, para poder colocar o excesso de energia que ele produz e para se utilizar da energia elétrica da rede no momento em que a energia solar não for suficiente ou não estiver disponível, modelo que foi denominado como geração distribuída. Por isso, é indispensável a conexão das micro e minigeradoras de energia à rede de distribuição de energia elétrica.

Para viabilizar a concretização desse objetivo e atendendo ao que dispõe o art. 3º, da Resolução n. 482/12, a ANEEL editou normas técnicas para que as distribuidoras de todo o país pudessem se adequar a essa nova realidade, permitindo o acesso das unidades de micro e minigeração distribuídas às redes por ela administradas:

> Art. 3º As distribuidoras deverão adequar seus sistemas comerciais e elaborar ou revisar normas técnicas para tratar do acesso de microgeração

> e minigeração distribuída, utilizando como referência os Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST, as normas técnicas brasileiras e, de forma complementar, as normas internacionais.

Várias normativas foram aprovadas, sendo a Resolução nº 724, de 2016, da ANEEL, a última norma de atualização, que aprovou as revisões dos Módulos 3 e 5 dos Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST, alterando as Resoluções Normativas nº 395/2009, nº 414/2010 e nº 506/2012, que define na seção 3.1, dos procedimentos de acesso, no item 2, intitulado ASPECTOS GERAIS DAS ETAPAS PARA VIABILIZAÇÃO DO ACESSO, subitem 2.1, em que "As etapas que constituem os procedimentos de acesso ao sistema de distribuição são: consulta de acesso, informação de acesso, solicitação de acesso e parecer de acesso".

A fim de garantir maior objetividade, vamos tratar apenas da primeira fase que é a formulação da consulta de acesso, que deve ser feita pelas geradoras de energia e que é a fase na qual se encontra a questão apontada como problema a ser enfrentado. Nesse documento deverá ser solicitado à distribuidora que informe as condições de acesso à rede, considerando o mínimo custo global para que possa haver a conexão.

> 3.1.2 No caso do item 3.1.1, a informação de acesso é o documento por meio do qual a distribuidora acessada apresenta a alternativa de conexão da central geradora, selecionada de acordo com o critério de mínimo custo global, e esclarece os procedimentos a serem seguidos pela central geradora para posterior formalização da solicitação de acesso.

Essa resposta, a ser dada pela distribuidora de energia da localidade, será de extrema importância para a construção ou não da unidade geradora de energia elétrica a partir das fontes renováveis, no formato na micro ou minigeração distribuída, na medida em que nas informações de acesso estarão incluídos os custos para a conexão dessa unidade produtora na rede de distribuição e, dependendo do custo, o projeto em si torna-se inviável, considerando que tal custo deve ser suportado pelas unidades geradoras, como prevê o art. 5º, da Resolução nº 482, da ANEEL:

> Art. 5º Quando da conexão de nova unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída, ou no caso do §2º do art. 4º, aplicam-se as regras de participação financeira do consumidor definidas

em regulamento específico. (Redação dada pela REN ANEEL 517, de 11.12.2012.)

Considerando essas definições e conceituações iniciais é possível concluir que o custo da conexão das novas unidades de micro e minigeração de energia variará em função da proximidade ou da distância das redes de distribuição já existentes, já que os custos que as geradoras terão que participar estão exatamente relacionados com o que será necessário gastar para levar a fonte geradora renovável até a rede já existente.

Assim, levar energia limpa e sustentável a menor custo para as regiões mais distantes dos sistemas de distribuição já existentes continua a ser uma dificuldade a ser enfrentada, na medida em que o custo com postes, cabeamentos e todos a estrutura de conexão provavelmente serão incompatíveis com a proposta de micro ou minigeração, de atendimento de pequenos grupos de consumidores de energia, frustrando, assim, o projeto em todas as suas propostas iniciais de democratização de acesso e de incremento das fontes renováveis no cenário de matriz energética do país.

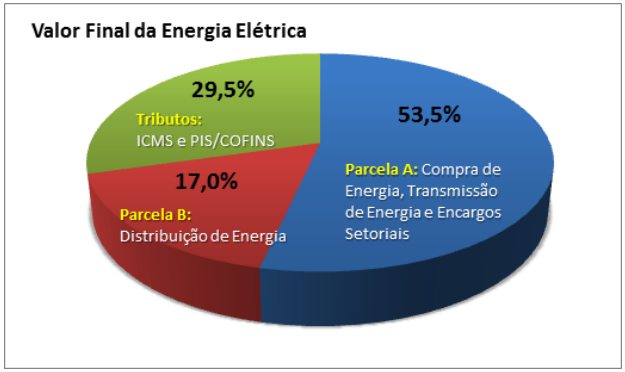
Segundo a dados divulgados pela Empresa de Pesquisa Energética[2], o percentual de composição de energia solar e eólica, juntas, atingem 6,9% da matriz energética do país, o que é muito pouco, considerando as características naturais do nosso país.

Além do aspecto ambiental e outros já mencionados, com esse novo modelo de geração distribuída será possível também obter uma redução das contas de consumo, considerando não só a diversidade da fonte de abastecimento, que viabilizaria a necessidade de se lançar mão das termoelétricas que possuem um custo bem mais alto, como também pelo fato da geradora estar mais próxima do local de consumo, o que reduz a necessidade de uma grande extensão de redes de distribuição e diminui o desperdício de energia na transmissão, gerando custos que são repassados para os consumidores finais, com demonstra a seguinte composição de preço[3]:

[2] BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. Disponível em: <http://www.epe.gov.br)>. Acesso em 20 out. 2020.

[3] BRASIL. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/conteudo-educativo>. Acesso em: 20 out. 2020.

Figura 1 – Valor final da Energia Elétrica



Fonte: ANEEL, 2020.

Como se vê, além da redução de encargos sobre a conta de consumo, o que proporcionaria o barateamento do custo da luz, há o aspecto da democratização do acesso a essa modalidade de energia, de fonte renovável e menos onerosa que poderia ser levada até aqueles locais mais afastados dos grandes centros urbanos, proporcionando a sua utilização em maior escala, não só como meio de subsistência mais digna, mas também garantindo maior acesso à informação, a educação e até mesmo proporcionando o desenvolvimento de uma atividade econômica familiar.

Assim, tão importante quanto criar normas que possibilitem que o consumidor produza sua energia, até mesmo para ser compartilhada com outros pequenos consumidores, e com injeção do excesso na rede, com foco a fazer valer todas aquelas premissas e princípios de eficiência energética e sustentabilidade, é pensar em meios que possam proporcionar uma redução de custos do acesso à rede de distribuição pelos micros e minigeradores de energia que se encontrem mais distantes das redes de distribuição.

Para que seja possível alcançar os objetivos previstos pela ANEEL, enquanto agência reguladora do setor elétrico, de democratização do acesso às redes e da expansão da base limpa e renovável de energia é indispensável que seja pensada alguma forma de subsídio. Nesse passo, na seção seguinte vamos apresentar o que a ANEEL vem realizando para a consecução de suas finalidades.

3. Do cenário atual perante a ANEEL

Estão sendo realizadas inúmeras audiências públicas pela agência reguladora, com a finalidade de obter sugestões e explanações acerca das alternativas que devem ser tomadas para a questão específica da utilização das usinas de micro e minigeração de energia da rede de distribuição e transmissão, sem estarem obrigadas a pagar pelos encargos do setor relativos ao uso de tais redes.

Representantes da ANEEL informam que é necessário preservar o interesse das distribuidoras, que precisam ter a garantia de que seus custos básicos com a manutenção da rede não serão abalados, já que as mesmas tem afirmado que não são adequadamente remuneradas, porque só aqueles que não geram sua própria energia pagam pelo sistema de distribuição, diante da desoneração dos micros e minigeradores de energia destes custos setoriais.

Além dessa questão, é trazido também como um ponto sensível o fato de se alegar que o custo da utilização da rede, que não é sustentado pelos micros e minigeradores de energia, estaria sendo repassado para os demais consumidores finais que não estão nessa situação de gerar sua própria energia.

Diante dessa situação de suposto prejuízo para as distribuidoras, foram propostas pela ANEEL, na audiência pública acima mencionada, cinco alternativas de composição para além da possibilidade de manutenção do quadro atual, nos seguintes moldes:

Alternativa 01: o consumidor pagaria pelo transporte da energia que foi consumida - que representaria 28% do Kw/h, o que representaria a devolução de 72% do que está armazenado com a distribuidora;

Alternativa 02: o consumidor pagaria por todo o transporte, na distribuição e na transmissão, o que representaria 34% do quilowatt hora utilizado, restando 66% de devolução que está armazenado com a distribuidora;

Alternativa 03: estariam incluídos o transporte integral e encargos, o que representaria 41% do kw/h, restando para devolução o equivalente a 59% que está armazenado com a distribuidora;

Alternativa 04: seriam incluídas também as perdas de energia no transporte, passando a representar 49% do kw/h, o que representaria a devolução de 51% que está armazenado com a distribuidora;

Alternativa 05: o consumidor paga toda a tarifa, apenas retirando a energia consumida, o que representaria 63% do KW/h, devolvendo-se apenas 37% que está armazenado com a distribuidora.

Outra justificativa apresentada pelos representantes da ANEEL está no fato de a geração distribuída acarretar uma redução de mercado da distribuidora e consequente redução da remuneração da concessionária e, ainda, um aumento de custo para os demais consumidores.

Buscando encontrar alternativas para a mudança do modelo atualmente vigente, a ANEEL promoveu a Consulta Pública 25/2019, na qual apresenta vários argumentos técnicos para justificar a necessidade de revisão no modelo de compensação de energia criado pela Resolução n. 482/2012.

A partir desse ato, o representante do Ministério Público junto ao TCU promoveu uma representação, apontando a inadequação do teor da proposta da Consulta Pública 25/2019, argumentado, em síntese, que a proposta viola os princípios da segurança jurídica, proteção da confiança legítima e da boa-fé dos administrados, que investiram nos sistemas de geração distribuída, na medida em que a consulta pública pretendida modificar, de forma abrupta, a Sistemática de Compensação de Energia Elétrica (SCEE).

Aponta que, em alguns casos, a proposta de alteração contida na referida audiência pública, que pretendida extinguir a compensação integral, substituindo-a por compensação parcial, poderia representar perdas de até 63% para o consumidor que instalou sistema de geração distribuída, comparando-se com o cenário atual. Argumenta, ainda, o potencial de tais mudanças em causar danos à União, decorrentes de medidas judiciais que poderiam ser propostas por aqueles que tiveram significativos gastos para ingressar na geração distribuída e foram surpreendidos com tais mudanças repentinas.

Sem falar no desestímulo à instalação de novos sistemas de geração de energia solar no Brasil, que prejudicaria a efetivação do compromisso constitucional estabelecido no art. 225, *caput*, da CF, com a previsão de que todo cidadão tem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, além da fragilização dos mecanismos que garantem a diversificação da matriz energética brasileira por meio de fontes de energia renováveis.

No entanto, diversamente do esperado, o TCU – Tribunal de Contas da União - desconsiderou todos os argumentos de ordem ambiental e de estímulo à propagação da geração de energia sustentável, além dos prejuízos que seriam

gerados para aqueles que decidiram investir nessa modalidade de produção, sob os seguintes argumentos[4]:

> 153. As alegações devem ser consideradas improcedentes. Não há que se falar em violação aos princípios da segurança jurídica, boa-fé ou confiança legítima, eis que, diferentemente do que foi alegado, a mudança proposta pela agência regulatória na consulta pública não é abrupta, pois que já sinalizada pela ANEEL desde 2015.
> 154. Ademais, a proposta da agência tende a corrigir os efeitos colaterais e as externalidades negativas ocasionadas pela geração distribuída e pela regulamentação ora em vigor, as quais exigem urgente mudança do modelo, que, conforme ficou demonstrado, é insustentável e socialmente injusto.
> 155. Também não foram observados vícios de caráter procedimental na consulta pública que pudessem ensejar sua invalidação. Conforme ficou evidenciado na instrução preliminar da SeinfraElétrica (peça 20), desde 2010, todo o histórico da regulamentação da geração distribuída no Brasil foi devidamente documentado e publicizado de modo amplo e irrestrito, por vários meios, inclusive o sítio eletrônico da ANEEL.
> 156. Posteriormente, constatou-se que o sistema de compensação de energia (SCEE) foi estruturado com base em diferenciação tarifária sem a necessária previsão legal, violando o art. 13 da Lei 8.987/1994, bem como o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição Federal.
> 157. Eventual política de incentivo à geração distribuída que envolva subsídios tarifários deverá ser estabelecida por lei formal, nos termos do art. 175, parágrafo único, III, da Carta Magna, devendo deixar transparente quem custeia e quem se beneficia dessa política.
> 158. No exercício do controle de segunda ordem, cabe a esta Corte de Contas determinar à ANEEL que adote providências no sentido de corrigir a diferenciação tarifária ilegal.

Como consequência dessas ponderações, verificou-se que não só não foram acatadas as razões lançadas pelo Ministério Público em suas representações, como também ficou estabelecido o seguinte:

> Isso posto, em atendimento ao art. 13 da Lei 8.987/1994 c/c o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição Federal, acato a proposta de determinação à agência regulatória para que **adote, no prazo de 90 dias, as providências necessárias para retirar a diferenciação tarifária percebida entre consumidores de energia elétrica**, promovida em função de sua adesão, ou não, ao sistema de compensação de energia elétrica (SCEE) contido na Resolução ANEEL 482/2012, caracterizada

[4] BRASIL. TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2020.

> pelo repasse de custos e encargos do setor elétrico de forma desigual aos consumidores, com oneração àqueles que não aderiam ao tal sistema de compensação (grifamos).

A ANEEL, desde já e durante esse período de transição, dê transparência, em seu sítio eletrônico na internet, aos subsídios cruzados gerados em decorrência da Resolução 482/2019, em linguagem acessível ao público leigo, destacando o aumento ocasionado nas suas contas de energia elétrica em decorrência da interligação das GDs à rede de distribuição.

Certamente, nessa apreciação feita pelo Tribunal de Contas da União a preservação do ambiente pela geração de energia renovável e a diversificação da matriz energética em momento algum preponderaram, eis que diversas óticas de cunho legalista e econômico prevaleceram, a despeito de todas as considerações lançadas no caso pelo representante do Ministério Público e da própria ANEEL. Vejamos trecho das conclusões lançadas pela Relatora Ana Arraes:

> Desde a edição da resolução, o mecanismo de compensação criado constituiu incentivo para a implantação da geração distribuída no Brasil, que, **a despeito de promover a sustentabilidade ambiental, não remunera adequadamente o uso do sistema de distribuição, transferindo custos para os usuários que optaram por não instalar a geração própria**. Além disso, há outros efeitos colaterais do sistema de compensação, descritos adiante. (grifamos).

Importante destacar que esse acórdão, cujo teor segue abaixo, foi julgado no dia 18/11/2020, criando, portanto, um cenário muito recente para o qual ainda são desconhecidos os efeitos, tanto na esfera administrativa, como, eventualmente, em uma esfera judicial e, principalmente, na propagação da geração distribuída a partir de fontes renováveis.

> SUMÁRIO: Representação DO Ministério Público junto ao TCU. Consulta Pública ANEEL 25/2019. Alteração da Resolução ANEEL 482/2012, que regula a micro e a minigeração distribuídas de energia elétrica. Violação aos PRINCÍPIOS da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé. Conhecimento. Improcedência. Diferenciação Tarifária para consumidores que aderiram, ou não, Ao sistema de compensação de energia elétrica. Violação ao disposto no art. 13 da Lei Geral de Concessões. DETERMINAçÃO À ANEEL PARA CORREÇÃO DA DIFERENCIAÇÃO TARIFÁRIa. Preservação dos atos constituíDOS. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. RECOMENDAÇÃO À ANEEL PARA QUE DÊ TRANSPARÊNCIA AOS SUBSÍDIOS CRUZADOS.

Assim, verifica-se que ainda é necessário muitos outros debates, inclusive, junto à sociedade civil e à instituições e associações afetas ao tema para que seja possível se reconstruir um cenário que possa efetivamente estar comprometido com a consecução do ODS 7, especialmente quanto à geração da energia fotovoltaica nesse modelo de geração distribuída. Por isso, discutir a universalização do acesso à energia elétrica, bem como a utilização de energias alternativas é fundamental e será feito na seção a seguir.

4. Universalização do acesso à energia elétrica, as fontes limpas e renováveis e o ODS 7

O Brasil possui inúmeros projetos de universalização de acesso à energia elétrica pelo país, voltados especialmente para o atendimento de regiões não atendidas pelo Sistema Interligado Nacional (SIN), especialmente na região Norte, dos quais podemos citar o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA e o Programa LUZ PARA TODOS, instituído pelo Decreto 7.520/2011, destinado a propiciar o atendimento com energia elétrica à parcela da população do meio rural que não possua acesso a esse serviço público.

Dentro desse cenário de universalização de acesso à rede elétrica é que deve ser concebido o Programa de Geração Distribuída de Energia Elétrica – ProGD, criado pela Portaria MME nº 538, de 15.12.2015, cujos objetivos não deixavam dúvidas acerca do desejo de se expandir a rede de mini e microgeração distribuída a partir de fontes renováveis, já objeto da Resolução nº 482, da ANEEL, sendo de fundamental importância que seja considerado o princípio da universalização como um vetor de ação que deverá guiar todas as ações que apresentam esse fim em comum de levar energia limpa e acessível para todos.

É justamente o que deveria ser considerado pelo Governo Federal, por meio do Ministério de Minas e Energia, que acaba por ter vários programas de eficiência energética e de acesso à mesma por uma população mais carente e distante, que poderiam estar mais interligados no sentido de assegurar o acesso universal e maior eficiência, evitando desperdícios e perda de tempo na implementação do ODS 7 aqui em território nacional.

Cumprindo-se o objetivo de desenvolvimento sustentável da ONU de número sete se identifica que o cenário ideal deve ser a conjunção do acesso de todos a energia, a fim de garantir uma vida mais digna e integrada com novos

meios de educação, informação e produção, com o acesso a uma energia limpa e renovável capaz de garantir maior eficiência energética, redução e custos e sustentabilidade.

No Brasil, apesar de ter ocorrido avanços importantes na expansão das redes elétricas e de difusão de sistemas de geração de eletricidade autônomos em regiões distantes, em decorrência da execução do Programa Luz para Todos, verifica-se que, ainda, subsistem questões sérias que precisam ser resolvidas para conter o avanço dos combustíveis fósseis, bem como para baratear as contas de consumo.

Sem se equacionar essas duas vertentes relativas ao acesso e à difusão das fontes de energia renováveis como uma alternativa para o consumidor final, não se alcança a meta de universalização de acesso que pressupõe não apenas a disponibilidade da energia em sua casa, mas também uma energia que possa ser mais adequada à preservação do meio ambiente e com menos custo.

Complementando a ideia de que teria o consumidor final, enquanto usuário do serviço público, direito de não só ter acesso físico a luz, como também à escolha de se utilizar de uma energia limpa e sustentável e de menor custo, cabem maiores considerações a respeito da efetivação do cumprimento do ODS 7 da ONU. Antes, porém, de esmiuçarmos, ainda que em breves palavras, as especificidades do ODS 7, cabe traçar um simples panorama contextual dos ODS e da Agenda 2030.

Na sede das Nações Unidas em Nova York reuniram-se os 193 Estados-membros da ONU, de 25 a 27 de setembro de 2015, momento em que a Organização comemorava seu septuagésimo aniversário. Neste ato, foi assinada a agenda intitulada "Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável" e nela foram definidos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), com 17 objetivos e 169 metas, como parte de uma nova agenda de desenvolvimento sustentável que visa dar continuidade, mas de forma mais ampliada, ao trabalho dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)[5]. A agenda reflete os novos desafios de desenvolvimento e está ligada ao resultado da Rio+20 – a Conferência da ONU sobre Desenvolvimento Sustentável – que foi realizada em junho de 2012 no Rio de Janeiro.

[5] Para conhecer todos os eventos ambientais internacionais que culminaram na Agenda 2030, como os ODM, ver a obra de Laura Magalhães, "*Derecho a la Educación Ambiental*" (2019).

Em suma, foi firmado o compromisso de que, entre os anos de 2015 e 2030, acabe-se com a pobreza e a fome em todos os lugares; combatam-se as desigualdades dentro e entre os países; a construção de sociedades pacíficas, justas e inclusivas; a proteção dos direitos humanos; a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas; além de assegurar a proteção duradoura do planeta e seus recursos naturais.

Dentre os objetivos mencionados destaca-se, neste estudo, o ODS 7, "objetivo que clama para que seja assegurado o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia, para todo(a)s. Energia é fundamental tanto para o cumprimento da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável como para o Acordo de Paris sobre mudança do clima" (ONUBR, 2018, p. 06).

As metas propostas para o ODS 7 são as seguintes[6]:

> 7.1 - Até 2030, assegurar o acesso universal, confiável, moderno e a preços acessíveis a serviços de energia.
> 7.2 - Até 2030, aumentar substancialmente a participação de energias renováveis na matriz energética global.
> 7.3 - Até 2030, dobrar a taxa global de melhoria da eficiência energética.
> 7.a - Até 2030, reforçar a cooperação internacional para facilitar o acesso à pesquisa e tecnologias de energia limpa, incluindo energias renováveis, eficiência energética e tecnologias de combustíveis fósseis avançadas e mais limpas, e promover o investimento em infraestrutura de energia e em tecnologias de energia limpa.
> 7.b - Até 2030, expandir a infraestrutura e modernizar a tecnologia para o fornecimento de serviços de energia modernos e sustentáveis para todos nos países em desenvolvimento, particularmente nos países menos desenvolvidos, nos pequenos Estados insulares em desenvolvimento e nos países em desenvolvimento sem litoral, de acordo com seus respectivos programas de apoio.

Dos indicadores disponibilizados pelo ODSBrasil (página do governo federal brasileiro) para cada uma das metas acima transcritas, destaca-se que, para a meta 7.1, cerca de 90% (noventa por centro) da população brasileira possui acesso à energia limpa, sendo que o indicador 7.1.2 – "Percentagem da população com acesso primário a combustíveis e tecnologias limpos" – define como "energia limpa" aquela que "utiliza combustíveis limpos (exceto carvão, lenha e

[6] Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Portal do Governo Brasileiro. ODS 7. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/objetivo/objetivo?n=7>. Acesso em: 28 nov. 2020.

querosene)"[7], o que abre muito o espectro de interpretação – englobando as hidroelétricas, que provocam graves danos ambientais na sua implantação e operação - e que, na realidade, não se coaduna com a proposta de energias efetivamente limpas e renováveis preconizada pela ONU, que contempla, necessariamente, a energia eólica e a fotovoltaica, sendo que estas compõem, na realidade, apenas 6,9% da matriz brasileira (como apresentado na seção 2 deste trabalho).

Desse modo, demonstra-se que a universalização do acesso a energias verdadeiramente limpas está prejudicada, seja pela falta de condições de custeio dos consumidores, seja pelo posicionamento do governo atual de desconsiderar elementos ambientais essenciais para a consecução das inúmeras normas apresentadas e que, por si, em teoria, já contribuiria substancialmente para a garantia de acesso a partir de fontes limpas e renováveis.

Não podemos esquecer, por fim, que a falta de acesso à energia pode implicar em "pobreza de energia", que é a falta de acesso aos serviços energéticos modernos e é importante questionar quem é atingido por essa "pobreza de energia". A desigualdade (que é tema do ODS 11) é um dos principais desafios da atualidade e muitos projetos, ao se dizerem neutros, perpetuam estruturas de desigualdade e exclusão, como as provocadas pelos altos custos impostos aos micro e minigeradores de energia, como já salientado.

CONCLUSÕES

Parece de mediana clareza que ainda há muitas conquistas a serem alcançadas, mas temos uma base constitucional, principiológica e normativa que pode ajudar a construção de um cenário que favoreça o real cumprimento do ODS 7, de modo a alcançar a eficiência energética necessária, não só no aspecto da redução de desperdícios e de efetividade na transmissão, mas principalmente no fortalecimento da diversificação da matriz energética e do acesso a todos.

Por essa razão, todas as questões sensíveis aqui trazidas devem ser enfrentadas com transparência perante a sociedade civil e diante de especialistas do assunto, considerando não só os pontos aqui abordados, mas também

[7] Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Portal do Governo Brasileiro. ODS 7. Indicador 7.1.2. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/objetivo7/indicador712>. Acesso em: 28 nov. 2020.

considerações específicas, tais como o fato dos consumidores da energia limpa, gerada a partir do modelo de micro e minigeração distribuída, não deixarem de ter contas de consumo que são enviadas pelas distribuidoras locais para pagar, nas quais se encontram os encargos setoriais e o fato de que tais custos a serem repassados para os demais consumidores poderiam ser realocados em outros programas de universalização de acesso e de eficiência energética.

O importante é que um debate de intensa densidade social e ambiental não fique adstrito apenas ao alcance econômico, não de perdendo o foco de que o estímulo da propagação desse modelo de geração distribuída, baseada em fonte limpa e renovável, está apoiada em valores como o da consciência socioambiental, sustentabilidade, redução do impacto ambiental pela eliminação progressiva de CO_2 no ar; a redução no carregamento das redes; a minimização das perdas e a diversificação da matriz energética e democratização do acesso.

Assim, não restam dúvidas da importância e essencialidade de que se estabeleça uma discussão crítica e aprofundada, considerando todos esses valores de aumento da matriz energética, a partir de fontes limpas e renováveis, por se tratar de um compromisso público, transindividual e transnacional que deve envolver a todas as nações como forma de manutenção de um bioma mais equilibrado e de melhor acessibilidade para as gerações futuras.

Dentro dessa agenda de debates é fundamental que se traga não apenas essa questão dos custos e do equilíbrio contratual em cotejo com o equilíbrio do meio ambiente, como também que se abordem quais seriam os instrumentos, levando em consideração essas duas mesmas variáveis, para se assegurar a propagação dos modelos de micro e minigeração de energia para as regiões mais distantes dos centros de distribuição, para que a adoção desse modelo possa ser realmente uma opção.

Sem falar de outros efeitos mediatos que são gerados a partir desses incentivos, como o aumento do volume de emprego e de negócios, que incrementam o crescimento da indústria nacional de placas solares e acarretam aumento da renda e maior circulação de dinheiro na economia, além de proporcionar uma redução crescente dos episódios de "apagões" em períodos de maior estiagem, que acabam por atrair o funcionamento, em maior escala, das termelétricas com o aumento do preço para o consumidor final.

REFERÊNCIAS

BRASIL. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução nº 482, de 17 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/bren2012482.pdf >. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução nº 687, de 24 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/REN482_Micro e minigeracao>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução nº 786, de 17, de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/ren2017786.pdf >. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Consulta Pública nº 25, de 28 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/Contribuicao_MCE_CP25_19.docx>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. Disponível em: MATRIZ ENERGÉTICA (epe.gov.br)

BRASIL – Ministério de Minas e Energia. Portaria MME nº 538, de 15.12.2015. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Decreto 5.163/2004, de 30 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2020

BRASIL. TCU – Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/ANEEL/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/3/%2520?uuid=9a0d34c0-3302-11eb-916e-23e785ce14e0>. Acesso em: 18 out. 2020.

MAGALHAES DE ANDRADE, L. *Derecho a la Educación Ambiental*: una referencia teórica, legislativa y práctica en Brasil. Almería: Editorial Círculo Rojo, 2019. ISBN: 9788413179568.

ODSBRASIL. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Portal do Governo Brasileiro. ODS 7. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/objetivo7/>. Acesso em: 28 nov. 2020.

ODSBRASIL. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Portal do Governo Brasileiro. ODS 7. Indicador 7.1.2.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, *SMART CITIES* E ODS: interfaces e contrapontos no cenário mundial contemporâneo

Laura Magalhães de Andrade
Universidade Federal Fluminense
lauramagalhaes.adv@gmail.com

Pedro Fontes de Paula
Universidade Presbiteriana Mackenzie
pefon57@gmail.com

Resumo: A tecnologia vem sendo aplicada na vida de todos, de modo indistinto. Dentro desse contexto, projetos de *Smart Cities,* aquelas cidades que utilizam - em geral - dispositivos para monitorar e gerenciar as ruas e espaços públicos da cidade, estão sendo discutidos e implementados por todo o mundo. Utilizando-se da tecnologia da informação, as cidades podem concluir uma transição às metas de desenvolvimento sustentável e, para tanto, diversos recursos estão à disposição do Poder Público para auxiliá-los nesse percurso, como a Internet da Coisas (IOT) e a Inteligência Artificial (IA). O presente trabalho, ainda de caráter inicial, tem como problema de pesquisa a viabilidade da utilização da IA em *Smart Cities,* no contexto da Agenda 2030 da ONU, mais especificamente em seus ODS 8, 9 e 11. Como hipótese, entende-se que a IA é um instrumento aliado do ser humano, porém, seu uso deve ser cauteloso, de forma a evitar consequências contrárias a tais objetivos. Para cumprir com os procedimentos metodológicos, parte-se de uma análise documental e teórica, nacional e internacional, e a partir delas será feita uma análise dedutiva, com o método qualitativo de pesquisa. Como resultados, observar-se-á que a utilização de Inteligências Artificiais pode ajudar o Poder Público na tarefa do desenvolvimento de *Smart Cities* no entanto, deve atentar para os preceitos fundamentais de direitos humanos e do ferramental oferecido pelos ODS.

Palavras-chave: Inteligência artificial; *Smart Cities*; Desenvolvimento sustentável; ODS; Agenda 2030.

INTRODUÇÃO

A tecnologia passou a fazer parte do cotidiano mundial a partir dos anos 1970 do século passado. No cenário contemporâneo, dominam as relações

humanas, notadamente nas suas diversas interações dentro do complexo vivo das cidades. Segundo a ONU, atualmente 55% da população mundial vive em áreas urbanas e a expectativa é de que esta proporção aumente para 70% até 2050[1]. Dentro desse contexto, contamos com a Inteligência Artificial (IA) como importante ferramenta, ainda mais dentro do que se convencionou chamar *Smart Cities*, cujos conceitos e interfaces serão apresentados e discutidos neste estudo.

Ademais, deve ser aí inserida outra fundamental ferramenta de transformação socioambiental, econômica, cultural e institucional: os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e suas 169 metas, dentro da agenda intitulada "Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável", lançada em 2015. Dentre esses 17 ODS, destacam-se neste estudo todos aqueles relacionados mais diretamente com a gestão da urbe: o ODS 8 (Trabalho descente e crescimento econômico), o ODS 9 (Indústria, inovação e infraestrutura) e, principalmente, o ODS 11 (Cidades e Comunidades Sustentáveis).

A relevância do trabalho está na presença inconteste da concepção de *Smart Cities* dentro do que se pretende ser um efetivo desenvolvimento sustentável. Vale ressaltar que essa relevância possui caráter internacional, uma vez que já se é possível notar um movimento global em direção à transição para cidades inteligentes. Diversas capitais do mundo já são conhecidas por sua agenda de implementação de projetos de desenvolvimento inteligente, como Nova York, Barcelona, Amsterdã, Xangai; porém, o que se observa atualmente é a dispersão desse projeto em cidades não tão conhecidas. O maior exemplo disso é a cidade de Songdo, localizada na Coreia do Sul, que foi projetada e construída para ser uma *Smart City*. Atualmente, é o maior modelo de cidade inteligente conhecido.

Aliado à ideia de transição global às *Smart Cities*, encontra-se a ferramenta que torna isso possível: a IA, que é responsável pela resolução do projeto, partindo da coleta de informações (dado pessoal) até a real consecução dele. Contudo, estudos mais recentes demonstram falhas graves de sistemas de algoritmos e do *machine learning*, em específico os vieses em suas decisões,

[1] Informação obtida no sítio eletrônico "ONU News". Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701#:~:text=Segundo%20a%20ONU%2C%20atualmente%2055,aumente%20para%2070%25%20at%C3%A9%202050.>. Acesso em: 22 nov. 2020.

perpetuando - como no exemplo estudado neste trabalho -, modelos racistas já intrínsecos à sociedade.

A partir dessa breve contextualização e justificativa, apresentamos o problema de pesquisa para o desenvolvimento desse trabalho: como atingir a sustentabilidade almejada pelos projetos de *Smart Cities*, em correspondência à agenda 2030 e os ODS da ONU, por meio do uso da Inteligência Artificial, sem que seu uso indistinto possa acarretar graves problemas?

Quanto à hipótese deste estudo, é certo que há um vasto uso da Inteligência Artificial em projetos de *Smart Cities*, e não há como negar que essa é uma ferramenta indispensável para a transição de cidades comuns a cidades inteligentes. Porém, pela experiência das cidades que já concluíram a transição, nota-se o uso irrestrito desses algoritmos. Isso é evidenciado pelo fato de que o atual problema da comunidade científica, demonstrado, por exemplo, pelo grupo AINOW Institute, é a falha da IA na consecução de seus objetivos, esboçando formas de estereótipos descritivos e prescritivos que corroboram com a perpetuação do racismo estrutural.

Para ratificar a hipótese, tem-se como objetivo geral traçar um panorama crítico sobre as interfaces entre a IA, as *Smart Cities* e os ODS. Devem-se, ademais, elencar os objetivos específicos que se desenvolverão durante o trabalho: (i) entender, em linhas gerais, os conceitos de *Smart City*, Internet das Coisas e Inteligência Artificial; (ii) para sintetizar e dar materialidade ao trabalho, investigar casos específicos de abusos e vieses realizados pela Inteligência Artificial, ponderando, assim, o uso desses mecanismos em *Smart Cities*; e (iii) com todos os outros objetivos bem destacados, examinar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU e como a Inteligência Artificial pode ser usada nesse contexto de forma equilibrada e de acordo com os preceitos de um Estado Socioambiental de Direito, de modo a superar as falhas já mencionadas.

O estudo utiliza os métodos dedutivo, partindo de uma visão conceitual central para depois esmiuçar o problema e os objetivos propostos, bem como o descritivo, notadamente na exemplificação do uso da IA e, finalmente, o analítico, com o fim de, a partir dos conceitos, modelos e teóricos estudados, formular reflexões e conclusões sobre os temas em apreço.

Pelo exposto, espera-se contribuir para um debate crítico sobre o uso racional e equilibrado da IA nas *Smarts Cities*, de modo que possam ser cumpridos, efetivamente, os ODS e, principalmente, que se possam perpetuar a

dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ditames consagrados interna e internacionalmente e que merecem a devida atenção e cuidado em prol de um Estado Socioambiental de Direito.

1. *Smart Cities*, Inteligência Artificial e a Internet das Coisas

Durante anos o mundo procura uma forma de desenvolver cidades harmônicas, agradáveis e funcionais, desde a "República" de Platão até Paris de George-Eugène Haussmann, com a utilização de técnicas urbanísticas para gerenciar melhor os recursos, organizar os espaços, disponibilizar lazer adequado e zonas de tráfego fluidas. Contudo, fazer tudo isso com o auxílio de um computador, que possa monitorar os passos de todos os cidadãos, a todo minuto do seu dia, seja no trabalho, na rua, em casa, aproxima-se mais de uma distopia de George Orwell, distante da realidade. Distopia? Distante da realidade?

As *Smart Cities* são projetos de desenvolvimento e gerenciamento urbanístico, o qual se utiliza da ferramenta conhecida como Internet das Coisas (*Internet of Things – IOT*, na sigla em inglês) para possibilitar o acesso ao mais vasto número de variáveis, incorrendo assim, em previsões matemáticas com o menor grau de erro possível (MAGRANI, 2019, p.12)[2].

Em um conceito amplo, a IOT pressupõe utilização de Inteligência Artificial (IA) e processamento de dados pessoais. Via de regra, essa ferramenta desenvolve-se pela comunicação entre máquinas (*machine-to-machine* ou M2M), de modo que seja possível integrar utensílios domésticos a microdispositivos dotados de *deep learning* (forma mais desenvolvida da inteligência artificial) para captar dados pessoais de uma pessoa hipotética, alimentando o *software* com sua geolocalização, seus hábitos alimentares, sua rotina diária, seus programas preferidos etc. Essa "ferramenta" deveras potente é a Internet das Coisas, e ela já está presente na rotina da maioria das pessoas, seja pela utilização de uma Smart Tv ou pelo simples uso comum do Smartphone. Nesse ponto, percebe-se que

[2] *Smart Cities* são modelos de gerenciamento urbanístico baseados em duas ferramentas: A Inteligência Artificial e o Processamento de Dados. Embora haja pontos de interseção entre tais ferramentas, suas consequências são divergentes, com complexidade própria. Para tanto, nesse trabalho, abordar-se-á somente o desenvolvimento da Inteligência Artificial.

aquela utopia desenhada por Orwell, em seu livro intitulado "1984", não é tão distante da realidade.

Dentro dessa perspectiva, é importante verificar os eventuais problemas e consequências da ampla utilização da IOT, com enfoque nos Softwares de Inteligência Artificial, demonstrando como tais mecanismos podem representar uma barreira ao propósito maior das *Smart Cities*: a transição à sustentabilidade com a conclusão dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) projetados pela Organização das Nações Unidas (ONU) em sua Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável.

O conceito de *Smart City* remete a uma rede, uma analogia de teia, em que no centro está a cidade em si, o governo (controlador) [3] e as ramificações da teia são as informações. Estas, por sua vez, só chegam até o centro com a ajuda de dispositivos que fazem parte da IOT. É certo dizer que a coleta de informações feita nas *Smart Cities* provêm de sensores, e estes, por sua vez, dividem-se em dois tipos: aqueles sensores integrados nos utensílios diários da população, via de regra seus smartphones, fornecendo uma grande quantidade de dados pessoais a cada segundo, como dados biométricos, geolocalização, dados de navegação etc. E aqueles que estão inseridos na infraestrutura da cidade, como câmeras, os sistemas integrados do metrô etc. Desse modo, é correto afirmar que a IOT consiste na conexão desses sensores, a grande teia de plano aberto, que leva as informações ao centro, o Governo.

A IOT afeta diversas vertentes da vida privada de um cidadão, pois está presente no setor de saúde, transporte, segurança, educação etc. Ela pode, inclusive, afetar decisões políticas, implicando em medidas sociais. Diante desse panorama vultoso de informações, uma *Smart City* possui uma vasta quantidade de dados pessoais, que serão usados como pano de fundo para a realização das funcionalidades, em específico neste trabalho, a Inteligência Artificial (IA).

Em linhas gerais, a IA é um instrumento à disposição do controlador que, munida da informação proveniente da IOT, pode executar atividades que prometem redução de erro e viés, celeridade e eficiência. É ampla a gama de possibilidades de atuação da Inteligência Artificial no auxílio ao desenvolvimento de *Smart Cities*, pois elas podem ser empregadas no sistema de justiça, auxiliando juízes em decisões, podem ser utilizadas em delegacias de polícia, organizando

[3] Para fins explicativos, adotar-se-ão os termos "controlador" e "operador" para o governo ou governante ou gestor do projeto de *smart city*.

melhor a força policial, há utilização no transporte, configurando rotas aplicáveis e descongestionadas, no sistema de saúde a IA pode ser usada para a realização de triagens, para uma gestão sustentável, ela pode ser aplicada na verificação e no tratamento de esgoto etc. Esses são somente alguns dos milhares de exemplos de possibilidade de utilização de algoritmos[4] em *Smart Cities*, de modo que o tema será abordado em maiores detalhes no tópico seguinte, pois meio de dois exemplos concretos.

2. Inteligência Artificial: aliada ou concorrente ao desenvolvimento sustentável em *Smart Cities*?

Robôs providos de inteligência artificial ainda não possuem a autoridade de decidir casos concretos. Porém, é cada vez maior a propagação do uso deles em outros procedimentos judiciais. Os dois casos que serão mostrados a seguir ocorreram nos Estados Unidos e servem de *Leading Cases* no que tange à questão do viés dos algoritmos. O primeiro deles refere-se ao software autônomo denominado de "*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*" (COMPAS) ou, em tradução livre "Perfil de gerenciamento de infrator correcional para sanções alternativas".

Em meio a análises, o instituto *AI NOW*, coligado à *New York University (NYU)* revelou, em seus artigos acadêmicos, que tal sistema está sendo utilizado para, através de análises estatísticas, proferir a probabilidade do condenado em reincidir no crime, muito utilizado em audiências de liberdade condicional. Essa inteligência artificial tem como objetivo produzir uma avaliação, a partir de um teste que será respondido pelo réu, e diante do resultado, ela emite um dado probabilístico, uma pontuação, que é utilizado pelo juiz como um recurso para decidir se haverá ou não liberdade condicional; caso essa pontuação seja alta, o que significa um alto grau de probabilidade do réu reincidir no crime, o algoritmo exclui, ao juiz, a opção de conceder liberdade condicional.

Deve-se ter em vista que, como bem denota a Professora Victoria de Sulocki, o sistema "COMPAS" foi desenvolvido em uma terceira geração de recursos de tal espécie, constando dentro da primeira geração o "*Violent Risk*

[4] Também para fins explicativos, adotar-se-ão os termos "algoritmos", "softwares inteligentes" e outros como sinônimos de Inteligência Artificial, desconsiderando-se, por não ser o objeto específico deste estudo, o caráter técnico.

Appraisal Guide" (*VRAG*) ou "Guia de avaliação de risco violento" (tradução livre), o "*STATIC-99*" e o "*Federal Pretrial Risk Assessment*" (*PTRA*) ou "Avaliação de risco pré-julgamento federal" (tradução livre), que desempenham atividades semelhantes ao COMPAS e possuem suas mesmas falhas, no que tange ao fornecimento de pareceres tendenciosos (SULOCKI, 2019, p.651).

Fato é que o *software* não teve fiscalização alguma no decorrer dos anos, embora já tenha sido resultado de uma espécie de atualização das versões antigas. O destino de pessoas está sendo traçado por uma máquina sem qualquer verificação. Contudo, especialistas na área, como a equipe da "*Larson Research and Strategy*"[5], resolveram pesquisar e analisar o funcionamento de tal IA e descobriram que o teste formulado por ela para o réu responder é discorrido por meio de perguntas que, à primeira vista, parecem inócuas, porém, doravante pesquisa aprofundada foi-se descoberto um padrão entre seus resultados: réus negros que cometeram o mesmo crime que réus brancos, teriam duas vezes mais chances de reincidir no crime, de acordo com os resultados (OSOBA, 2017, p.25).

Não há como negar que tal padrão é, no mínimo, intrigante, e com uma investigação ainda mais profunda, descobriu-se que as perguntas também eram - salvo proporções - padronizadas. Como exemplo delas há a pergunta referente à localidade: se o réu mora em uma região periférica, com uma concentração maior de gangues, sua pontuação elevaria - descrevendo uma conduta típica de segregação espacial (MOREIRA, 2017, p.165); já a outra pergunta refere-se à genética: se os familiares do réu estão presos ou já foram presos, elevam-se outros pontos – o que se remete à doutrina penal de Cesare Lombroso (1885)[6].

Ao final, excluir-se-á a possibilidade de liberdade condicional aos réus que tiverem pontuação elevada. Cabe aqui uma reflexão acerca da igualdade formal; é certo que tal forma de igualdade é respeitada com a utilização deste algoritmo, o procedimento é mantido o mesmo, independente de quem for o réu. Contudo, a teoria do reconhecimento e redistribuição, há tempos escrita pela

[5] Informação obtida no sítio eletrônico "Larson Research Strategy". Disponível em: <https://larsonresearchstrategy.com/>. Acesso em: 24 nov. 2020.

[6] Em seu livro "O homem delinquente" (1885), Cesare Lombroso esboça uma teoria de genética criminosa, com uma análise de formas e características físicas associadas à prática de crimes.

Professora Nancy Fraser (2001, pp. 285-293)[7], não está sendo seguida, prejudicando os grupos minoritários da sociedade.

Já o segundo caso que será trazido à pauta é, de certa forma, mais simples - porém com consequências tão complexas quanto o primeiro. Vale ressaltar que ambos os casos são interdependentes, ambos são peças de uma engrenagem com raízes históricas: o racismo estrutural, muito bem explicado pelo Professor Silvio Almeida (2019, p.22)[8].

Analisar-se-á o sistema de "polícia preditiva" (PredPol), que está em vigor em departamentos de polícia dos Estados Unidos e é um projeto, de acordo com Daniel Saboia (2019), que já está em desenvolvimento do Ministério da Justiça brasileiro, que tem como justificativa melhorar a eficácia das atividades policiais e reduzir suas abordagens preconceituosas.

Com tais informações em mente, passa-se aos fatos: O algoritmo foi desenvolvido para analisar os dados, a ele disponíveis, e prever melhores táticas policiais, seja de modo a realocar as forças policiais para onde há maior necessidade, ou definindo o horário de maiores ocorrências de um tipo penal específico. Em uma análise limitada, baseada puramente em critérios matemáticos, não se verifica problema na utilização de tal *software*, afinal, ele está ajudando e melhorando o desempenho da polícia, o que é um ponto positivo, já que o aproveitamento - maior número de prisões - será maior.

Contudo, ao realizar uma cognição exauriente, consegue-se entender uma dinâmica em funcionamento, na qual seu sistema é, em linhas gerais, alimentado por atividades passadas da polícia local. Daí tem-se um problema: partindo-se do pressuposto de que as atividades policiais, em geral, levam tratamentos preconceituosos como característica (BRAGA, 2019, p.673) é de se

---

[7] Nancy Fraser em seu artigo "*From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'postsocialist' age*" estruturou a teoria da justiça bivalente que consiste na ideia de que se deve lutar por paridade de participação. Deve-se lutar para que todas as pessoas sejam reconhecidas como atores sociais competentes. A paridade de participação pressupõe questões de reconhecimento e redistribuição. Inserções de políticas públicas que redistribuam a igualdade na sociedade.

[8] A discriminação estrutural, teoria defendida pelo Professor Silvio Almeida, é o produto de processos de exclusão social levados a cabo por atores públicos e privados, sendo que esses atos discriminatórios operam ao longo das diferentes gerações, impedindo, portanto, a mobilidade social. O teórico ensina que, desse modo, os membros do grupo minoritário permanecem ao longo da história em uma situação de subordinação.

esperar que um sistema que colete tais informações como base de dados, replique este viés; com um problema pior, suas decisões estão protegidas dentro de uma caixa preta[9] (PASQUALE, 2015, p.19).

Tem-se, pois, um mecanismo de maior esforço policial em áreas historicamente mais perigosas, periféricas, com sua população majoritariamente negra e latina. Com uma região sendo mais policiada que as outras, o resultado é a maior quantidade de prisões advindas dos lugares com maior policiamento e menor quantidade de prisões advindas dos outros lugares - bairros de classe média e alta, com os habitantes majoritariamente brancos. A consequência é que homens negros são seis vezes mais encarcerados do que homens brancos, assim descrito pelo Relatório Mundial de 2018, feito pelo *Human Rights Watch*[10]. Decerto esse não é o único fator a se considerar, mas é um fator deveras importante. É o que afirmou Solon Barrocas (2016, p.671): "[...] a mineração de dados pode reproduzir padrões de discriminação existentes, herdar prejuízos de antigos tomadores de decisão, ou simplesmente refletir as distorções que persistem na sociedade".

Diante de todo panorama mencionado, passa-se a visualizar a conexão específica entre tal uso de IA em *Smart Cities*. Usualmente, uma *Smart City* possui pontos de enfoque (BABU, 2018, p.2), nos quais a IOT e a IA terá uma presença maior e mais consistente. Via de regra, esses pontos são: planejamento, transporte, segurança, orçamento, justiça, saúde e comércio. É certo, pois, que os exemplos mencionados podem abranger mais de um ponto dessa lista; no caso do PredPol, a correspondência pode ser feita nas veredas do planejamento, orçamento e segurança. Já o COMPAS, a equivalência está na justiça, segurança e até mesmo planejamento.

Dessa forma, passando do plano geral de *Smart Cities* para o setor específico dos casos apresentados, entende-se uma manifesta relevância, de

[9] A teoria da caixa-preta remete às legislações aplicáveis à Propriedade Intelectual, no Brasil, regido pela lei 9.610/98. Vale ressaltar que Propriedade Intelectual é gênero do qual direito autoral é espécie. No caso específico de Inteligência Artificial, os *Softwares* são protegidos pelo Direito Autoral, considerando os requisitos de apresentar um efeito técnico, uma novidade, uma atividade inventiva e sua aplicabilidade industrial, para a efetiva proteção.

[10] Informação obtida no sítio eletrônico "Human Rights Watch". Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313415>. Acesso em: 24 nov. 2020.

modo que, uma falha ou erro realizado pelo COMPAS ou pelo PredPol modificará a estrutura sistêmica da cidade como um todo. O racismo tem preponderância nas relações sociais em qualquer cidade. É um fenômeno econômico, social e jurídico, que transcorrem gerações com a imutável presença de estereótipos descritivos e prescritivos (MOREIRA, 2017, p.129). E isso não foi alterado com o advento das cidades inteligentes. A utilização de ferramentas como a IA é necessária para a consecução dos objetivos de uma *Smart City* (LOIDEAIN, 2017, p.2), contudo, os direitos fundamentais devem sempre ser preservados.

Pelo exposto, uma decisão baseada em critérios racistas feita pelo COMPAS, ou a gestão errônea de recursos policiais, motivada pelo PredPol, cria um obstáculo à transição sustentável, comprometendo o sistema como um todo. É sobre essa necessária transição, baseada nos princípios norteadores de um Estado Socioambiental de Direito, que validam a aplicação dos ODS de da Agenda 2030 em sentido lato, que irá tratar a próxima seção deste estudo.

3. Os ODS, a Agenda 2030 e o Estado socioambiental de Direito

Os 193 Estados-membros da ONU, reunidos na sede das Nações Unidas em Nova York de 25 a 27 de setembro de 2015, no momento em que a Organização comemorava seu septuagésimo aniversário, propuseram a agenda intitulada "Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável", em que foram definidos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), com 17 objetivos e 169 metas, como parte de uma nova agenda de desenvolvimento sustentável que visa dar continuidade, mas de forma mais ampliada, ao trabalho dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) [11].

O processo rumo à agenda de desenvolvimento pós-2015 foi liderado pelos Estados-membros com a participação dos principais grupos e partes interessadas da sociedade civil. A agenda reflete os novos desafios de desenvolvimento e está ligada ao resultado da Rio+20 – a Conferência da ONU

[11] Para conhecer todos os eventos ambientais internacionais que culminaram na Agenda 2030, como os ODM, ver a obra de Laura Magalhães, "*Derecho a la Educación Ambiental*" (2019).

sobre Desenvolvimento Sustentável – que foi realizada em junho de 2012 no Rio de Janeiro.

Firmou-se o compromisso para que, entre o ano de 2015 e 2030, em resumo, acabe-se com a pobreza e a fome em todos os lugares; combatam-se as desigualdades dentro e entre os países; a construção de sociedades pacíficas, justas e inclusivas; a proteção dos direitos humanos; a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas; além de assegurar a proteção duradoura do planeta e seus recursos naturais.

Nesse contexto, as *Smart Cities* devem pressupor, em sua essência, um conjunto de ações que objetivem garantir condições materiais mínimas para o desenvolvimento de uma vida digna e saudável à sociedade, buscando a erradicação da pobreza e da marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais, o que se coaduna com os ODS 1 (erradicação da pobreza) e 10 (redução das desigualdades) e é, por exemplo, um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, III, CF/88).

Ao mesmo tempo, as cidades inteligentes devem absorver a ideia de imperatividade de preservação ambiental, não apenas para os seres humanos, mas também para os animais não humanos e para a natureza em si[12], o que também está em consonância com outros ODS, como os relacionados ao meio ambiente natural (ODS 14 E 15), bem como ao ODS 11 (Cidades e comunidades sustentáveis), que deve abarcar não só o aspecto natural já mencionado, mas também aqueles relacionados à dignidade do ser humano, que perpassa por um trabalho decente (ODS 8) e por bases econômicas estruturais que sejam inovadoras (ODS 9).

Dessa forma, a garantia de aplicação e proteção destas variáveis deve ser necessariamente vinculada, ou seja, é fundamental que a visão holística[13] desses elementos esteja presente: a cidade, os direitos humanos e o meio ambiente devem fazem parte do projeto institucional de instauração e manutenção de um

[12] "Assim como o indivíduo deve respeitar o valor intrínseco dos demais seres humanos, o indivíduo também deve respeitar o valor intrínseco de outros seres, como animais, plantas, ecossistemas etc., o que serve de fundamento para a caracterização de *deveres (fundamentais) ecológicos* do ser humano para com as demais manifestações existenciais" (SARLET & FENSTERSEIFER, 2012, p. 70).

[13] Holístico é aquele que defende uma visão integral e um entendimento geral dos fenômenos. Disponível em: Dicionário on-line de Português. <http://www.dicio.com.br>. Acesso em: 10 nov. de 2020.

Estado Socioambiental de Direito. No Brasil, tais elementos se denotam principalmente a partir dos fundamentos, objetivos e princípios da República brasileira, expressos nos artigos 1º e 3º[14], bem como em demais dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Esse modelo estatal é assim descrito por SARLET e FENSTERSEIFER (2012, p. 44-45):

> (...) em verdade, não abandona as conquistas dos demais modelos de Estado de Direito em termos de salvaguarda da dignidade humana, mas apenas agrega a elas uma *dimensão ecológica*, comprometendo-se com a estabilização e prevenção do quadro de riscos e degradação ecológica. O processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais, sob a perspectiva das suas diferentes dimensões (liberal, social e ecológica), reforça a caracterização constitucional do Estado Socioambiental, em superação aos modelos de Estado Liberal e Social. O *marco jurídico-constitucional socioambiental* ajusta-se à necessidade de tutela e promoção – integrada e interdependente – dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis (...).

Ressalta-se, então, que o principal propósito de um Estado Socioambiental de Direito é, em síntese, a salvaguarda de direitos humanos fundamentais, em que se inserem a dignidade, o direito ao meio ambiente e a outros de matiz fundamental, bem como revelam um inadiável dever jurídico-político-social dos governos e da coletividade, cuja base deve estar fincada na democracia participativa e no valor agregado à natureza, bem como no bem-estar das sociedades, relacionando-se, assim, às características fundamentais do princípio constitucional da solidariedade, que é bem conceituado por Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 47):

> A solidariedade expressa a necessidade (e, na forma jurídica, o dever) fundamental de coexistência (e cooperação) do ser humano em um corpo social, formatando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal. Só que aqui, para além de uma obrigação ou dever unicamente moral de solidariedade, há que se trazer para o plano jurídico-normativo tal compreensão. Na perspectiva ecológica, a solidariedade – e os deveres a ela inerentes – projeta-se também em face dos habitantes de outras nações, das futuras gerações e mesmo dos animais não humanos e da Natureza em geral (...).

A solidariedade é, nesse passo, outro elemento fundamental desse Estado Socioambiental e que, portanto, deve estar presente em todas as ações

[14] Vide artigos 1º, incisos II e III; e 3º, incisos I, II, III e IV, da Constituição Federal de 1988.

das *Smart Cities*, de modo que inexistam quaisquer elementos discriminatórios na sua implantação por instrumentos de IA que possam, como nos exemplos citados na seção precedente, perpetuar o racismo estrutural ou outras mazelas sociais totalmente contrários à concepção dos ODS, que se baseou em princípios democráticos básicos como igualdade, paz e justiça.

Finalizadas essas breves considerações, atesta-se que o advento das *Smart Cities* é um marco econômico e social que pode transformar a compreensão do papel da cidade, que passa não só a defender as liberdades individuais das ingerências do Estado, como também objetiva sanar desigualdades e situações de vulnerabilidades sociais, econômicas e ambientais que tanto assolam o mundo, seja em matéria de afirmação e concretização dos direitos sociais prestacionais (por meio de serviços públicos essenciais), quanto do reconhecimento de um viés ecológico que deve reger as ações do Estado e seus cidadãos, inclusive em relação à responsabilidade da sociedade e, especialmente, do poder público.

CONCLUSÃO

Infere-se, por todo o exposto, que a tecnologia é uma realidade que chegou para ficar. Se não há como prescindir dessa realidade, há que medir de que forma ela está sendo utilizada, a exemplo da IOT e da IA em Cidades Inteligentes, de modo que seu uso esteja adequado a princípios constitucionais e democráticos, bem como aos direitos humanos e às metas propostas pelos ODS e sua Agenda 2030 – que deve ser utilizada como um ferramental positivo - de modo que não se admita a utilização sem o devido controle e ponderação, tal como apresentado na seção 2 deste trabalho.

Há que se reconhecer que é inegável que houve avanços imensuráveis na tutela do meio ambiente e do ser humano no mundo, construindo-se, verdadeira e progressivamente, um modelo ao qual se permite denominar de Estado Socioambiental de Direito. Não se pode negar, portanto, que, apesar de reiterados ciclos de retrocessos e avanços socioambientais, esse modelo de Estado encontra-se em um constante processo de reinterpretação e adequação que caminham no sentido de assegurar máxima efetividade aos direitos fundamentais e humanos, salientando-se, especialmente, os direitos de matriz ecológica. E assim deve ser também com a aplicação da IA em *Smart Cities*, de maneira que seja eficiente e sustentável, mas sem abandonar ditames democráticos e humanitários fundamentais.

Em suma, as interfaces entre a IA, as Cidades Inteligentes e os ODS são possíveis, desde que se proporcione aos indivíduos o desenvolvimento de uma vida digna e saudável, somada ao acesso a direitos sociais básicos e a instrumentos populares indispensáveis à cidadania, sendo-lhes permitido que sejam sujeitos ativos no processo decisório estatal e na fiscalização das ações do Poder Público.

Ter-se-ia, dessa forma, uma sociedade formada por cidadãos capazes de utilizar a cidade, os órgãos e aparatos legais para exigir do Estado a tutela integral de seus direitos. Enfatizando-se, desse modo, a essencialidade de proteção integrada à dignidade e aos direitos humanos fundamentais mais basilares, em detrimento, portanto, da inércia ou da falta de fiscalização do uso indistinto de tecnologias que seja unicamente produto do arbítrio e negligência de empresas e do poder público.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

ADORNO. T. W. Sociologia e investigación empírica. In: *La Disputa del Positivismo en La Sociología Alemana*. Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1973.

AI NOW Institute. *Litigating algorithms*: Challenging government use of algorithmic decision systems. Disponível em: <https://ainowinstitute.org/litigatingalgorithms.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020

_____. *Discriminating Systems*: Gender, Race, and Power in AI. Disponível em: <https://ainowinstitute.org/discriminatingsystems.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020

_____. *Litigating algorithms 2019 US Report: New Challenges to Government Use of Algorithmic Decision Systems*. Disponível em: <https://ainowinstitute.org/litigatingalgorithms-2019-us.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053>. Acesso em: 22 nov. 2020

BABU, T. Giri; SWATHI, P. Internet of Things & Big Data Analytics for Smart Cities - A Case Study. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3167771>. Acesso em: 21 nov. 2020

BARROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Big-Data%27s-Disparate-Impact-Barocas-Selbst/1d174f0e3c391368d0f3384a144a6c7487f2a143>. Acesso em: 20 nov. 2020

BRAUNEIS, Robert; GOODMAN, Ellen P. Algorithmic Transparency for the Smart City, 20 Yale J. L. & Tech. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3012499>. Acesso em: 21 nov. 2020.

CAPDEVILA, Ignasi; ZARLENGA, Matías I. *Smart City or smart citizens?* The Barcelona case. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2585682>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CARRERA, Fernanda; CARVALHO, Denise. *Algoritmos Racistas*: uma análise da hiper-ritualização da solidão da mulher negra em bancos de imagens digitais. Disponível em: <http://www.compos.org.br/biblioteca/trabalhos_arquivo_PV7RU5XQ0B8R1YVX2D6Z_28_7610_22_02_2019_06_23_22.pdf> . Acesso em: 24 nov. 2020

COMISSÃO EUROPEIA. Citykeys indicators for smart city projects and smart cities, 2017. Disponível em: <http://nws.eurocities.eu/MediaShell/media/CITYkeysD14Indicatorsforsmartcityprojectsandsmartcities.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020

de SABOIA, Daniel. *Inteligência Artificial e Justiça*. Conferência realizada em 30 de Agosto de 2019. Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ECKHOUSE, L. et al. *Layers of Bias*: A Unified Approach for Understanding Problems With Risk Assessment. 2019. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0093854818811379?casa_token=lSQI7wuMiWMAAAAA%3AWs_2fYRn9CRIo0yzEVLelJNeNXY9NViAx7ThdXBnxTEsZ7BtrvT3BkFcjkp09ve8R3PFtykPpmPH>. Acesso em: 24 nov. 2020

EPIC - ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER. *Algorithms in the Criminal Justice System*. Disponível em: <https://epic.org/algorithmic-transparency/crim-justice/>. Acesso em: 24 nov. 2020

FRASER, Nancy. 2001. Rom redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'postsocialist' age. In: *The new social theory reader*. S. Seidman; J. Alexander. (orgs.). 2001. Londres: Routledge, pp. 285-293.

FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin; et al.: *Inteligência Artificial e Direito*: Ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

KEHL, Danielle.; GUO, Priscilla.; KESSLER, Samuel. Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing. In: *Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society*, Harvard Law School. 2017. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:33746041>. Acesso em: 24 nov. 2020

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

MAGALHAES DE ANDRADE, L. *Derecho a la Educación Ambiental*: una referencia teórica, legislativa y práctica en Brasil. Almería: Editorial Círculo Rojo, 2019. ISBN: 9788413179568.

MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

MOREIRA, Adilson. *O que é discriminação*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

OSOBA, Osonde; WELSER, Willian. *An Intelligence in our image*: The risk of bias and errors in Artificial Intelligence. Santa Monica: Rand Corporation, 2017.

PASQUALE, Frank. *The Black Box Society*: The Secret Algorithms That Control Money and Information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PROPUBLICA. *Machine Bias* - There's Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And it's Biased Against Black. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 24 nov. 2020

Relatório Mundial 2018: Estados Unidos | Human Rights Watch. Human Rights Watch. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313415>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SADWSKI, Jathan; PASQUALE, Frank. *The Spectrum of Control*: A Social Theory of the Smart City, University of Maryland Francis King Carey School of Law Legal Studies Research Paper No. 2015–26. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2653860>. Acesso em: 24 nov. 2020.

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

SHELTON, Taylor; ZOOK, Matthew; WIIG, Alan. *The actually existing smart city*, Cambridge Journal of Regions, Economy and Society. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477482. Acesso em: 24 nov. 2020.

CONFLITOS PELO USO DA ÁGUA NO LAGO DE JURUTI VELHO

Lílian Regina Furtado Braga
Universidade Federal Fluminense (UFF), Mestranda, Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Niterói/RJ, Brasil
lreginabraga@hotmail.com

Lindomar de Jesus de Sousa Silva
Embrapa Amazônia Ocidental
lindomar.j.silva@embrapa.br

Resumo: O Projeto de Assentamento Agroextrativista no município de Juruti/PA, na Amazônia brasileira é palco de disputa entre a Alcoa, empresa que explora os platôs minerais, e as comunidades tradicionais que no mesmo território organizam sua vida cultural, social, ancestral e econômica. Neste contexto, desenvolvem-se projetos distintos: a empresa visa a exploração capitalista e as comunidades a manutenção de uma vida orgânica, intricada com a natureza. A água está no centro da disputa, pois é um bem sem o qual nem as 37 comunidades do projeto de assentamento e nem a atividade mineradora poderá existir. Com base em pesquisa documental e empírica, deseja-se discutir, no presente trabalho, a conformação legal do uso da água do Lago de Juruti Velho e, ainda, a lutas estabelecidas pelas comunidades locais para que seja proibida a retirada de água para uso na mineração. Deseja-se ainda discutir a estratégia utilizada no licenciamento ambiental para autorizar o uso da água para atividade mineradora e as externalidades ativadas com este uso. Portanto, a existência do conflito pela água em Juruti tem impulsionado a mobilização social, fomentando articulação e ampliado a visão dos direitos territoriais dos assentados e, consequentemente, a reação da empresa.

Palavras-chave: Conflitos socioambientais. Populações tradicionais. Mineração. Uso da água. Lago Juruti Velho.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o conflito estabelecido entre as comunidades ribeirinhas do PAE Juruti Velho, no município de Juruti, no Estado do Pará, com a empresa mineradora ALCOA, em virtude da utilização da água do Lago de Juruti Velho para lavagem da bauxita produzida.

As comunidades questionam a Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Sustentabilidade do Pará, que deveria ser cobrado preço da água retirada do lago

para uso na mineração. Essa é uma pauta antiga que até a presente data não foi equacionada na compreensão das comunidades, uma vez os documentos emitidos pela Associação das Comunidades da Região de Juruti Velho (ACORJUVE) esta indagação ainda é presente.

Soma-se ao fato que o lago faz parte do território do assentamento agroextrativista do INCRA: PAE JURUTI VELHO, sendo o abrigo de uma biodiversidade inestimável, berço de reprodução de um ecossistema lacustre que abastece de alimento as pequenas comunidades que se formaram no seu entorno.

Desenvolve-se nesse trabalho uma pesquisa empírica em base qualitiva, analisando vídeos, jornais e artigos científicos e jornalísticos.

Na perspectiva qualitativa verifica-se que esta atende, como no dizer de IGREJA (2017, p. 15) a várias finalidades da pesquisa social, entre elas, dar voz a muitos grupos sociais, em geral, marginalizados; produzir conhecimento e interpretações sobre fenômenos históricos e culturais importantes para a compreensão da sociedade.

Faz-se também uma análise teórica, a partir de documentos e revisão bibliográfica da hidrologia amazônica e dos conflitos socioambientais, a partir das indicações de LOBÃO (p. 14) de que os dados são fontes para as representações do mundo empírico, dos valores, das normas ou dos conceitos que construímos. Precisam ser tratados de forma normalizada para se adequarem à comunicação, à interpretação e ao processamento pela razão, por regras, por teorias ou pelo cálculo. Os dados são símbolos que, antes de permitirem inferências, precisam receber significados padronizados que sirvam à comunicação

Inicialmente analisa-se a Amazônia como território de águas e a importância que esse sistema hidrológico tem para região e para o país, localizando no espaço territorial desse ecosistema amazônico o Projeto de Assentamento Agroextrativista Juruti Velho, em Juruti, Estado do Pará.

Segue-se analisando o conflito que se estabeleceu entre a comunidade das águas em confronto com o projeto minerador de bauxita desenvolvido pela empresa Alcoa e todas as estratégias utilizadas para colocar na pauta dos debates os riscos de dano de contaminação destes corpos hídricos que sofrem interferências pelo processo de produção mineral.

As águas dos lagos e igarapés das Iaras e mães d'água apresentam a discussão de um direito que ainda não se firmou, pois necessita da implementação de políticas públicas.

Considera-se ao final o que esta luta das comunidades ribeirinhas do lago de Juruti Velho, contribuiu na consolidação do processo de regularização fundiária coletiva em um território de interesse mineral.

1. A Amazônia é um território de águas

O rio Amazonas atravessa o norte da América do Sul em uma extensão de 6.850 Km[1], nascendo no Peru, em meio a montanhas de mais de 5.000 m de altitude, chegando ao Brasil, alimentado por afluentes como rio Urubamba e rio Marañón e recebe o nome de rio Solimões. Transbordam por suas margens um volume d'água de 216.342 m^3, chegando até a sua foz em um estuário no oceano Atlântico.

ARAÚJO (2018, p. 8) cita o amazonense Thiago de Mello que revela o Amazonas em poesia:

> Como um rio, que nasce
> de outros, saber seguir
> junto com outros sendo
> e noutros se prolongando
> e construir o encontro
> com as águas grandes
> do oceano sem fim.

Os afluentes do rio Amazonas, asseguram uma média constante de vazão durante quase todo ano, sem grandes alterações, garantindo-se em quase todo seu percurso a navegação de embarcações de pequeno, médio e grande calado, que percorrem, especialmente os estados da região Amazônica Brasileira fazendo o escoamento da produção de grãos e minérios, e abastecendo os entrepostos comerciais, movimentando as economias locais.

No Médio e Baixo Amazonas, são importantes afluentes o Rio Negro, Rio Trombetas, Rio Tapajós, Rio Xingu.

[1] IBGE – acessado em 28.11.2020 – https://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo.html?id=440452&view=detalhes.

Localizam-se nas margens destes afluentes ou em afluentes menores e no próprio Rio Amazonas, cidades como: Manaus-AM, Iranduba-AM, Coari-AM, Parintins-AM, Juruti-PA, Oriximiná-PA, Santarém-PA, Altamira-PA, Monte Alegre-PA, Monte Dourado-PA, na sua maioria, cidades onde se encontram instalados projetos econômicos de grande impacto nos municípios e em sua região de entorno, sendo usuários e consumidores das águas da região. São empreendimentos hidrelétricos, mineradores, energéticos, agronegócio, celulose:

> Com mais de 500 empresas, o PIM alçou a cidade ao sexto maior Produto Interno Bruto (PIB) municipal do país em 2009 (IBGE,2009). Entretanto, nenhuma delas utiliza o sistema público de abastecimento de água, ou seja, todas recorrem à água subterrânea (PIN, 2010). A mineração também aparece como uma importante fonte de renda na Amazônia. Em 2009, 26% da produção mineral do país teve origem na região norte, dos quais quase 90% vieram do Estado do Pará (DNPM, 2010). (BRITO, 2020, p. 16)

A paisagem destes lugares está sendo constantemente modificada não só pela dinâmica dos empreendimentos econômicos ali desenvolvidos, mas também pela dinâmica de movimento do Rio Amazonas:

> Na região amazônica a erosão de margem é denominada de "terras caídas". Trata-se de uma terminologia regional amazônica utilizada para designar de forma indistinta os desbarrancamentos que ocorrem nas margens do rio Amazonas e nos seus afluentes de água branca, particularmente nos trechos em que os mesmos são margeados pelos depósitos fluviais holocênicos que formam a atual planície de inundação. É um processo natural complexo, multicausal que acontece às vezes em escala quase que imperceptível, pontual, recorrente e não raro acontece de forma catastrófica, afetando em muitos casos extensões quilométricas da margem. (CARVALHO, 2012, p.17)

Correm submersos ao solo amazônico, caminhos de água. DUARTE e outros (2018, p.7) indicam que esses caminhos são os aquíferos que são constituídos por formações geológicas com suficiente permeabilidade e porosidade interconectada para armazenarem e transmitirem quantidades significativas de água sobre gradientes hidráulicos naturais. Na porção norte da América do Sul tem-se o aquífero Alter do Chão que compreende um sistema hidrogeológico com propriedades de aquífero livre e confinado e está inserido na

Região Hidrográfica Dominante do Amazonas, ocorre na região sul do Amapá, centro-oeste do Pará e leste do Amazonas, ocupa uma área de 312,574 km².

Rios e aquíferos, que tornam essa porção do país, locus com grande potencial hídrico ao interesse econômico. Ignora-se que neste contexto haja um projeto próprio de civilização. SANTOS (2012, p.3) ao tratar do ideário de Jose Marti, para compreensão da *Nuestra América* aponta para este projeto civilizatório próprio, alternativo à modernidade ocidental.

Em toda região Amazônica, pode-se observar que a paisagem não é uma simples adição de elementos geográficos disparatados. É, em uma determinada porção do espaço, o resultado da combinação dinâmica, portanto instável, de elementos físicos, biológicos e antrópicos que, reagindo dialeticamente uns sobre os outros, fazem da paisagem um conjunto único e indissociável, em perpétua evolução (BERTRAND, 2004, p. 141). A interferência do homem provocada neste locus, somando-se a todos os outros fatores de ordem natural, criam uma dinâmica de modificação da paisagem, influenciando no aproveitamento dos bens ambientais.

MOTA (2009, p. 15), aponta cenários de avaliação sobre esse locus, o espaço e a dinâmica construtiva dessas dimensões, indicando que é preciso ter claro que as duas dimensões propostas – lugar e cotidiano – são as mais imediatas na relação do homem com seu mundo, aquelas para as quais os sentidos oferecem as respostas mais prontamente e de forma mais inclusiva, e, portanto, as que carregam maior sentido de intervenção direta na vida do indivíduo. As mediações estabelecidas em outros níveis escalares ou noutras dimensões de totalidade social vão experimentar a concretude na vida do indivíduo comum no momento em que se realizam no lugar e pelo cotidiano.

O município de Juruti dispõe de um território de 8.305,454Km²[2]. Integrando à mesorregião do Baixo Amazonas, sendo a cidade do Estado do Pará, mais próxima e fronteiriça ao Estado do Amazonas, avizinhando-se a Parintins/AM.

A bauxita encontrada nos platôs daquele território atraiu a empresa mineradora Alcoa, que em operação minera 7,5 milhões de toneladas por ano

[2] https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/pa/juruti.html

(6,5 milhões de toneladas métricas secas) de bauxita de alta qualidade[3]. Porém, sua exploração tem forte impacto social, econômico e cultural no território[4].

A Freguesia Nossa Senhora da Saúde, uma das mais antigas povoações da calha sul do Rio Amazonas, foi a origem de Juruti. Em 1888, sua sede se localizava onde hoje é o Distrito de Juruti Velho, conhecido como a Vila Muirapinima, que fica às margens do grande Lago de Juruti Velho.

A sede do município foi transferida da Vila Muirapinima para outro lugar, um pouco mais a leste em vista do desenvolvimento da navegação comercial no rio Amazonas. Como quase todas as vilas e cidades das margens do Rio Amazonas, a sua data de fundação coincide com o período de colonização portuguesa, sendo *Yuru ti* uma área portuária que recebia os vapores que circulavam no grande rio[5].

O escambo era o que movimentava a economia local. Os produtos vinham essencialmente da agricultura familiar, pesca, caça, artesanato, extrativismo florestal, produção de óleos e farinha.

A Vila Muirapinima, é a maior comunidade que faz parte do Projeto de Assentamento Agro-extrativista JURUTI VELHO. Organizam-se neste assentamento comunidades tradicionais ribeirinhas, e a realidade econômica do lugar não é muito diferente do incício da formação do município, pois é uma área rural, que sobrevive da agricultura familiar e relações econômicas pouco monetarizadas. Povoado ligado as memórias ancestrais indígenas passou a celebrar a partir das festas juninas, das quadrilhas, dos cordões de pássaros, através de uma disputa folclórica que remete às histórias e ritos tribais e que se transformou em um dos maiores festivais culturais do Pará, considerado patrimônio cultural paraense: o FESTRIBAL. As tribos folclóricas MUIRAPINIMA e MUNDURUKU, desafiam-se em contar as memórias amazônicas eu uma disputa emocionante de música, dança. Construindo cenários

[3] https://www.alcoa.com/brasil/pt/pdf/brasil-juruti-fact-sheet.pdf

[4] SILVA, Lindomar de Jesus de Sousa. Natureza capitalista versus natureza orgânica: o advento da Alcoa e a mobilização e organização das comunidades de Juruti no Baixo Amazonas, Belém – NAEA: 2014, p. 135.

[5] MADEIRA FILHO, Wilson et all. O ITINERÁRIO DE RECONHECIMENTO DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS DO PAE JURITI VELHO. Artigo apresentado VIII CONINTER, 2019, p.1.

gigantescos de um grande teatro a céu aberto, sempre no último fim de semana do mês de julho.

Pouco antes do início da implantação do projeto de mineração, em Juruti havia aproximadamente 9.000 habitantes na sede do município que faziam movimentar um pequeno comércio local e renda proveniente também da ocupação de cargos da administração pública. Na zona rural aproximadamente 12.000 habitantes se distribuíam em pequenas comunidades com base econômica agroextrativista.

A cada seca do rio, em cada novo verão se desenham praias e no tempo das chuvas os rios formam novos igapós e isto não fruto da imaginação poética do ribeirinho ou do pesquisador. Com a chegada da mineração o território Muirapinima passou a sofrer diversas interferências no regime das águas, a escassez da caça, a turbidez dos igarapés, diminuição do pescado, causando estranheza entres os seus mais antigos moradores da vila.

Os interesses econômicos mundiais sobre os recursos naturais de solo e subsolo têm levado, continuamente, ao aumento das pressões sobre os territórios mais preservados no mundo. SANTOS (2020, P. 24) diz que os fatores que contribuem para explicar a arquitetura da globalização atual são: a unicidade da técnica, a convergência dos momentos, a cognoscibilidade do planeta e a existência de um motor único na história, representado pela mais valia globalizada. É o caso da Amazônia, com maior incidência de grandes projetos econômicos em terras agricultu̇ráveis, de florestas com rica biodiversidade e água abundante[6]

A mineração da ALCOA em Juruti, segue as seguintes etapas do processo produtivo: a) Remoção da cobertura vegetal e limpeza da área; b) Salvamento do solo vegetal; c) Decapeamento; d) Desestruturação prévia do minério; e) Escavação e carregamento; f) Transporte lavra – britagem; g) Reabilitação das áreas lavradas; h) Britagem primária; i) Beneficiamento; j) Transporte da planta de beneficiamento para o porto; k) Disposição de rejeito; l)

[6] Edna Maria Ramos de Castro - organizadora. Territórios em transformação na Amazônia - saberes, rupturas e resistências – Belém: NAEA, 2017, p 23.

Composição de produtos, estocagem e carregamento de navios[7]. Para tanto ali teve que se instalar:

> A planta de beneficiamento é composta por plantas de britagem e lavagem, bacias de rejeitos associadas e pátios de estocagem de bauxita. Está localizada a 55 quilômetros sul-sudoeste do município de Juruti. A frota ferroviária possui três locomotivas (elétricas/diesel), com um total de 72 vagões de 80 toneladas de capacidade cada. Dois trens, compostos de 36 vagões cada, operam com uma locomotiva reserva, para transportar minério até o porto, que tem capacidade para abrigar embarcações como a Panamax (75 mil toneladas métricas) e a Kamsarmax (82 mil toneladas métricas).(Site Alcoa - https://www.alcoa.com/brasil/pt/pdf/brasil-juruti-fact-sheet.pdf)

O empreendimento minerador ao apresentar o seu EIA/RIMA para o licenciamento ambiental junto a SECTAM/PA, não mencionou o PAE JURUTI VELHO. A população ribeirinha local era invisibilizada pela mineradora[8], muito embora boa parte de suas atividades se desenvolveriam dentro daquele território, tendo em vista que platô mineral de bauxita como do CAPIRANGA está totalmente dentro da área territorial do assentamento. E o Lago Juruti Velho é o nicho agregador das comunidades, assim como o fornecedor de água para lavagem da bauxita que será minerada no projeto da Alcoa.

Houve o rompimento das relações de territorialidade, com a ocupação de frações do território em vista da atividade mineradora. Ante a ameaça de outras formas de apropriação do território, principalmente da mineração, a reivindicação da posse coletiva do território e da autonomia e do controle sobre seus recursos foi associada à defesa de sua própria identidade (GRAVIRIA, 2013, p. 252).

2. Conflitos pelo uso do território – a comunidade das águas em confronto com o projeto minerador de bauxita

A atividade de mineração tem uma grande importância nos saldos da balança comercial brasileira, com geração de receitas positivas aos cofres

[7] SILVA, Lindomar de Jesus de Sousa. Natureza capitalista versus natureza orgânica: o advento da Alcoa e a mobilização e organização das comunidades de Juruti no Baixo Amazonas, Belém – NAEA: 2014, p. 107.

[8] Como se observa a indicação feita pela Parecer Técnico Multidisciplinar quando no item 4.1 trata sobre a desterritorialização sofrida pela comunidade. Proc. SR-30/STM – 54501.004431/2007-15 – Vol. I, p. 135.

públicos. O Brasil possui grandes reservas minerais, entre elas a bauxita essencial para a produção de alumínio. Essa condição tem em "relação ao mercado externo, o Brasil tem se consolidado, nesta primeira década do século XXI, como um importante exportador de alumínio primário" (HENRIQUE; PORTO, 2013,p.3224).

Segundo Quaresma (2009, p.16) o consumo de água nas empresas integradas da cadeia do alumínio primário, desde a mineração é de 51,5 milhões de litros. Sendo que água empregada diretamente no processo "produtivo é na etapa de lavagem do minério nas usinas de tratamento (UTM), cuja recirculação é prática exigida nos controles adotados", onde o consumo de água na lavagem do minério é da "ordem de 2,5 m3 /t de bauxita bruta, que permite estimar um consumo anual de cerca de 87 milhões de metros cúbicos para a lavagem de 35 Mt /ano de minério bruto"[9].

Entre os vários impactos decorrente da atividade de mineração estão os relacionados a qualidade das aguas superfícies de rios, igarapés, lagos e córregos a jusante da área minerada , devido a substancias lixiviadas ou presente como graxas, silte, argila, material orgânico e outros, além dos metais pesados, que para Mechi e Sanches (2010,p.209) podem atingir as águas subterrâneas. Mechi e Sanches (2010,p.209) ainda relatam que o regime hidrológico dos cursos d'água e dos aquíferos pode ser alterado quando se faz uso desses recursos na lavra (desmonte hidráulico) e no beneficiamento, além de causar o rebaixamento do lençol freático.

Imagem 1 - Lagoa artificial de deposição de rejeitos de bauxita na mina da Alcoa, em Juruti (PA)

[9] Quaresma (2009, p.16) diz que a mineração de "maior porte no país (MRN), indica que nos últimos três anos 80% da água usada é recuperada, sendo que somente 20% é de água nova captada".

Fonte: Barros (2012)
Foto: Fernanda Ligabue

O perigo da contaminação dos rios, lagos e igarapés utilizados por comunidade tradicional da região amazônica são constantes, principalmente com o avanço da atividade minerador e a multiplicação de barragens de rejeitos. Essa preocupação ficou maior com os desastres de Mariana (MG), em 2015, e Brumadinho (MG), 2019, que colocou em alerta as comunidades que são vizinhas de áreas onde há o depósito de rejeitos da mineração. Borges e Branfor (2020) que a Mineração Rio do Norte (MRN), quarta maior produtora de bauxita do mundo, possui 26 barragens de rejeitos em Oriximiná. É o município com o maior número desses depósitos de resíduos de mineração no Pará.

Para Ferreira (2016, p.4) o rejeito da bauxita na mina de Juruti não passa por qualquer análise ou tratamento antes de ser encaminhado para a bacia de rejeito onde fica depositado sem que haja nenhum monitoramento além daqueles realizados na própria estrutura da bacia de rejeito, que significa risco ao ecossistema, já isso não garante que o rejeito gerado não represente perigo. Estudo Fonseca e Estaves (1999,p.403) com foco na abiótica e biótica e análises dos sedimentos encontrados em áreas naturais e impactadas pelos rejeitas de bauxita, mostram que "these alterations did modify the ecological conditions of the area, resulting in the change of the structure of the benthic macroinvertebrate community" no lago Batata. Wanderley (2008, p.18) expõe que os principais impactos "físicos no lago Batata se deram nas áreas de igapó e nas áreas permanentemente inundadas", como o "assoreamento do rejeito levou à morte de considerável parcela da vegetação e, consecutivamente, à perda de habitat para

várias espécies, muitas de importância econômica, como os peixes tambaquis", e a "elevação da turbidez e a destruição dos habitats de comunidades bentônicos, plactônicos e nectônicos".

Os exemplos de acidentes e ocorrem comumente relatados em comunidade que estão sob a influencia da mineração colocam o debate sobe a interação água-mineração numa perspectiva ampliando, que engloba diferente fase de exploração, operação e como os processos de prevenção e tratamento, já que os impactos nos corpos hídricos são de longa duração e persistência. Na Amazônia, segundo Wanderley (2008,p.7), o problema agrava-se pela fato das "áreas de lavra da bauxita encontram-se em áreas de floresta ainda preservada, onde não há uma densa ocupação humana, mas apresentam uma intensa simbiose dos biomas preservados com os moradores locais", onde o custo "socioambiental da mineração é bem elevado para a sociedade local que recebe a atividade"

Considerando os efeitos e os impactos sobre os ecossistemas e a dinâmica socioeconômica e cultura produzida pela mineral para Canto (2016,p.61) são "mudanças territoriais profundas, acarretando sérias consequências, desde o desaparecimento de um curso de drenagem (Igarapé do Fifi, localizado próximo à cidade de Juruti, assoreado durante o processo de instalação do projeto)", como a "até a destruição das redes de relações sociais e espaciais, e expulsão de grupos familiares vinculados ao uso da terra por várias gerações".

Gerdeonor Pereira, presidente da Associação das Comunidades da Região de Juruti Velho (Acorjuve) comporá a chegada da Alcoa em Juruti em 2000, com as dos portugueses em 1500, onde a visita as comunidades eram recheadas de promessas de progresso e desenvolvimento, como também pela distribuição de "distribuía camiseta, sandália, garrafa térmica, bicicleta", após a reunião nas comunidades (BARROS, 2012).

Na perspectiva de frear o demasiado avanço dos empreendimentos capitalista de exploração mineral, como é a Alcoa, as comunidades de Juruti Velho, passaram a orientar sua resistência em seu modo de vida tradicional, resgatando o processo de ocupação do território e o modo de vida fortemente enraizado no cultivo agrícola, principalmente da mandioca (Manihot esculenta) e o manejo dos ecossistemas hídricos e florestais, com produção e extração de produtos destinado ao autoconsumo e a comercialização.

A origem das comunidades de acordo com a pesquisa de Canto (2016), Silva (2014) estão conectadas ao século XIX, e tem como origem os índios mundurucus, e constituíram comunidades no território que hoje constitui o PAE Juriti Velho, agregadas em torno de instalação formada por capela e/ou escola, formando núcleo de famílias organizadas pelo parentesco, matrimônio, compadrio ou religioso.

É nesse ambiente marcado pela identidade tradicional que a Alcoa instala-se como empreendimento voltado a modificar a dinâmica social, econômica, cultura e ambiental do território, com instalação de estrutura de extração, circulação e transporte da bauxita. Com a Alcoa, uma região outrora isolada passa a ter um conjunto de infraestrutura como porto, ferrovias, aeroportos e um complexo sistema técnico com objetivo de facilitar organização do espaço e dá agilidade a trocas da economia global. Para Silva (2011,p.3), o processo de extração de bauxita conduzido pela Alcoa Alumínio S/A no extremo do Oeste Paraense, no município de Juruti

> Constitui um empreendimento econômico de grande porte, capaz de imprimir uma nova dinâmica territorial, desencadeado em conflitos e acordos envolvendo múltiplos atores locais e globais. Sendo assim, a extração da bauxita em Juruti pela ALCOA faz parte de um conjunto de empreendimentos econômicos implantados na Amazônia com o propósito de explorar os recursos naturais e que tem impactado diretamente na vida de comunidades e povos tracionais. Os impactos decorrem do caráter antagônico da prática estabelecida no território. Num lado encontram-se as empresas com iniciativas empresariais, planos e ações estratégicas de curto e médio prazo. Na outra ponta, estão as comunidades e povos tradicionais com arranjos construídos num longo processo de relação com o meio ambiente, dotados de representações simbólicas e culturais distintas.

Frente ao projeto de modificação do grande empreendimento mineral da Alcoa, as comunidades de Juruti Velho passaram a desenvolver uma resistência a imposição de uma racionalidade cognitiva-instrumental, que vai além da instalação de uma usina de extração mineral. Uma racionalidade que invisibiliza toda a história, a cultura, a economia e o modo de vida das comunidades que habitam a região há tempos imemorial. Como diz Canto (2008,p.251) impõe o conjunto de técnicas, ainda que não tenha introduzido um 'tempo rápido', certamente introduziu um *tempo menos lento*", o que faz que hoje os "os territórios das Comunidades do Lago estão diante de uma aceleração técnica sem precedente na sua história, ou seja, uma aceleração imposta pelo

processo de instalação da mineração de bauxita nas bordas do Lago do Juruti Velho"

A primeira ação das comunidades foi criar uma forte articulação com irmãs franciscanas de Maristella, vinculada à Igreja Católica e sediada em Juruti Velho, com que desenvolveu um forte trabalho de debate e reflexão da presença da Alcoa e dirimir as possíveis consequências e não se deixar tomar conta do "otimismo desenvolvimentista, acreditando na possibilidade de oportunidades de emprego e renda para os jurutienses" (CANTO, 2016, p.193). Foi em conjunto com as irmãs franciscanas de Maristella, que as comunidades passaram a questionar os EIA/RIMA, que negava a tradicionalidade das comunidades e tentava prevalecer os interesses da Alcoa. A congregação das irmãs franciscanas, expressaram seu repúdio e amplificaram as vozes dos agricultores e extrativistas de Juriti, afirmando em todos os seus canais de comunicação que:

> [...] os comunitários exigem respeito por sua cultura, seu modo de vida tradicional. Muitos vivem da pesca, agricultura, coleta de frutos. Se identificam como tradicionais pelo seu próprio modo de vida, como tratam a natureza. As terras [em] que vivem são deles, moram nela há muito tempo, e não querem mudar isto (entrevista 3) – Concedida pela irmã Nilma Sousa, à MONTEIRO (2009, p.91).

Em importante, ressaltar que a Alcoa sempre esteve respaldada pelos órgãos estatais permitindo que a "mineradora ALCOA é o estranho que foi chegando e começou a se instalar sem pedir licença, sem dizer o que veio fazer e sem dialogar com as comunidades que ali vivem, provocando desconforto, insegurança e revolta" (CANTO, 2016, p.255). O MPF & MPE (2005, p.18-19) identificou 22 irregularidade no estudo de impacto, deixado de lados pelos as autoridade responsáveis em conceder a licença ao empreendimento. Segue os principais pontos levantados pelos MPs:

> 1) Diagnóstico superficial, incompleto ou inexistente;
> 2) Não realização de estudos sobre partes estruturais importantes do projeto e seus impactos;
> 3) Problemas na identificação, caracterização, análise, mitigação e compensação dos impactos: 3.1. Impactos regionais não dimensionados, a partir da necessidade de definição de áreas de influência mais abrangentes; 3.2. Ausência de identificação de impactos importantes e medidas correspondentes; 3.3. Não mensuração adequada dos impactos e não correlação entre impactos e medidas mitigadoras e/ou compensatórias; 3.4. Não definição sobre a compensação ecológica unidade de conservação; 3.5. Ausência de clareza sobre a compensação

financeira dos impactos; 3.6. Avaliação matricial inadequada dos impactos e sua sinergia.

As comunidades passaram a realizar reuniões e encontrados voltadas a criar estratégias para saírem da insivibilidade e passarem como ator coletivo a afirmar seu modo de vida e a defesa do seu território. Com base no conhecimento tradicional, à memória coletiva foram definindo estratégias coletivas como a construção da ASSOCIAÇÃO DAS COMUNIDADES DA REGIÃO DE JURUTI VELHO – ACORJUVE, que congrega mais de 1.500 associados, representando cerca de 45 comunidades, todas situadas na área de influência direta do projeto ALCOA. A Acorjuve tem como base identidade de comunidade tradicional, com a firmação dessa condição em todos os documentos emitidos como podemos observar no requerimento de 22 de março de 2005, que inicia com a afirmação suas comunidades são "ocupadas e habitadas imemorialmente por moradores nativos descendentes do Muirapinimas e Munduruku" e que é "população nativa, que sempre viveu e vive da agricultura familiar, com base quase que exclusivamente na pesca, plantação de mandioca e extração de produtos florestais". Para MONTEIRO (2009, p.88) "a ACORJUVE passou a representar papel importante para a vida dos comunitários, um veículo de expressão e meio de articulação de ações", e um fator "determinante para os esforços empreendidos pelas comunidades no sentido de assegurarem sua legitimidade e representação dos interesses de coletivos quanto ao espaço que habitam e reconhecimento de sua identidade."

As comunidades com o resgate de sua identidade passaram a questionar o empreendimento, a realizar protestos, fortaleceram o movimento 100% juruti e o Fora Alcoa (ABDALA, 2010). A realização de atos, passeatas, acampamentos, reuniões ampliaram a visibilidade do modo tradicional de vida naquele locus, promovendo a superação da insivibilidade e a empresa Alcoa forçada a reconhecer as comunidades como expresso no esclarecimento publicado no dia 03 de fevereiro de 2009, onde a empresa diz: "A Alcoa já reconheceu as comunidades de Juruti Velho como tradicionais, bem como reconheceu que elas detêm direitos e os eventuais danos e prejuízos causados com a instalação da mina serão recompensados".

Organizadas, resistentes e unidas as comunidades subverteram a ordem e impuseram seus interesses, não aceitaram imposição da Alcoa e desta evitaram "homogeneização dos comportamentos", e superar a "invisibilidade da identidade étnica" e a "exploração e subalternização" das comunidades

tradicionais. Como diz Escobar (2005, p. 3), as comunidades entenderam que a invocação da "defesa dos territórios ancestrais e a proteção do meio ambiente como as mais notórias formas de resistência em face dos projetos de exploração capitalista dos recursos naturais".

Deixou a invisibilidade para receber e gestar de forma autonomia 1,5% da participação nos resultados da lavra da mina, um caso *sui generis na relação de uma grande empresa mineradora mundial e as comunidades Amazônicas.*

Rol da conquista decorrente do fortalecimento organizativa enraizado na tradicionalidade na força coletiva, as comunidades obtiveram em 2009, uma conquista marcante não somente para Juruti, já que foi "a primeira vez que o *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária* (*INCRA*) concedeu o documento coletivo a populações tradicionais da Amazônia. A entrega ocorreu no próprio assentamento, localizado no município de Juruti, no Oeste do estado Pará"[10] pelo *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária* (*INCRA*).

A ação das comunidades de Juruti Velho frente a uma grande mineradora mundial constitui um importante processo de organização e resistência, que serve de base estratégica coletiva voltada a superação da invisibilidade de povos e comunidade diante de grandes empreendimentos econômicos na Amazônia, e assim incentivar a superação de velhos costumes que consideram comunidade e povos tradicionais como incapazes de tomar a frente em ações de reivindicação de melhorias para seus territórios, e que muitas vezes seus modos vida são classificados como 'atrasados' pelos forasteiros, os que vêm de fora, o que justifica a operacionalização de seus projetos.

3. Águas dos lagos e igarapés das Iaras e mães d'água – um direito

A água, na legislação brasileira é um bem público. Nesse cenário, apesar dos avanços legislativos no tema, há ainda uma fragmentação e descontinuidade no planejamento para sua utilização. O domínio, o uso e a proteção das águas podem ter caráter civil, administrativo e ambiental.

A água é um bem fundamental para vida humana e nesta perspectiva orienta-se a utilização das águas para atender como estabelecido pela lei

[10] Cf. portal do Incra, disponível em http://www.incra.gov.br/index.php/noticias-sala-deimprensa/noticias/10455-incra-concede-primeiro-titulo-coletivo-a-populacoes-tradicionais-naamazonia . Acesso em: 20 mai. 2014.

11.445/2007, que estabeleceu precipuamente os fundamentos do saneamento básico e estabeleceu que um dos serviços que a população deve ter acesso é o abastecimento de água[11].

As comunidades amazônicas que se formaram às margens dos rios, boa parte delas é abastecida de água colhida diretamente dos rios, igarapés ou lagoas. Água tratada é quase uma utopia para estas localidades, tendo em vista que não se observa política pública ordenada para este fim. Observa-se um processo de organização e evolução comunitário quando na comunidade há um serviço de captação de água e que através de rede de distribuição a água chega nas unidades familiares.

Uma grande preocupação são os resíduos produzidos nas cidades e que sem o tratamento adequado vai para os rios. A possibilidade de contaminação é muito grande e em alguns casos, a balneabilidade das águas e sua potabilidade fica extremamente comprometida:

> As águas superficiais se caracterizam como as mais vulneráveis à poluição e à escassez devido à fácil acessibilidade para o lançamento de efluentes industriais e domésticos, particularmente próximo aos aglomerados urbanos e atividades industriais. Os processos naturais como precipitação pluviométrica, erosão e carregamento de sedimentos, e os processos antropogênicos como urbanização, industrialização e agricultura, contribuem para a degradação dos recursos e corroboram para definir a qualidade de água de uma região. (FINKLER, MENDES e BORTOLIM, 2015, p.34)

Lugares com a Vila de Alter do Chão, balneário muito conhecido da cidade de Santarém, no Pará, já teve, por via judicial, suas praias interditadas, em virtude do comprometimento da qualidade das águas do rio Tapajós.

No Brasil há uma política de recursos hídricos que ainda está em fase bem inicial de execução:

> Cada Estado encontra-se em uma fase distinta do processo de implementação e nenhum deles, ainda, possui o cadastro completo dos usuários da água. Muitos não implantaram o sistema de outorgas, instrumento básico de controle. Isso dificulta a gestão, sobretudo em bacias hidrográficas com rios de domínio diferentes (União e Estados). No caso das águas subterrâneas essa dificuldade é ainda mais relevante pois o domínio é estadual, mas os aquíferos perpassam os limites político-administrativos. A falta de integração e uniformidade na gestão dessas águas põe em risco a sua proteção. (GRANZIEIRA, 2014, p.2).

[11] Art. 2º, inciso II, alterado pela lei 14.026/2020.

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 2010 emitiu a Resolução n° 64/292, reconhecendo que para o homem ter o pleno gozo da vida necessário se faz ter à água potável e limpa e o direito ao saneamento. Entre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio para o período de 1990 a 2015 foram estabelecidas metas, onde se qualifica a redução pela metade do número de pessoas que passam fome no mundo e de pessoas que não tenham acesso à água potável e aos serviços de saneamento básico. Uma meta que desafia a realidade amazônica.

No Brasil, a disponibilidade de recursos hídricos classifica-o como um país com abundância relativa. Entretanto, a distribuição dos recursos hídricos ocorre de forma bastante desigual no território nacional. Na Amazônia, que abriga 70% da água doce superficial vivem 10% dos brasileiros, e a região hidrográfica do Atlântico Nordeste Oriental, onde se localizam populações em grande parte do Semiárido brasileiro, abaixo do limiar de estresse hídrico, com sérios prejuízos para a população dessa região.

Essa realidade de abundância hídrica atrai os empreendimentos econômicos.

Consideram-se como lagoas, corpos d'água rasos, de água doce, salobra ou salgada, em que a radiação solar pode alcançar o sedimento de fundo, possibilitando, consequentemente, o crescimento de macrófitas aquáticas em toda a sua extensão (MENEZES, 2017, p. 20, apud, ESTEVES, 1998). O Lago de Juruti Velho é o manancial hídrico que alimenta as comunidades do PAE JURUTI VELHO, fundadas e organizadas em torno da vida que esse lago lhes proporciona.

A Política Nacional de Recursos Hídricos para ser implementada, a legislação estabeleceu cinco instrumentos que necessitam ser analisados de forma conjunta, em forma de planejamento articulado, são eles: I - os Planos de Recursos Hídricos; II - o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água; III - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; IV - a cobrança pelo uso de recursos hídricos; V - o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

Sem esse conjunto de elementos a política hídrica resta fragmentada:

> A Lei Federal n. 9.984 (Brasil, 2000), conhecida como Lei da ANA, dispõe sobre a criação da Agência Nacional das Águas (ANA), entidade federal cuja finalidade é a implementação da PNRH e coordenação do SGRH.

> Entre suas atribuições destacam-se: outorgar o direito de uso dos recursos hídricos e implementar a cobrança pelo uso da água em rios de domínio da União, arrecadando, distribuindo e aplicando as receitas auferidas em conjunto com os comitês de bacia (Brasil, 2000). No entanto, está previsto na Lei que a ANA poderá delegar aos Comitês e às Agências as competências das atribuições acima citadas, com o objetivo de minimizar a complexidade das diferentes características apresentadas pelos recursos hídricos de domínio da União e dos Estados. (FINKLER, MENDES E BORTOLIM, p. 35)

Estas fragilidades ainda não foram superadas com relação ao Lago de Juruti Velho. Um manancial de riqueza inestimável, onde a memória ancestral das Iaras e Mães D'água, do Boto Rosa tornam este lugar um patrimônio não só ambiental que deve ser cuidado para presentes e futuras gerações, mas que no conjunto de sua biodiversidade aquática, que não só alimenta materialmente os ribeirinhos que no seu entorno fazem as suas vidas acontecerem, este lago guarda uma vida de regeneração da própria vida amazônica, com mitos e ritos que lhe guardariam a possibilidade de ser sujeito de direito.

A cobrança pelo uso da água de um lago pertencente a um Projeto de Assentamento não foi enfrentada com da devida seriedade. Prova disso que reiteradamente as comunidades trazem em suas pautas de luta e reivindicações o dever de ser pago pelo uso de um bem que está dentro da área de apossamento coletivo e que sua utilização tem relação direta com o plano de uso ou o plano de vida daquelas comunidades. Os empreendimentos econômicos, na perspectiva do ideário da OIT 169, deveriam consultar toda e qualquer comunidade tradicional que tendo em seu território manancial hídrico do porte do Lago de Juruti Velho, sobre a possibilidade de uso de seus recursos.

Considerações finais

A existência do conflito pela água em Juruti tem impulsionado a mobilização social, fomentando articulação e ampliado a visão dos direitos territoriais dos assentados e, consequentemente, a reação da empresa.

A chegada da grande mineradora Alcoa na região de Juruti seguiu inicialmente o roteiro de empreendimentos passados, que respaldados pela formulação militar de que a Amazônia é um espaço vazio, passam a ocupar o território em buscar de explorar a riqueza mineral desconsiderando a existência das comunidades tradicionais a importância dos recursos naturais para a reprodução dos agricultores, extrativistas e ribeirinhos. Desta forma, a Alcoa

tentou reproduzir a logica da colonização, onde as comunidades amazônicas sofreram a expropriação por interesses capitalistas, que aprofundou-se na segunda parte do século XX, quando os grandes projetos, concretizados pelas grandes empresas mineradoras, projetos homogeneizadores agropecuários e grande estruturas de produção de energia e recursos naturais passaram a avançar rapidamente em detrimento do modo de vida das comunidades amazônicas.

Porém, na região de Juruti as comunidades tradicionais conseguiram desencadear um processo de articulação, mobilizar, estratégias de cooperação, formação de redes, construção de identidade e ações de enfrentamento da Alcoa que levou um dos grandes empreendimentos capitalistas mundiais a reconhecer a tradicionalidade e os direitos territórios das comunidades, como garantir a participação das comunidades nos resultados da lavra de bauxita. A conquista das comunidades estão enraizadas na busca de garantir a cultura material e imaterial, os seus modos de vida locais e as relações com o meio ambiente. Elementos que foram nutridos pelo trabalho das Comunidades Eclesiais de Base (CEBs), por meio das mulheres religiosas vinculadas à Igreja Católica, que contribuíram para formação de um ator coletivo, que mobilizaram para em defesa da terra, território, meio ambiente, desenvolvimento sustentável, agenda presente durante todo a vida das comunidades e que ganha força e evidencia com a chegada das empresas exploradoras do minério. No entanto, o movimento em Juriti pautou um tipo de desenvolvimento local de interesse da comunidade. Nessa perspectiva, a entrevista de Nemércio Nogueira, diretor de assuntos internacionais da ALCOA América Latina e Caribe é emblemática e revelador da força das comunidades, que o mesmo afirmou que em juruti passou a ter "consciência de que, além das autorizações governamentais para operar o empreendimento, precisamos ter licença da comunidade. Essa autorização social não é jurídica, mas ética, moral, social e tem de ser renovado diariamente" (RIBEIRO, 2010, p.54)

O fato peculiar e único que marca a luta das comunidades é que além da titulação coletiva do PAE Juruti Velho, como uma vitória de uma luta iniciada a décadas e o fato da gestão dos *royalties*, pagos como contrapartida ao direito de lavra da bauxita, realizada pelas comunidades com a finalidade de promover o desenvolvimento do território, um divisor de rios, em Juruti Velho. Tais aspectos evidenciam que a luta da comunidade se pautou por fatores históricos, concretos e suas conquistas atender desejo passados e colocar novos desafios como ser protagonista de seu próprio modelo de construção do bem estar comunitário.

SANTOS (2012, p. 129) traz a reflexão que a chave desta outra modernidade para o continente americano é a autoctonia, o que significa criar formas políticas, econômicas e culturais próprias, sintonizadas com o *espíritu* – maneira martiana de referir-se à identidade – destes povos.

Os desafios de gestão dos recursos hídricos na Amazônia, requerem que se reconheça que neste locus, há uma possibilidade de vida que não se adequa ao mundo globalizado.

REFERÊNCIAS

BERTRAND, G. **Paisagem e Geografia Física Global**. Esboço Metodológico. R. RA'E GA, Curitiba: Editora UFPR, número 08, 2004. p. 141-152.

CARVALHO, J. A. L. **Erosão nas margens do rio Amazonas: o fenômeno das terras caídas e as implicações na vida dos moradores**. Tese (Doutorado). Universidade Federal Fluminense, Programa de Pós-Graduação em Geografia-PPGEO/UFF- 2012, 185p.

_____. **Terras caídas e consequências sociais: Costa do Miracauera, paraná da Trindade, município de Itacoatiara-AM. 2006**. 142p. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós-Graduação Sociedade e Cultura na Amazônia) - Instituto de Ciências Humanas e Letras, Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2006.

FINFLER, MENDES, BORTOLIM. **Cobrança pelo uso da água no Brasil: uma revisão metodológica**. 2015.

GRANIZIEIRA, Maria Luiza Machado. **Direito de Água**. Carta Forense, 2014, p. 1-3.

LOBÃO, Ronaldo. **Notas críticas em favor de uma perspectiva não positivista para observação empírica no direito**, 20p.

MOTA, Giovane da Silva. **Para uma teoria geográfica do lugar**. In: MOTA, Giovane et all. Caminhos e Lugares da Amazônia: ciência, natureza e territórios.Belém: GAPTA/UFPA, 2009, p.15 – 34.

SANTOS, Fabio Luis Barbosa dos. **Em torno ao pensamento econômico de José Martí: premissas ideológicas e horizonte civilizatório de uma utopia latino-americana radical**. OIKOS: Rio de Janeiro, Volume 11, n. 1 , 2012 - www.revistaoikos.org - pgs 127-138.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2020. p.174.

SERVIÇOS AMBIENTAIS NO AMAZONAS: desafios e oportunidades para comunidades rurais

Lindomar de Jesus de Sousa Silva
Embrapa Amazônia Ocidental, Pesquisador, Manaus, Amazonas, Brasil,
lindomar.j.silva@embrapa.br

Gilmar Antonio Meneghetti
Embrapa Amazônia Ocidental, Pesquisador, Manaus, Amazonas, Brasil,
gilmar.meneghetti@embrapa.br

Lílian Regina Furtado Braga
Universidade Federal Fluminense (UFF), Mestranda, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil,
lreginabraga@hotmail.com

Resumo: Os serviços ambientais surgem na sociedade como uma ação voltada a frear o ritmo destruidor da civilização desenvolvimentista. O estado do Amazonas, nestes anos, tem recebido iniciativas, com o propósito de gerar recursos para a manutenção da biodiversidade e melhorar a qualidade de vida das comunidades amazônicas. Entre estas ações estão a aprovação da Política Estadual de Mudanças Climáticas, Conservação Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Amazonas (Lei nº 3.135/2007) e o Sistema Estadual de Unidades de Conservação do Amazonas – SEUC (Lei Complementar nº 53/2007). As iniciativas propõem estratégias para o desenvolvimento de unidades estaduais de conservação, como o Programa Bolsa Floresta, com apoio público e privado, e outras desenvolvidas nos âmbitos local, municipal e estadual. Este trabalho apresenta a pesquisa sobre os diversos projetos desenvolvidos em localidades do Amazonas, a partir de um levantamento exploratório com instituições públicas e privadas, por meio de visitas a comunidades rurais e da realização de entrevistas, com aplicação de questionários com perguntas abertas e fechadas relacionadas à concepção, ao desenvolvimento e aos impactos do projeto. As entrevistas foram realizadas com representantes de instituições e comunidades. Na pesquisa, constatou-se uma quantidade significativa de projetos diferenciados, com aspectos peculiares e fomentados, em alguns casos, pela ação das próprias comunidades. Por outro lado, encontram-se também ações e iniciativas que foram concebidas e levadas adiante sem o conhecimento da realidade local. Conclui-se que os projetos de serviços ambientais podem ser uma oportunidade de melhorar o aproveitamento dos recursos naturais por agricultores, extrativistas e ribeirinhos. Para isso, é importante a construção de ações com as comunidades, envolvendo os parceiros do setor público e da sociedade civil.

Palavras-chave: Serviços ambientais; Unidades de conservação; Conflitos socioambientais; Amazônia.

INTRODUÇÃO

Os problemas socioambientais têm sido debatidos dentro de uma perspectiva dos serviços ambientais e de ecossistemas, mostrando que, cada vez mais, cresce a compreensão da humanidade sobre a importância da natureza para a manutenção do bem-estar individual e coletivo.

O aumento da degradação acelerada dos recursos naturais, como consequência da supressão da cobertura vegetal – manejo inadequado do solo, com impactos nos recursos hídricos e na biodiversidade –, bem como de práticas agropecuárias inadequadas e uso indiscriminado de agroquímicos, entre outros, tem impactado e prejudicado o funcionamento e a regulação naturais do meio ambiente, comprometendo os serviços ambientais e ecossistêmicos disponibilizados à sociedade. Tal aspecto tem incluído os serviços em agendas políticas, programas e projetos desenvolvidos por instituições públicas e privadas (CARVALHO et al., 2018).

Esse debate origina uma gama de iniciativas e métodos formulados por diferentes atores políticos e econômicos, voltados a responder à demanda de manutenção e conservação dos serviços ecossistêmicos. Entre as ações há as que acreditam que somente sob a precificação dos serviços ambientais se pode promover uma lógica de crescimento e preservação ambiental, com projetos relacionados a estimar um valor econômico ou, em outras palavras, precificar os bens e serviços prestados pela natureza, como o valor da biodiversidade, benefícios ou oportunidades de recreação e beleza cênica, o valor da polinização das plantas pelos insetos (EMBRAPA, 2012). Por outro lado, existem projetos voltados a desenvolver sistema de manejo adequado, com práticas de integração, cobertura e conservação do solo e da água, nas quais se busca otimizar os insumos e a manutenção dos recursos naturais e ecossistêmicos.

A ideia da conservação e da manutenção dos serviços ambientais e ecossistemas tomou força a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável em 2012 (Rio+20), guiada por eventos preparatórios – como a Avaliação Ecossistêmica do Milênio (MEA, em inglês), a Economia dos Ecossistemas e da Biodiversidade (TEEB), entre outros – que passaram a debater economia verde, políticas ambientais, programas e projetos para conter a destruição dos ecossistemas e a poluição – como estratégia de compensação pelos excessos –, além de investimentos na conservação ou na restauração da natureza em outras localidades.

Desde então, surgiram diversas iniciativas formuladas pelo estado nos âmbitos nacional, estadual e municipal que passaram a ser alternativas para a obtenção dos objetivos. São ações promovidas pelo poder público, por empresas e comunidades, por organizações da sociedade civil comprometidas com a provisão de serviços ambientais e ecossistêmicos e com a geração de impactos não somente econômicos, mas também no bem-estar humano. Há inúmeros projetos de pesquisa que buscam avaliar e sistematizar informações sobre a importância e a manutenção dos serviços ambientais e ecossistêmicos. Este texto apresenta a questão da manutenção dos serviços ambientais. Para isso, os autores realizaram um estudo exploratório envolvendo instituições públicas e privadas, por meio de visitas a comunidades rurais e da realização de entrevistas, com aplicação de questionários com perguntas abertas e fechadas relacionadas à concepção, ao desenvolvimento e aos impactos do projeto. As entrevistas foram realizadas com representantes de instituições e comunidades rurais.

Este artigo apresenta ações que estão sendo desenvolvidas no estado do Amazonas e faz um mapeamento preliminar dessas iniciativas, nas quais se incluem ações do poder público, de organizações não governamentais e empresas, como também iniciativas locais de comunidades e grupos de agricultores para proteger os ecossistemas, conciliando a geração de renda e a conservação com a sustentabilidade (NOGUEIRA et al., 2017).

DESENVOLVIMENTO

A definição dos serviços ambientais e ecossistêmicos – ou serviços ambientais –, para Ferraz et al. (2019, p. 20), está "ultrapassando os limites dos meios acadêmicos e científicos" e tem se tornado "cada vez mais visível nas agendas de governo e nos debates e iniciativas das organizações civis que atuam na mitigação dos conflitos entre a sociedade humana e o meio ambiente". Para o autor, o conceito de serviços ecossistêmicos e ambientais conduz aos "debates sobre meio ambiente, economia e sustentabilidade, na medida em que evidencia as relações entre o funcionamento dos ecossistemas e as demandas de subsistência e bem-estar da espécie humana". Para Constanza et al. (1997, p. 253), os serviços ambientais são os "benefícios que as populações humanas obtêm, direta ou indiretamente, das funções de ecossistemas".

Em Millennium Ecosystem Assessment (2003), os serviços ecossistêmicos são classificados como: de provisão ou abastecimento, de

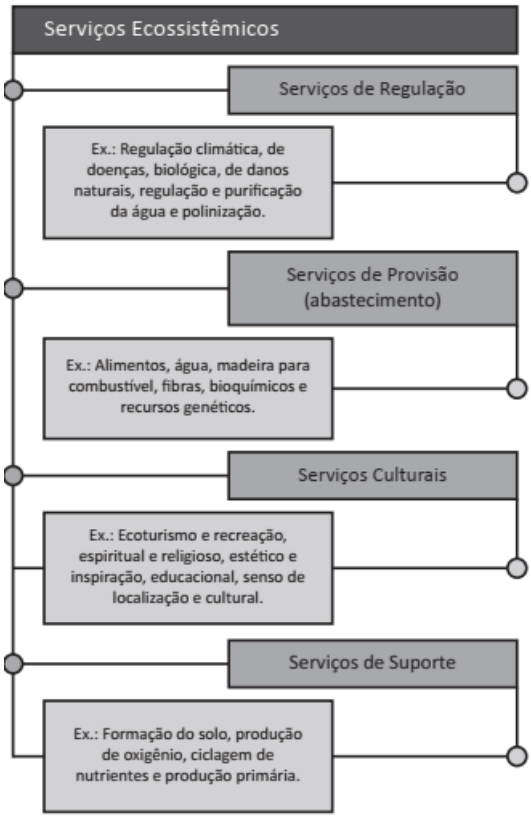
regulação, de suporte e culturais. Os serviços de provisão ou de abastecimento consistem na capacidade dos ecossistemas em disponibilizar produtos materiais a populações humanas (MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT, 2003). Esses serviços – por exemplo, fibras, alimentos, fármacos, aromáticos, medicinais e materiais biocombustíveis – têm origem biótica e são renováveis e essenciais como matéria-prima para produção biológica primária e secundária.

Outro serviço é o de regulação, ou seja, aqueles relacionados a processos ecológicos da biosfera terrestre. Essa função, como diz a classificação, regula por meio de interações de fatores bióticos e abióticos essenciais para autorregulação dos ecossistemas e, assim, dá suporte à vida terrestre. Ferraz et al. (2019, p. 26) expõe como exemplo de serviços de regulação a "transformação da energia da radiação solar em biomassa (produtividade primária), o armazenamento e a transferência de minerais e energia na cadeia trófica (produtividade secundária)", assim como os "ciclos biogeoquímicos (reciclagem de nutrientes e mineralização de matéria orgânica), a regulação climática, o ciclo hidroclimático e hidrológico, entre outros".

Os serviços de suporte, definidos por Millennium Ecosystem Assessment (2003), são caracterizados como as condições ecológicas, estruturais e funcionais que sustentam outras funções ecossistêmicas e permitem que os demais serviços ocorram. Ferraz et al. (2019, p. 27) coloca como exemplo de suporte "a produção de oxigênio atmosférico fotossintetizado e a ciclagem biótica de nutrientes", e os processos "pedogenéticos de formação de solos e a capacidade de retenção de nutrientes e água que esses sistemas oferecem também podem ser considerados como serviços de suporte". Esses serviços estão relacionados à fertilidade dos solos e, consequentemente, à provisão de gêneros alimentícios e matérias-primas, além dos recursos genéticos e da biodiversidade, que são serviços de suporte de origem biótica.

Já os serviços culturais estão relacionados à capacidade dos ecossistemas naturais ou seminaturais de colaborarem para o bem-estar psicológico do ser humano, permitindo experiências relacionadas à cognição, à espiritualidade, ao lazer, à estética e a outras oportunidades subjetivas (NASCIMENTO et al., 2017). Andrade e Romeiro (2009) adicionam, entre os serviços culturais, a reflexão do grande potencial disponibilizado pelos ecossistemas naturais e o ecoturismo – ou agroturismo –, a recreação, a espiritualidade, a estética e outros ganhos decorrentes das paisagens naturais e culturais. A Figura 1 sintetiza os serviços ambientais ou ecossistêmicos.

Figura 1 – Diagrama das diferentes categorias de serviços ecossistêmicos



Fonte: Adaptado de Millennium Ecosystem Assessment (2003) apud Ferraz (2019, p. 28).

Na perspectiva de manutenção e conservação dos serviços ecossistêmicos e ambientais, existem diversas iniciativas individuais e coletivas que visam garantir que a sociedade continue sendo beneficiada pelos ofícios decorrentes do ambiente e dos ecossistemas. A Lei Federal nº 312/15 define os serviços ambientais como "iniciativas individuais ou coletivas que podem favorecer a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos[1]" (BRASIL, 2015). A definição encontrada na lei estabelece um

[1] A Lei nº 312/15 estabelece conceitos, objetivos e diretrizes da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA), cria o Programa Federal de

conceito capaz de orientar e programar políticas públicas para esse tema. Entretanto, no âmbito das ciências, há uma grande "complexidade de conceitos envolvidos na avaliação dos benefícios aportados pela dinâmica ecossistêmica à sociedade e ao sistema econômico" (PARRON; GARCIA, 2015, p. 30).

Iniciativas com foco nos serviços ambientais e ecossistêmicos

A importância dos serviços ambientais e ecossistêmicos tem gerado um conjunto de iniciativas econômicas e avanços nas legislações e políticas públicas nas esferas federal, estadual e municipal. Entre os exemplos de progresso, como mostra a Embrapa (2012), está o "Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), que menciona claramente os serviços ambientais e prevê, em alguns de seus artigos e incisos, a compensação pelos serviços ambientais, bem como Programas de Regularização Ambiental (PRA) e compromissos voluntários do Governo Brasileiro assumidos na 15ª Conferência das Partes (COP-15)". A partir desses compromissos firmados, que preveem uma "redução entre 36,1% e 38,9% das emissões de gases de efeito estufa (GEE) projetadas para 2020, sendo o compromisso de redução de 22,5% no setor agropecuário, foi criada a Lei nº 12.187, que estabeleceu a Política Nacional sobre Mudanças do Clima". Esta, por sua vez, "induziu à elaboração, em 2012, do Plano Setorial de Mitigação e de Adaptação às Mudanças Climáticas para consolidação de uma Economia e Agricultura de Baixa Emissão de Carbono na Agricultura – Plano ABC".

Esse plano foca na necessidade de reduzir a vulnerabilidade nos sistemas de produção das famílias das comunidades rurais e dos ecossistemas, zelando pela resiliência dos sistemas, promovendo o fortalecimento de sistemas sustentáveis de recursos naturais, mitigando riscos provenientes das mudanças climáticas, bem como buscando a compensação por serviços ambientais.

Os exemplos citados anteriormente fazem parte de um conjunto de iniciativas que movimentam diversas esferas e atores sociais, econômicos e governamentais dentro da temática dos serviços ambientais e ecossistêmicos. O estado do Amazonas tem se destacado pela criação de leis e programas que são

Pagamento por Serviços Ambientais (PFPSA), o Fundo Federal de Pagamento por Serviços Ambientais (FFPSA) e o Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (CNPSA), como dispõe sobre os contratos de pagamento por serviços ambientais, e altera a Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, e a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 2015).

reconhecidos não apenas pela comunidade estadual, mas também nacional e internacionalmente. A Lei Estadual nº 3.135/2007 criou a Política Estadual de Mudanças Climática numa perspectiva ampla, indo além do Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), estabelecendo normas a respeito dos recursos hídricos e outras relacionadas às mudanças do clima. Para Cenamo (2013, p. 11), o Governo do Amazonas foi pioneiro na criação, em 2007, da Política Estadual sobre Mudanças Climáticas, Conservação Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (PEMC-AM).

A PEMC-AM teve como principal objetivo a criação de programas e incentivos que promovessem a redução das emissões de gases causadores do efeito estufa no estado. Em 2007, também foi aprovado o Decreto Estadual nº 26.958/07, que instituiu o Programa Bolsa Floresta (PBF), e a Lei Ordinária nº 3.184/07, que alterou a Lei nº 3.135/07 e deu outras providências para a regulamentação da PEMC-AM.

O Bolsa Floresta é um dos resultados da Política Estadual de Mudanças Climáticas. Para Viana (2008), o programa foi formulado durante a implementação do Programa Zona Franca Verde, após a criação da Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Amazonas (Sema), e tem como referência o programa de serviços ambientais da Costa Rica. Viana (2008, p. 145) entende que o Programa Bolsa Floresta é "uma compensação financeira para os serviços prestados pelas populações tradicionais e indígenas do Amazonas para a conservação das florestas", o que significa reconhecer que a "conservação das florestas é resultado das atitudes das pessoas, especialmente daqueles que vivem nos 'beiradões' e no interior de nossas florestas: os guardiões da floresta".

Esse programa se inicia com o termo de compromisso assinado pela Fundação Amazônia Sustentável (FAS) e pelas populações que residem nas unidades de conservação (UCs). Dessa forma, as comunidades assumem o compromisso de "desmatamento zero (para áreas de floresta primária), e a FAS assume o compromisso de implementar os quatro componentes do Programa Bolsa Floresta" (VIANA, 2008, p. 145).

A Política Estadual de Mudanças Climáticas (Lei nº 3.135/2007) fortaleceu a ideia da criação de UCs, que, por sua vez, fortaleceu a criação do Programa Bolsa Floresta, gerenciado pela FAS como um "um inovador arranjo institucional, em dezembro de 2007", com o objetivo de fazer a gestão de produtos e serviços ambientais das unidades de conservação estaduais. Segundo Viana (2008), o Bolsa Floresta, sob a orientação do "art. 5, inciso II, da Política

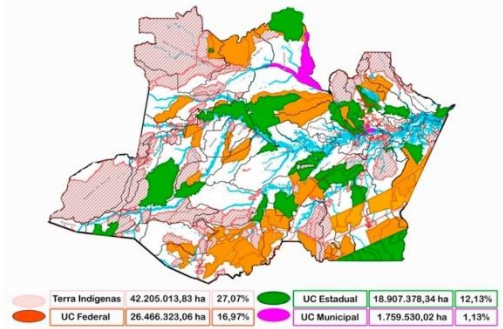
Estadual de Mudança Climática, trata sobre o pagamento por serviços e produtos ambientais às comunidades tradicionais pelo uso sustentável dos recursos naturais, conservação, proteção ambiental e incentivo às políticas voluntárias de redução de desmatamento". O autor afirma que o programa visa à "compensação financeira para os serviços prestados pelas populações tradicionais e indígenas do Amazonas: a conservação das florestas" (VIANA, 2008, p. 145).

O arranjo do Programa Bolsa Floresta tem quatro pilares de sustentação: o Bolsa Renda, que busca a inclusão produtiva para o enfrentamento da pobreza e a preservação do meio ambiente (são distribuídos R$ 350,00 por família, por ano), com foco na geração de renda e na manutenção da floresta em pé; o Bolsa Floresta Social, que busca melhorar as condições de vida, com a "implementação de projetos de infraestrutura comunitária, tais como: construção e reforma de escolas, compra de 'ambulanchas' para atendimentos de emergência, barcos rápidos para transporte público comunitário, rádios, redes de distribuição de água e de energia etc." (FERNANDES, 2016, p. 107); o Bolsa Floresta Familiar (BFF), componente de subvenção financeira repassada para as mães, no valor de R$ 50,00 por mês. Nesse pilar está o reforço do protagonismo da mulher, que passa a ser a tutora do cartão de débito depois de participar da capacitação sobre Mudanças Climáticas, Serviços Ambientais e a após a assinatura do termo de compromisso e outros procedimentos. Para Viana et al. (2013, p. 258), o "PBF – Familiar é um importante mecanismo para envolver a população local nas atividades de combate ao desmatamento"; e o Bolsa Floresta Associação (BFA), que busca fortalecer a organização e o controle social, além de formar novas lideranças. Fernandes (2016, p. 105) diz que as "associações recebem um repasse em crédito e/ou em banco, o equivalente a 10% do total do que é pago ao componente BFF de cada unidade de conservação. É feito um somatório sobre o número de famílias beneficiárias do componente familiar", e, em média, "são R$ 67,20 por família, sobre o componente, associação, num valor médio de R$ 30.000,00 por unidade de conservação, por ano".

O relatório da Fundação Amazônia Sustentável, de 2019, indica que o Programa Bolsa Floresta abrange 10.974.971 de hectares, 581 comunidades e 9.421 famílias. Em 2019, a FAS contou com um total de 261 parceiros, entre associações comunitárias, empresas, organizações não governamentais, instituições governamentais, organismos multilaterais, além de instituições de pesquisa, ensino e inovação e 74 parceiros financiadores, que envolvem instituições de cooperações e empresas (FAS, 2020).

Com a instauração do arcabouço legal em 2007, as áreas protegidas tiveram um período de expansão. Entre 2009 e 2015, a criação de unidades de conservação estadual alcançou 12,13% da área total do estado, ou seja, 18.907.378,34 de hectares do território amazonense. A área das unidades estaduais de conservação somadas às terras indígenas representa 42.205.013,83 ha (27,07%); às unidades federais, 26.466.323,06 ha (16,97%); e às unidades municipais de conservação – que têm 1.759.530,02 ha (1,13%) –, 89.338.245,25 ha. Essa distribuição pode ser observada na Figura 2.

Figura 2 – Unidades de conservação e terras indígenas no Amazonas



Fonte: Secretaria de Estado do Meio Ambiente (Sema).

O extenso território do Amazonas possui 57,3% de sua área como unidade de conservação. A Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Amazonas faz a gestão de 42 dessas UCs, sendo oito de proteção integral e 34 de uso sustentável, totalizando 18.907.378,34 de hectares em status de proteção. De acordo com a Sema (2020), "97% da sua cobertura vegetal está inteiramente preservada".

Para Fraxe et al. (2017, p. 65), as UCs "são constituídas de acordo com as características de cada área, visando à conservação ecossistêmica e reconfigurando as atividades prejudiciais ao funcionamento autopoiético do sistema ambiental", e constituem "uma das estratégias conservacionistas e preservacionistas do Amazonas de mitigação de conflitos territoriais voltados ao uso de recursos naturais".

O Tribunal de Contas da União (TCU, 2012, p. 20), em observação descrita em relatório, afirma que "o papel de remoção de carbono exercido pelas UCs é tão relevante que pode alterar o panorama de emissão de CO_2 de

determinado estado". O relatório do Tribunal de Conta do Estado do Amazonas (TCE-AM, 2013, p. 17) mostra que o crescimento das unidades de conservação do Amazonas é "reconhecido como exemplo de política sustentável no Brasil por instituições nacionais e também por membros da Cooperação Internacional (doadores, institutos, bancos de fomento)". Entretanto, a análise presente no relatório indica que o sucesso da política da unidade de conservação passa pelas superações de entraves, problemas como a insuficiência de recursos humanos. O TCE-AM diz que há um funcionário para cuidar de 386 km² nas unidades, enquanto, nos Estados Unidos, a relação é um funcionário para cada 21 km². É essencial equacionar a falta de recursos humanos, a regularização fundiária, a questão da gestão e do investimento de recursos, como se faz necessário aperfeiçoar o sistema de controle e fiscalização, entre outros aspectos. O relatório (TCE-AM, 2013, p. 49) diz que, "durante as visitas de campo nas UCs", ficou evidente que o "chefe de unidade conta com poucos recursos para fazer as atividades de monitoramento e, muitas vezes, aproveita 'carona' nas atividades das instituições parceiras para fazer uma visita às comunidades e localidades das UCs" (TCE-AM, 2013, p. 49).

No âmbito das ações voltadas à conservação e à manutenção dos serviços ambientais, existem as de recorte territorial, como é o caso do Projeto Mamirauá, conduzido pelo Instituto de Desenvolvimento Sustentável Mamirauá, uma organização social criada em 1999. Esse instituto vem desenvolvendo um conjunto de ações que envolvem programas de pesquisa, manejo de recursos naturais e desenvolvimento social, principalmente na região do Médio Solimões, no estado do Amazonas. A reserva fica a 600 km a oeste de Manaus, na região do curso médio do rio Solimões, abrange os municípios de Uarini, Fonte Boa e Maraã, e desenvolve atividades na área de influência de Jutaí, Alvarães e Tefé, o principal centro urbano da região.

Entre as ações estão a gestão comunitária, que visa fortalecer as comunidades por meio do incentivo ao associativismo e ao cooperativismo, e, assim, aprimorar a gestão territorial, o manejo dos agroecossistemas e a produtividade dos sistemas, estimulando o uso sustentável do solo, a redução do desmatamento, o aumento de agrobiodiversidade, a segurança alimentar e o manejo da pesca de forma participativa do pirarucu (*Arapaima gigas*) – o que, desde 1999, tem contribuído para aumentar em, aproximadamente, 427% o estoque natural da espécie nas áreas manejadas da Reserva Mamirauá (INSTITUTO MAMIRAUÁ, [201-]). Silva et al. (2020, p. 80) diz que a pesca do pirarucu "sob regime de manejo ocorre, atualmente, em 28 áreas autorizadas pelo

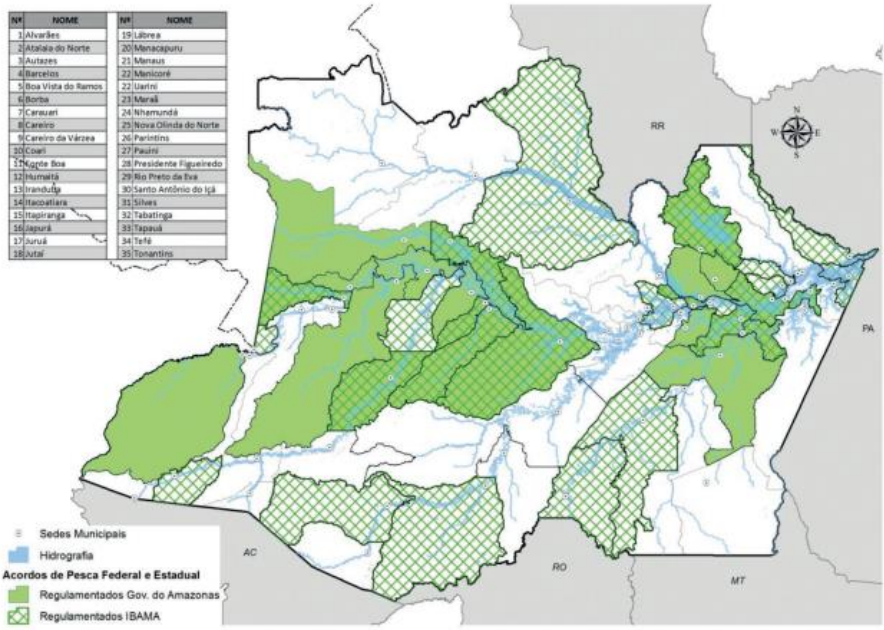
Ibama, distribuídas em 18 municípios do estado do Amazonas", e, entre os anos de 2011 e 2016, "o núcleo de fauna do Ibama/AM registrou a captura de 145.273 pirarucus no total das áreas de manejo no estado", o que significa que a "conservação desse recurso por meio do manejo participativo sustentável se tornou fundamental, tanto para os pescadores e suas famílias quanto para a manutenção de uma cadeia de valor importante para a cultura alimentar dos moradores da região".

Além dos projetos desenvolvidos por governos e instituições – que têm recursos financeiros e capacidade de articulação –, há ações desenvolvidas pelas próprias famílias e comunidades que visam à manutenção e à conservação dos serviços ambientais e ecossistemas. Esses serviços prestados pelas comunidades nascem da consciência, da razão das pessoas, e tendem a ser duradouros, porque dizem respeito à manutenção do modo de vida e da sobrevivência das pessoas. Entre esses projetos, podemos citar os acordos de lagos, os sistemas agroflorestais e a criação de abelhas, principalmente as melíponas.

Os acordos – motivados, inicialmente, por fatores relacionados à manutenção e à reprodução familiar de comunidades situadas nas bordas dos lagos e dos rios do Amazonas – têm se transformado em "estratégia de administração dos recursos pesqueiros que reúnem um número significativo de comunidades de pescadores e definem normas específicas, regulando, assim, a pesca de acordo com os interesses da população local e com a preservação dos estoques pesqueiros" (AQUINO; SILVA, 2020, p. 18).

Aquino e Silva (2020), em sua pesquisa, expõem que o estado do Amazonas tem 70 acordos de pesca, em 35 municípios, constituídos entre 1995 e 2017 (Figura 3) e regulamentados por meio de instrução normativa ou portaria do governo federal – pelo Ibama ou Ministério do Meio Ambiente (MMA) – e pelo governo do estado – por meio da Sema/do Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas (Ipaam), ou de forma conjunta.

Figura 3 – Municípios do Amazonas com acordo de pesca



Fonte: Aquino e Silva (2020, p. 18).

Os acordos de pesca têm se constituído em um importante instrumento de conservação e manutenção dos serviços ambientais e ecossistêmicos, com forte protagonismo dos ribeirinhos e dos agricultores. Porém há uma carência de suporte técnico e institucional, sobretudo na fiscalização, e algumas comunidades ficam abandonadas. Na maioria dos acordos, as comunidades têm conduzido sozinhas o acompanhamento e o monitoramento dos lagos. Nesse sentido, é importante a implementação de ação capaz de ampliar o empoderamento das comunidades por meio de ação pública nessa direção, acompanhada de um aparato legal que dê suporte. Outro serviço prestado por comunidades do Amazonas é a implantação e o desenvolvimento de sistemas agroflorestais, que é a integração de árvores na agricultura (LEAKEY, 1996). O levantamento realizado identificou projeto familiar de agroflorestas no Assentamento São Francisco, no município de Canutama; na comunidade Novo Paraíso, no rio

Carú; e nas comunidades Aparecida, na estrada do Jamanã, e São João, na estrada da Várzea – ambas localizadas no município de Itacoatiara. Na costa da Terra Nova, no município do Careiro da Várzea, também há agroflorestas implantadas. Participam desses projetos citados mais de 100 famílias, que têm como objetivo a recuperação ambiental de áreas de degradação e a garantia da manutenção dos serviços ambientais, como produção de alimentos diversificados e geração de renda e bem-estar ambiental das famílias dos agricultores.

Na esteira dos projetos voltados à manutenção dos serviços ambientais e ecossistêmicos, existem muitas unidades familiares que estão desenvolvendo a criação de meliponídeos, abelhas nativas que, na floresta, constroem seus ninhos em troncos ocos de árvores e também no solo. Em Itacoatiara, ao longo do rio Arari; em Presidente Figueiredo, na estrada da Balbina; e em Alvarães, nas comunidades de São Francisco do Arroio, Bom Jesus e Santa Luzia, são identificadas ações de manutenção dos serviços ambientais, onde a natureza doa o alimento ao ser humano que dela cuida. O levantamento, até o momento, já mapeou a criação de abelha sem ferrão em oito municípios, com 280 unidades familiares envolvidas, como mostra o Quadro 1. Essas criações fazem parte de um sistema produtivo desenvolvido juntamente com o plantio de mandioca, cupuaçu, hortaliças, banana, abacaxi, fibras, limão, pupunha e castanha-do-pará, como também com cultivos de plantas medicinais. A criação de abelha sem ferrão, também utilizada como remédio, visa à obtenção de uma renda extra para as famílias.

Quadro 1 – Número de famílias que criam abelhas sem ferrão nos municípios

Municípios	Número de Famílias
Alvarães	30
São Gabriel da Cachoeira	20
Lábrea	40
Itacoatiara	60
Barcelos	30
Boa Vista do Ramos	80
Manaus	10
Presidente Figueiredo	10
Total	280

Fonte: Dados coletados pelos autores, 2020.

O olhar das diversas ações, dos programas e dos projetos de manutenção e conservação dos serviços ambientais e ecossistêmicos, considerando os diversos níveis e atores envolvidos, mostra que o estado do Amazonas possui um arcabouço jurídico com possibilidade de facilitar o avanço de ações voltadas a manter e conservar os serviços ambientais e ecossistemas, como orientar para o manejo de sistemas produtivos complexos, o que vai ao encontro da especificidade da maioria das comunidades amazônicas (PEREIRA et al., 2015; BRITO et al., 2018).

Um projeto como o do Programa Bolsa Floresta apresenta condições estruturais e financeiras capazes de permitir uma atuação, de modo a garantir o envolvimento das comunidades nas ações de proteção aos ecossistemas. O grande número de parceiros e financiadores mostra o potencial de envolvimento e articulação que a temática agrega. As ações do Programa Bolsa Floresta são orientadas por: 1) desenvolvimento sustentável local; 2) fortalecimento da participação, da mobilização, da organização, da autonomia e do protagonismo

de movimentos e grupos sociais; 3) identificação das potencialidades locais e fomento e apoio a projetos de inclusão cidadã que visam promover avanços socioeconômicos; 4) empreendedorismo e capacidade de autogestão, considerando a perspectiva da economia solidária; e 5) sensibilização e promoção da conservação ambiental. Na mesma perspectiva, o Projeto Mamirauá desenvolve um conjunto de ações junto às comunidades com reconhecimento nacional e internacional.

Um questionamento que se poderia fazer, pensando em sustentabilidade, é o que aconteceria, em termos de conservação dos serviços ambientais e ecossistêmicos, se esses programas e projetos fossem extintos por alguma razão? A organização dos participantes, a autonomia das comunidades, no sentido de pensar a sustentabilidade das ações, aumentou ou tornou as famílias participantes entes tutelados pela ação do poder público e de entes privados que, hoje, financiam essas ações de conservação? O grande desafio desses projetos é tornar essas comunidades protagonistas, capazes de garantir a manutenção e a conservação dos serviços ambientais e ecossistêmicos, assim como capacitadas para as condições de produzir e gerar renda a partir do manejo dos recursos naturais e da melhoria da produção dos seus roçados.

Esses projetos com perfil comunitário e familiar no Amazonas, de desenvolvimento territorial e local, têm dificuldade em se manter, porém desenvolvem um importante papel de manutenção e conservação dos serviços ambientais e ecossistêmicos (SANTOS et al., 2018). É importante para as famílias o suporte técnico. Hoje, falta assistência técnica e pesquisa, e as comunidades têm dificuldade de manter suas iniciativas, necessitam de organização social e para a comercialização da produção. Os acordos de pesca têm dificuldades de se manter pela falta de apoio público na fiscalização para evitar o uso predatório dos recursos. Os sistemas agroflorestais carecem de orientação para a constituição de um sistema capaz de se tornar alternativa de geração de renda no decorrer dos anos (SOUZA et al., 2017). Para o desenvolvimento da meliponicultura, há limitações de pesquisa, assistência técnica e formação técnica para os agricultores visando à melhoria de produtividade, produção e renda das famílias.

As ações de manutenção e conservação dos serviços ambientais e ecossistêmicos contam com fatores de apoio importantes, como o arcabouço legal e o acúmulo de conhecimentos para o desenvolvimento de projetos nas dimensões socioeconômica, organizativa e de conhecimentos científicos

avançados em termos de ambiente. Entretanto, há uma diferenciação no acesso a recursos por parte de grandes e pequenos projetos de desenvolvimento e manutenção dos serviços ambientais. Os grandes projetos articulam politicamente e acessam recursos públicos, captam recursos em grandes agentes privados, enquanto pequenos projetos de desenvolvimento comunitário têm dificuldade de acesso a recursos, organização social, organização da produção e comercialização dos produtos. Essas pequenas comunidades não conseguem alcançar o nível organizativo capaz de incidir com maior força sobre o estado e, assim, garantir o aporte estatal necessário para o desenvolvimento eficaz de suas atividades de forma sustentável (ALVES; COSTA; SOUZA, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os serviços ambientais e ecossistêmicos no Amazonas ganharam impulso na década passada, com o objetivo da preservação do ambiente – pela importância que exerce sobre uma vasta região do planeta, especialmente para o Brasil – e os serviços ambientais que são fundamentais para a existência de um número considerável de espécies da região amazônica, e também pensando nas populações amazônicas que vivem de maneira quase simbiótica com o local, recebendo dele o sustento, adaptando-se a ele, criando, com isso, um modo de vida e uma cultura autóctones. O impulso que a preservação dos serviços ambientais recebeu foi um aparato legal e programas que permitiram às comunidades do interior do Amazonas viver de forma menos precária e, ao mesmo tempo, continuar preservando o ambiente, gerando renda e possibilitando a reprodução social das unidades familiares e do modo de vida.

Os programas de preservação dos serviços ambientais e ecossistêmicos, assim como outros, possibilitam, por um lado, a melhoria das condições de vida das famílias participantes; no entanto, por outro, enfraquecem o protagonismo de agricultores e ribeirinhos, uma vez que, para terem o benefício, aderem a normas preestabelecidas, adequando-se e adaptando-se ao contexto. As normas não foram feitas com a população do meio rural, e esse aspecto provoca um enfraquecimento das organizações criadas, no passado, pelas comunidades. Os programas são importantes, mas as organizações dos ribeirinhos e dos agricultores necessitam de autonomia e fortalecimento para direcionar as ações de acordo com as aspirações das comunidades e, ao mesmo tempo, poder cumprir o papel de preservação dos recursos naturais. A autonomia permite que, caso os programas terminem, os agricultores e suas organizações pensem e façam

gestão de novas formas de preservação dos serviços ambientais e melhoria de vida.

Quando se traz o tema da preservação dos serviços ambientais e ecossistêmicos, normalmente, ele vem carregado apenas de uma conotação econômica, buscando a permanência da atividade agrícola econômica, de mercado, apontando para ações de mitigação dos impactos da agricultura sobre o ambiente. É um pensamento de que as atividades agrícolas precisam subsistir enquanto essa geração vive, porém não se pensa em sistema e em preservação dos serviços prestados gratuitamente pela natureza, que contribuem para a preservação da biodiversidade no sentido amplo. No caso do Amazonas, a política, a organização social e a pesquisa necessitam avançar muito na direção da geração de produtos, serviços e riquezas a partir da natureza intacta, abandoando o sistema tradicional de commodities agrícolas. Esse é o desafio.

AGRADECIMENTO

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq pela concessão de apoio financeiro à elaboração desta pesquisa (Processo nº 427655/2016-1)

REFERÊNCIAS

ALVES, J. B.; COSTA, F. S.; SOUZA, W. J. Organização social como instrumento de fortalecimento da agricultura familiar no Amazonas. *Revista Terceira Margem Amazônia*, Manaus, v. 3, n. 10, jan.-jun. 2018.

ANDRADE, D. C.; ROMEIRO, A. R. Serviços ecossistêmicos e sua importância para o sistema econômico e o bem-estar humano. *Texto para Discussão*, n. 155, fev. 2009. Disponível em: <http://www.avesmarinhas.com.br/Servi%C3%A7os%20ecossist%C3%AAmicos%20e%20sua%20import%C3%A2ncia%20econ%C3%B4mica.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020, às 17 horas e 54 minutos.

AQUINO, A. S. de; SILVA, R. O. Acordos de pesca no Amazonas: instrumento de gestão e participação social. *Revista Terceira Margem Amazônia*, v. 6, n. 14, p. 17-29, 2020.

BRASIL. *Lei nº 4.266, de 1º de dezembro de 2015*. Legislação Estadual do Amazonas. Publicada no DOE de 1º de dezembro de 2015. Manaus: Poder Executivo, 2015.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 312, de 10 de fevereiro de 2015*. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais e dá outras providências. Senado Federal, Brasília, 2015.

BRITO, A. C.; CASTRO, A. P.; FRAXE, T. J. P.; RAMOS, A. S. Um olhar sistêmico sobre a sustentabilidade da produção de malva em comunidade de várzea no Amazonas. *Revista Terceira Margem Amazônia*, Manaus, v. 3, n. 10, jan.-jun. 2018.

CARVALHO, A. V.; CARVALHO, R. A. F.; ARAÚJO, A. W.; SOUSA, I. L. M.; OLIVEIRA, L. G. Análise dos indicadores de desenvolvimento e pobreza multidimensional no Baixo Amazonas nos anos de 2000 a 2010. *Revista Terceira Margem Amazônia*, Manaus, v. 3 n. 11, p. 22-37, jul.-dez. 2018.

CENAMO, M. C. *Análise participativa dos 5 anos de implementação da política estadual de mudanças climáticas do Amazonas*: 2007-2012. Manaus/AM: IDESAM, IPÊ, GTA, ISA, COIAB, CNS, 2013.

COSTANZA, R. T.; D'ARGE, R.; GROOT, R de; FARBERK, S.; GRASSO, M.; HANNON, B.; LIMBURG, K.; NAEEM, S.; O'NEILL, R. V.; PARUELO, J.; RASKIN, R. G.; SUTTON, P.; VAN DEN BELT, M. The value of the world's ecosystem services and natural capital. *Nature*, 387: 253-260, 1997.

EMBRAPA. Programas de Pagamento por serviços ambientais no Brasil. Brasília, 2012. Acessado em 05/OUT/2020, in: https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/950881/programas-de-pagamento-por-servicos-ambientais-no-brasil.

FERNANDES, T. K. *Monitoramento e avaliação de programas de desenvolvimento sustentável*: análise de experiências de organizações não governamentais. 2016. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável). Brasília: UnB-CDS, 2016.

FERRAZ, R. P. D.; PRADO, R. B.; PARRON, L. M.; CAMPANHA, M. M. *Marco Referencial em Serviços Ecossistêmicos*. Brasília: Embrapa, 2019.

FRAXE, T. de J. P.; REZENDE, M. G. G.; MACEDO, C. de A.; WITKOSKI, A. C. Áreas protegidas no Amazonas: conservação e sustentabilidade como preceitos ambientais indissociáveis. *Revista Amazônica de Ensino de Ciências*, v. 10, n. 21, p. 63-71, 2017.

FUNDAÇÃO AMAZÔNIA SUSTENTÁVEL (FAS). *Relatório da Fundação Amazônia Sustentável.* Manaus/AM, 2020.

INSTITUTO MAMIRAUÁ. *Manejos e desenvolvimento*. [201-]. Disponível em: https://www.mamiraua.org.br/>. Acesso em: 21 nov. 2020, às 9 horas e 35 minutos..

LEAKEY, R. R. B. Definition of agroforestry revisited. *Agroforestry Today*, 8(1): 5-7, 1996.

MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. *Ecosystems and Human Well-Being*: Synthesis. Washington, Island Press, 137 p., 2003.

NASCIMENTO, R. S.; BEZERRA, D. V. S.; NUNES, J. R.; NASCIMENTO, V. L. Q. A lenda do poço da moça: o imaginário da comunidade remanescente de Quilombo Ramal do Bacuri e seus reflexos no turismo. *Revista Terceira Margem Amazônia*, Manaus, v. 2, n. 8, p. 250-262, jan.-jun. 2017.

NOGUEIRA, R. S. F.; NETO, F. A. C.; CASTRO, A. P.; LAMARÃO, C. V. Valorização da agrobiodiversidade nos sistemas agroflorestais por meio de boas práticas agrícolas e tecnologia de produtos na comunidade São Sebastião, Ramal da Cachoeira, Iranduba/AM. *Revista Terceira Margem Amazônia*, Manaus, v. 2, n. 9, p. 250-262, jul.-dez. 2017.

PARRON, L. M.; GARCIA, J. R. Serviços ambientais: conceitos, classificação, indicadores e aspectos correlatos. In: PARRON, L. M.; GARCIA, J. R.; OLIVEIRA, E. B. de; BROWN, G. G.; PRADO, R. B. (editores). *Serviço ambiental em sistemas agrícolas e florestais do Bioma Mata Atlântico*. Brasília/DF: Embrapa, 2015.

PEREIRA, H. S.; VINHOTE, M. L. A.; ZINGRA, A. F. C.; TAKEDA, W. M. A multifuncionalidade da agricultura familiar no Amazonas: desafios para inovação sustentável. *Revista Terceira Margem Amazônia*, Manaus, v. 1, n. 5, p. 59-64, 2015.

SANTOS, D. I. P. dos; COSTA, F. S. C.; NASCIMENTO, I. R.; MARCIEL, H. M.; SILVA, V. V. A crise ambiental e o capitalismo contemporâneo: uma reflexão a partir de comunidade rural amazônica. *Revista Terceira Margem Amazônia*, Manaus, v. 3, n. 10, jan.-jun. 2018.

SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE (SEMA). *Unidade de Conservação*. [201-]. Disponível em: <http://meioambiente.am.gov.br/unidade-de-conservacao/>. Acesso em: 21 nov. 2020.

SILVA, N. M. G. da; ADDOR, F.; LIANZA, S.; PEREIRA, H. dos S. O debate sobre a tecnologia social na Amazônia: a experiência do manejo participativo do pirarucu. *Revista Terceira Margem Amazônia*, Manaus, v. 6, n. 14, p. 79-91, 2020.

SOUZA, F. D. L.; PALHETA, M. K. S.; CAÑETE, V. R. A pesca esportiva sob o olhar dos atores sociais do município de São Caetano de Odivelas (PA). *Revista Terceira Margem Amazônia*, Manaus, v. 2, n. 9, p. 250-262, jul.-dez. 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS (TCE-AM). *Relatório Conclusivo de Auditoria Operacional e Ambiental em Unidades de Conservação Estaduais do Amazonas*. Manaus, 2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *TC 034.496/2012-2*. Auditoria operacional. Governança das unidades de conservação do bioma Amazônia. Determinações. Recomendações. Arquivamento. Brasília, 2012.

VIANA, V. M. Bolsa Floresta: um instrumento inovador para a promoção da saúde em comunidades tradicionais na Amazônia. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 22, n. 64, p. 143-153, 2008.

O JUDICIÁRIO E AS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL: notas sobre a teoria do indigenato *versus* marco temporal

Luiz Henrique Eloy Amado
École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), Pós-doutorando, Paris, França
adv.luizeloy@gmail.com

Resumo: Na atualidade são muitos os argumentos utilizados para impedir o reconhecimento formal de uma terra indígena no Brasil. Mas sem dúvida, o mais utilizado é a tese do "marco temporal". O texto que se apresenta tem por objetivo trazer à baila o debate atual em que se encontra a disputa sobre os direitos territoriais dos povos indígenas, notadamente no campo judicial. Muito embora a análise preliminar tende a nos levar a olhar tais processos judiciais como algo estanque e fora do contexto político, veremos que as articulações são híbridas, caracterizado por tese jurídico-político que ecoa nos três poderes republicano (executivo, legislativo e judiciário). Pelo menos quatro grandes casos são citados neste trabalho: a) o caso *Raposa Serra do Sol*, analisado pelo Supremo em 2009; b) o caso da Terra Indígena *Limão Verde*, pendente de análise pelo Supremo; c) o caso da Terra Indígena *Guyraroká*, pendente de julgamento no STF; e d) o caso do povo *Xokleng*, que está com repercussão geral reconhecida. Assim, valendo-se de pesquisa processual e bibliográfica, iremos confrontar as duas teses (teoria do indigenato e marco temporal), buscando compreender a disputa no campo judicial, aliado a dinâmica do movimento indígena brasileiro.

Palavras chave: Indigenato. Marco Temporal. Direito Indígena. Terra Indígena.

INTRODUÇÃO

Não é novidade que os direitos dos povos indígenas estão em constante disputas no campo político e judicial. Desde o período colonial vários expedientes normativos foram expedidos tendo por objeto a posse desses territórios. O texto que se apresenta tem por objetivo trazer à baila o debate atual em que se encontra a disputa sobre os direitos territoriais dos povos indígenas, notadamente no campo judicial. Muito embora a análise preliminar tende a nos levar a olhar tais processos judiciais como algo estanque e fora do contexto político, veremos que as articulações são híbridas, caracterizado por teses jurídico-político que ecoa nos três poderes republicano (executivo, legislativo e judiciário).

Na atualidade são muitos os argumentos utilizados para impedir o reconhecimento formal de uma terra indígena. Mas sem dúvida, o mais utilizado é a tese do "marco temporal", objeto de análise deste trabalho. Vamos procurar descrever como surge esta interpretação restritiva aos direitos territoriais dos povos indígenas, e confrontá-la com a teoria do indigenato. Muito tem-se escrito sobre o marco temporal[1], entretanto, muitos comentem o erro de análise como um elemento dado no âmbito do poder judiciário, quando na verdade, esta interpretação jurídica surge no poder legislativo, mas vê no poder judiciário o terreno fértil para de enraizar, e veremos seus frutos no âmbito do poder executivo[2].

Pelo menos quatro grandes casos são importantes citar neste trabalho: a) o caso *Raposa Serra do Sol*, analisado pelo Supremo em 2009; b) o caso da Terra Indígena *Limão Verde*, pendente de análise pelo Supremo; c) o caso da Terra Indígena *Guyraroká*, pendente de julgamento no STF; e d) o caso do povo *Xokleng*, que está com repercussão geral reconhecida.

O conhecido caso *Raposa Serra do Sol* foi analisado pelo Supremo em 2009. Trata-se de uma ação popular (Pet. 3388 – RR), que visava anular a demarcação daquela terra indígena. Ao final do julgamento o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), impôs 19 salvaguardas e decidiu pela manutenção da demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima[3]. Assim, a Corte considerou válidos a portaria nº 534, de 13.04.2005, do Ministro de Estado da Justiça, e o Decreto de 15.04.2005, que a homologou a demarcação, e listou uma série de condições para a execução da decisão, que seria supervisionada pelo Supremo com apoio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1). Foi no âmbito deste julgamento que se suscitou pela primeira vez, no âmbito do judiciário, a tese do *marco temporal*. Segundo esta interpretação jurídica, só deveria ser reconhecido como terra indígena aquelas que estivessem

[1] Cito por exemplo: Yamada & Villares (2010), Afonso da Silva (2016), Pegorari (2017), Osowski (2017), Sartori Júnior (2017), Duprat (2018), Araújo Júnior (2018), Cerqueira (2018), Pereira (2018), Silva & Souza Filho (2018), Vieira e Eloy Amado (2018), Ferreira (2018), Molina (2018), Viegas (2018), Santana (2018), Juzinskas & Ayres (2019) e Santos & Urquiza (2019).

[2] Em 2017, publiquei o texto intitulado *Governo ilegítimo quer fazer um bota fora nas terras indígenas*, ali expressei de forma clara como o marco temporal viu no poder judiciário o terreno fértil para se enraizar. Notadamente um judiciário conservador e racista.

[3] Sobre este caso, importante a leitura do texto de Yamada & Villares (2010), *Julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio,* publicado na Revista Direito GV/SP.

efetivamente ocupadas quando da promulgação da Constituição, ou seja, em 5 de outubro de 1988[4].

Outro caso que está no Supremo refere-se a terra indígena *Guyraroka*, do povo Guarani Kaiowá, de Mato Grosso do Sul. Em 2014, o segunda turma analisou o RMS 29.087, e por votação majoritária, deu provimento declarando a nulidade do processo administrativo de demarcação de TI *Guyraroka*, bem como da portaria n. 3.219, de 7.10.2009, do Ministro de Estado da Justiça, com base da tese do marco temporal. A comunidade ingressou com Ação Rescisória (AR) 2686, visando reverter a decisão, tendo em vista a nulidade do processo que tramitou sem a participação dos maiores interessados na lide, bem como a inconstitucionalidade do marco temporal. A comunidade aguarda a decisão de admissibilidade da ação que já foi incluída na pauta de julgamento e retirada posteriormente[5].

O terceiro caso diz respeito ao processo da terra indígena Limão Verde, do povo Terena, de Mato Grosso do Sul. Em dezembro de 2014, a segunda turma analisou o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 803.462, e aplicando o marco temporal, anulou a demarcação desta terra indígena, que havia sido demarcada e homologada em 2003. Após isto, a Comunidade Indígena Terena ingressou no feito, solicitando reanálise do caso e aguarda julgamento.

Por fim, talvez o caso mais emblemático no momento, tendo em vista que teve repercussão geral reconhecida e deve ir a julgamento pelo pleno do Supremo. Trata-se do Recurso Extraordinário n. 1017365, interposto pela Funai,

---

[4] "o marco temporal da ocupação. Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação da área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro" (**Pet 3388 / RR – Rel. Min. CARLOS BRITTO,** 2009).

5 Para saber mais acesse: CIMI. *Julgamento da Terra Indígena Guyraroka adiado no STF:"Vamos respirar e continuar essa luta"*. https://cimi.org.br/2019/06/julgamento-da-terra-indigena-guyraroka-adiado-no-stf-vamos-respirar-e-continuar-essa-luta/, acesso em 20 de março de 2020.

onde busca-se manter reconhecido o território tradicional do povo *Xokleng*, em Santa Catarina. O processo se originou em uma ação de reintegração de posse requerido pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA), no ano de 2009. Na petição a FATMA pretendia reaver área administrativamente declarada pelo Ministro de Estado da Justiça como de tradicional ocupação dos indígenas *Xokleng*, *Kaigang* e *Guarani*. Tanto em primeira instância, quanto na segunda, as decisões foram contrárias aos interesses dos indígenas, razão pela qual, o processo chegou ao Supremo por via do extraordinário. O recurso foi distribuído ao Ministro Edson Fachin e teve reconhecida a repercussão geral[6]. O processo é tido pelo movimento indígena como emblemático, tanto que muitas organizações requereram ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), Conselho do Povo Terena, Aty Guasu Guarani Kaiowá, Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab), Conselho Indigenista Missionário, dentre outros.

1. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DAS TERRAS INDÍGENAS

Desde a colonização em 1500, Coroa portuguesa considerou todo o território brasileiro sob seu domínio, e desde então, os direitos dos povos originários que aqui estavam foram ignorados. Os colonizadores foram financiados pelo nascente capitalismo comercial europeu, e se apoderaram do território valendo-se de duas táticas: *pacificação* e *repressão*. A partir de então conseguiram dominar todo o território e submeter os povos que aqui viviam ao

[6] "Quanto à alegação de repercussão geral da questão constitucional restou consignado no Recurso a existência de visível violação de disposições da Constituição Federal pela decisão proferida pelo Acórdão regional atacado, causando grande ônus à União. Asseverou o Ministro Relator: *i)* o flagrante risco da criação de precedentes que fomentem situação de absoluta instabilidade e vulnerabilidade dos atos administrativos editados com âmbito nacional, ii) o manifesto prejuízo à comunidade indígena em questão, que possui direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas e colocando em risco a execução da política indigenista no Brasil, iii) a relevância de definir o perfil do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988 e iv) o evidente efeito multiplicador no referido caso, uma vez que, em sendo atendida a pretensão da parte recorrida, poderá haver, vultoso número de liminares no mesmo sentido, ocasionando ameaça de multiplicação de decisões neste mesmo sentido em outros Tribunais e no Tribunal a quo" (APIB, 2019).

seu modo de produção, às suas leis e à sua cultura. Apropriaram-se dos bens da natureza existente e sob as leis do capitalismo mercantil (modelo monocultura exportador), tudo era transformado em mercadoria e enviado a metrópole europeia. Ato seguinte, os colonizadores implantaram a "*plantation*[7]", que segundo Stedile (2011, p. 21), "é a forma de organizar a produção agrícola em grandes fazendas de área contínua, com a prática monocultura, ou seja, com a plantação de um único produto, destinado a exportação". Em relação à propriedade a coroa portuguesa monopolizou a propriedade de todo o território e, para implantar com sucesso o modelo denominado agroexportador optou pela "concessão de uso" da terra com direito a herança, entregando enormes extensões de terra[8].É neste contexto colonial que o direito indigenista tem seus primeiros expedientes normativos. A legislação fundiária aplicada no decorrer do período colonial foi baixada de modo descontinuado, dispersa em um amplo número de avisos, resoluções administrativas, cartas de doações, forais e textos das Ordenações (NOZOE, 2006, p. 588).

A Carta Régia de 30 de julho de 1609, promulgada por Felipe III, já admitia como legítimas a soberania e a posse dos índios sobre as suas terras (CAMPOS, 2007, p. 07). No mesmo sentido, a Carta Régia de 10 de setembro de 1611 afirmava que "os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma*"* (CUNHA, 1987, p. 58).

Em 9 de março de 1718, D. João V promulgou uma nova carta, declarando que os índios são livres, e isentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a saírem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que eles se não agradam (FARIA, 2005). Desde o início a posse indígena sobre seus territórios foi visto como empecilho ao caminho do dito "desenvolvimento". Se por um lado reconhecia-se a posse indígena, essa proteção na prática só era tida enquanto não colidisse com os interesses desenvolvimentistas. O Alvará de 1º de abril de 1680 estabelecia que os índios estavam isentos de tributos sobre as terras

[7] Palavra de origem inglesa, utilizada por sociólogos e historiadores para resumir o funcionamento do modelo empregado nas colônias.

[8] Em 10 de março de 1534, Duarte Coelho recebeu 60 léguas de terra, na costa do Brasil, situadas entre o rio São Francisco e a ilha de Itamaracá, que "entrarão na mesma largura pelos sertões terra firme adentro, tanto quanto puder entrar e for de minha conquista", doação que lhe era feita "deste dia para todo o sempre, de juro e herdade, para ele e todos os seus filhos, netos, herdeiros e sucessores, que após ele virem, assim descendentes, como transversais e colaterais' (BORGES, 1958, p. 262).

das quais eram "primários e naturais senhores". Neste, Portugal reconheceu que se deveria respeitar a posse indígena sobre suas terras. A Carta Régia de 1808, que "declarava como devolutas as terras que fossem conquistadas dos índios nas chamadas guerras justas". Essas guerras justas eram promovidas pelo próprio governo da época, contra os povos indígenas que não se submetia à Coroa portuguesa. E como se nota, a "condição de devolutas permitia que as terras indígenas fossem concedidas a quem a coroa quisesse" (ARAÚJO, 2006, p. 38).

A legislação colonial possibilitava aos índios serem aldeados em suas próprias terras, que lhes eram reservadas a títulos de sesmarias. Ainda em 1850, uma decisão do Império mandou incorporar às terras da União as terras dos índios que já não viviam aldeados, conectando o reconhecimento da terra à finalidade de civilizar hordas selvagens (Decisão nº 92 do Ministério do Império, 21/10/1850). Na prática, a lei de terras reduzia o direito indígena aos territórios dos aldeamentos. O reconhecimento jurídico previsto nas cartas régias deu origem ao instituto do indigenato, ou seja, reconhecendo o direito por nascimento aos índios às terras que ocupam ou ocuparam (SOUZA FILHO, 1998).

No período imperial encontramos dispositivos do direito indigenista na Constituição de 1824, que apesar de relativa omissão, adotou algumas medidas favoráveis aos índios[9]. Segundo Freitas Júnior (2010), por meio de lei, sancionada em 27 de outubro de 1831, foi determinado à libertação dos índios que se achavam em regime de servidão e, como forma de melhor resguardar os seus interesses, os índios foram equiparados aos órfãos e entregues à proteção dos respectivos juízes de órfãos. No regulamento que tratava do regime de aldeamento, editado em 1845, ficou sob responsabilidade dos missionários religiosos a tarefa de catequizar e adaptar os índios ao convívio com a sociedade brasileira[10]. O marco jurídico-institucional que preparou a transição do modelo

[9] Outras leis foram publicadas na tentativa de melhor resguardar os direitos desses povos considerados incapazes de, por si só, promover a defesa de seus interesses. Destacam-se, dentre elas, as de 3 e 18 de junho de 1833; a primeira beneficiava os índios que se estabelecessem nos aldeamentos à margem do rio Arinos, no estado do Mato Grosso, com a isenção do pagamento de qualquer tributo por um período de vinte anos, e a segunda transferia a administração dos seus bens para os juízes dos órfãos, também tutores dos interesses dos indígenas (OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p.108, *apud*, FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 28).

[10] Às missões cabia a tarefa de desenvolver a catequese dos índios; trabalhando diretamente nas aldeias já existentes e agrupando os índios nômades em aldeamentos, para ministrar, nestes e naquelas, o ensino das primeiras letras, as máximas da Igreja

de monocultura exportador para um novo modelo econômico, foi a Lei de Terras de 1850[11]. A lei de Terras introduziu o sistema da propriedade privada das terras, ou seja, a terra passou ser mercadoria visto que a partir de 1850, as terras podiam ser compradas e vendidas. Até então, eram apenas objeto de concessão de uso – hereditária – por parte da Coroa àqueles capitalistas com recursos para implantar, nas fazendas, monoculturas voltadas à exportação (BORGES, 1958). A característica principal desta lei foi a implantação no Brasil da propriedade privada, ou seja, a lei proporcionou juridicamente a transformação da terra (bem da natureza) em mercadoria, objeto de negócio. Normatizou então a propriedade privada. A segunda característica[12] estabelecia que qualquer cidadão poderia se transformar em proprietário privado de terras (STEDILE, 2011). No período do Império essa lei tratou de regulamentar a propriedade privada no território brasileiro, assegurou o direito territorial dos índios. Segundo Souza Filho (1998), era na verdade a reafirmação do indigenato, instituto do período colonial que reconhecia os índios como os primeiros e naturais senhores da terra. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854[13]. Azanha (2001) pondera que a legislação do Império manteve a distinção dos dois tipos de "terras de índios" reconhecidos pela legislação colonial: as possuídas pelos índios

Católica, incutindo o respeito e a prática dos seus sacramentos, dentre eles o casamento. Construíam também habitações mais confortáveis, tudo com o fim de promover a adaptação dos índios às práticas correntes na sociedade brasileira. E como uma espécie de prêmio aos índios que bem se comportavam nos aldeamentos, a eles eram concedidas terras separadas das aldeias para suas granjearias particulares, que passariam a sua propriedade definitiva, através de Carta de Sesmaria, se, durante doze anos ininterruptos, mantivessem-nas cultivadas (OLIVEIRA SOBRINHO, 1992, p.110, *apud*, FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 28).

[11] A lei de terras foi muito importante. Ela foi concebida no bojo da crise da escravidão e preparou a transição da produção com trabalho escravo – nas unidades de produção tipo *plantation*, utilizadas nos quatros séculos do colonialismo – para a produção com trabalho assalariado (BORGES, 1958, p. 283).

[12] […] essa característica visava, sobretudo, impedir que os futuros ex-trabalhadores escravizados, ao serem libertos, pudessem se transformar em camponeses, em pequenos proprietários de terras, pois, não possuindo nenhum bem, não teriam recursos para comprar, pagar pelas terras à Coroa. E assim continuariam à mercê dos fazendeiros, como assalariados (STEDILE, 2011, p. 23).

[13] Art. 72. Serão reservadas as terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas, nos distritos onde existirem hordas selvagens [...] Art. 75. As terras reservadas para colonização de indígenas, e para elles distribuídas, são destinadas ao seu uso fructo; não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder pelo gozo dellas, por assim o permitir o seu estado de civilização.

estabelecidos nos seus terrenos originais e aquelas reservadas para a colonização "das hordas selvagens" em terrenos distintos da ocupação original. Por sua vez Mendes Junior (1988) assevera que as leis portuguesas dos tempos coloniais apreendiam perfeitamente estas distinções: dos índios aborígenes, organizados em hordas, pode-se formar um aldeamento, mas não uma colônia; os índios só podem ser constituídos em colônia quando não são aborígenes do lugar, isto é, quando são emigrados de uma zona para serem imigrados em outra.

No período republicano, a primeira Constituição da República de 1891, em seu Art. 64, transferiu aos Estados-membros as terras devolutas situadas em seus territórios, e como se sabe, muitas terras indígenas haviam sido consideradas devolutas nos períodos colonial e imperial. A partir de então, imediatamente os estados passaram a se assenhorear das terras indígenas. A concessão se dava por meio de procedimento que exigia medições e vistorias, o que na época não foram realizadas e por isso foi ignorada a presença de várias comunidades indígenas. Ao mesmo tempo, o constituinte de 1891, excepcionou as terras de fronteiras, os estados ignoravam, expedindo inúmeros títulos incidentes sobre terras indígenas. A Constituição de 1891 não fazia qualquer menção aos índios ou aos seus direitos territoriais. Isto explica, por exemplo, porque o Serviço de Proteção ao Índio – SPI não tinha poderes para reconhecer as terras indígenas (ARAÚJO, 2006). Após isso, as constituições que se seguiram trouxeram alguns dispositivos reconhecendo a posse dos índios sobre as terras por eles ocupadas:

> **. Constituição Federal de 1934:**
> Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.
>
> **. Constituição Federal de 1937:**
> Art.154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porem, vedada a alienação das mesmas.
>
> **. Constituição Federal de 1946:**
> Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.
>
> **. Constituição Federal de 1967 – Emenda Constitucional nº 1 de 1969:**

> Art. 198 - As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilizadas nelas existentes.
> 1º - Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

Os textos constitucionais que se seguiram trataram das terras indígenas no sentido de se respeitar a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas que ali estão, no entanto, somente com a Constituição de 1988 que o constituinte se preocupou em tratar da terra indígena como instituto diferenciado do direito civil, e ainda, traçando os elementos conceituais que marcam a posse indígena. Tem-se na Constituição Federal de 1988 um divisor de águas na legislação indigenista, ou seja, é preciso verificar como o índio e sua comunidade era tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro antes e depois de 1988. Assim, rompendo com a visão integracionista[14] que orientava o relacionamento do Estado com os povos indígenas, a constituição denominada cidadã inovou trazendo um capítulo específico denominado "Dos Índios". Ali estão dois artigos de fundamental importância para o movimento indígena e que vaticinam os princípios vetores do direito indigenista. O *caput* do Art. 231 preceitua que *são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*; com isso a ordem constitucional derrubou por terra a visão integracionista que antes perdurava. A Carta Magna consagrou o direito à diferença, reconhecendo o direito a organização social própria de cada povo e/ou comunidade indígena. A segunda parte do Art. 231 reconhece ainda "os *direitos originários* sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens". Ou seja, elevou os direitos dos povos indígenas como anterior a qualquer, anterior inclusive ao próprio Estado.

> Essa a razão de a carta Magna havê-lo chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em

[14] A teoria integracionista ou assimilacionista foi inspirada na teoria do evolucionismo social. Essa teoria da evolução, oriunda da Biologia de Darwin, foi construída a partir de dados empíricos, qual seja, a seleção de diversos organismos e sua diferenciação tipológica. Contudo, essa teoria foi refutada pelas ciências sociais, notadamente pela antropologia (SANTILLI, 2009, *apud*, FREITAS JÚNIOR, 2010, p. 23).

> escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios" (Pet 3388 / RR – Rel. Min. CARLOS BRITTO, 2009).

O texto constitucional de 1988 inovou com relação aos requisitos para definição de terra indígena. Se antes era posto como requisito a "imemorialidade", o *caput* do Art. 231 trouxe como requisito fundamental a "tradicionalidade[15]". Significa dizer que os povos indígenas têm direito sobre seus territórios tradicionais. A própria constituição no §1º do mesmo artigo traçou o conceito de tradicionalidade, ou seja, terra indígena não é invenção de FUNAI ou de antropólogos como suscitam algumas vozes, mas decorre da própria quadra constitucional, tem seus parâmetros vinculados a ela. Segundo dicção do dispositivo constitucional, terra tradicional ocupada são as habitadas em caráter permanente; as utilizadas para suas atividades produtivas; as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Nesta esteira, a terra indígena deve contemplar o espaço necessário para as habitações (moradias) da comunidade. Deve ainda, englobar os recursos naturais, como a mata onde se possa caçar e colher as plantas medicinais, os rios e lagos onde se possa pescar e onde as crianças possam desfrutar de momentos de lazer. O espaço deve ser o suficiente para as atividades culturais e para a convivência harmoniosa dos grupos familiares presentes e as futuras gerações. Este território deve abarcar também eventual montanha, rio, mata, gruta ou outro elemento qualquer considerado sagrado pela comunidade, dentre outros, o cemitério.

Nesta senda, o ordenamento jurídico brasileiro contempla algumas modalidades de terra indígena, passíveis na atualidade de serem instituídas. O Estatuto do Índio, instituído pela Lei n. 6001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), em seu Art. 17, arrola três categorias de terras indígenas, sendo: a) as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas; b) as áreas reservadas; e c) as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas. Ao tempo que a lei prevê os três institutos jurídicos possíveis de TI, a própria lei traz o conceito dos institutos nos artigos que se seguem, conforme quadro abaixo. A primeira evidência diz respeito a diferenciação legal em relação aos três tipos de

[15] Na lição de José Afonso da Silva, o tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção (Os Direitos Indígenas e a Constituição - Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris Editor — 1993, p. 47).

terras indígenas. A segunda diz respeito a aplicabilidade dos dispositivos citados, pois mesmo o estatuto sendo de 1973, sendo que muitos dos seus dispositivos estão ultrapassados, neste ponto, o estatuto do índio foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988[16].

No que tange ao objeto deste texto, as categorias de TI's que interessam à nossa reflexão são as de *terras ocupadas* e *reservas indígenas*. Seguindo o conceito expresso pela lei, no caso das reservas indígenas o Estado fica autorizado a estabelecer em qualquer parte do território nacional área destinada à posse e ocupação indígena não havendo a obrigatoriedade de seguir, por exemplo, o critério da tradicionalidade, como ocorre nos casos de terra tradicionalmente ocupada, prevista no Art. 231 da Constituição Federal.

Tabela: Categorias de TI previstas no Estatuto do Índio

Categoria de TI	Conceito	Tipos
Terras Ocupadas (Art. 22 a 25)	Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes. Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União.	Terra Tradicionalmente Ocupada (Art. 231, da CF/88).
Áreas Reservadas (Art. 26 a 31)	Art. 26. A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.	a) reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena.
Terras de Domínio Indígena (Art. 32 e 33)	Art. 32. São de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.	Ex.: terra adquirida por meio de contrato de compra e venda por associação indígena ou comunidade indígena.

Elaborado com base no Estatuto do Índio – Lei 6001/73

[16] Sobre isto, ver Eloy Amado (2014, p. 30-31).

Neste sentido, as reservas federais criadas no início do século passado e destinadas à posse e ocupação dos povos indígenas, não se confundem com a categoria *terra ocupada*. O que hoje é comumente designado como ampliação de terra indígena ou até mesmo revisão de limites, constitui-se na verdade na demarcação propriamente dita das terras tradicionalmente ocupadas, tendo em vista que terra indígena reservada é diferente de terra indígena demarcada. Levantar a situação jurídica das terras indígenas requer ao mesmo tempo uma investigação de cunho etnográfico sobre os processos estatais que tramitam administrativamente na máquina burocrática estatal e concomitantemente uma análise jurídica dos processos judiciais que versam sobre a propriedade e posse de determinada terra indígena. Neste sentido, requer um esforço de procurar entender as etapas do processo administrativo de demarcação de terra indígena, que atualmente é regulado pelo Decreto 1.775, de 08 de janeiro de 1996[17]. Mas também, requer o trabalho de levantar as ações judiciais que tramitam em regra na Justiça Federal competente para a jurisdição onde se encontra determinada TI, a fim de averiguar a existência de alguma determinação judicial que implique no ritmo do processo administrativo. Tal decisão pode ser de natureza incidental ou terminativa de mérito[18]. E ainda, seu conteúdo pode ser no sentido de suspender, acelerar ou anular algum ato do procedimento demarcatório, mas pode ser de igual modo, uma determinação de obediência a algum requisito legal.

[17] "No ano de 1996, por meio do Decreto n. 1.775 o governo brasileiro, liderado pelo então ministro da justiça Nelson Jobim, alterou as regras para demarcação de terras indígenas, alegando obediência ao princípio do contraditório e ampla defesa, introduziu-se no procedimento a fase da contestação, abrindo prazo para terceiros interessados, inclusive fazendeiros, garimpeiros, madeireiros e invasores das terras indígenas, participar do processo administrativo de demarcação. E ainda, o decreto determinava abertura de prazo retroativo a todos os processos administrativos em curso e até mesmo as homologadas que ainda não estivessem registradas em cartório. Segundo a Funai, 531 contestações foram apresentadas a época por cerca de 1.500 pessoas físicas e jurídicas, relativas a 83 processos. Já nesta época, vários processos ficaram paralisados no Ministério da Justiça e outros na FUNAI sem providência. O presidente Fernando Henrique Cardoso encerrou seu mandato com índice de demarcação menor que Fernando Collor" (ELOY AMADO, 2018, p. 180).

[18] No direito processual brasileiro decisão de natureza incidental é toda decisão do juiz expedida durante o curso do processo, como por exemplo, a concessão de liminar suspendendo um processo de demarcatório. É uma decisão de caráter provisório que pode ser revogado pelo próprio juiz ou cassado pelo órgão hierarquicamente superior. Já a sentença de mérito é que resolve a questão *sub judice*, sempre expedida ao final do processo.

Além do texto Constitucional, temos ainda, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT dispõe sobre os povos indígenas e tribais em países independentes, foi aprovada em 1989, durante sua 76ª Conferência, e internalizada no direito brasileiro por meio do Decreto n. 5.051 de 2004. A exposição de motivos da convenção consigna a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas de todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas. Reconhecendo as aspirações dos povos em assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, bem como de manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões. O texto da convenção teve a colaboração das Nações Unidas, da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura e da Organização Mundial da Saúde, bem como do Instituto Indigenista Interamericano. Os princípios que norteiam a convenção são: a consulta e a participação dos povos interessados; o direito dos povos indígenas de definirem suas próprias prioridades de desenvolvimento na medida em que afetem suas vidas, crenças, instituições, valores espirituais e o território; direitos territoriais e recursos naturais e tratamento penal diferenciado.

2. TEORIA DO INDIGENATO

A teoria do indigenato foi desenvolvida por João Mendes Junior. Duprat (2018, p. 78), aponta que essa tese teve início em conferência proferida na antiga *Sociedade de Ethnografia e Civilização dos Índios*, em 1902, quando o professor João Mendes Junior afirmou:

> [...] já os philosophos gregos afirmavam que o indigenato é um título congenito, ao passo que a occupação é um título adquirido. Com quanto o indigenato não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1o de abril de 1680, 'a primária, naturalmente e virtualmente reservada', ou, na phrase de Aristóteles (Polit., I, n. 8), – 'um estado em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento'. Por conseguinte, não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a occupação, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem.

O Alvará de 1º de abril de 1680, referido no texto, ao cuidar das sesmarias, ressalvou as terras dos índios, considerados "*primários e naturais senhores delas*"[19]. Portanto, tem-se nesta norma o reconhecimento expresso do instituto do indigenato, como sendo um direito originário, anterior ao próprio estado, anterior a qualquer outro direito. Nas palavras do professor José Afonso da Silva (2006, p. 858), "o indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem".

Neste sentido, a Constituição de 1988 adotou a teoria do indígena ao reconhecer o direito originário dos povos indígenas as terras tradicionalmente ocupadas. Em recente julgamento ocorrido em 16 de agosto de 2017, o pleno do Supremo analisou as ACO's 362 e 366, ambas de relatoria do ministro Marco Aurélio Mello. Nos votos é possível extrair pontos importantes lançados pelos ministros, que deixam claro que o instituto do indigenato possui assento Constitucional. O Tribunal foi unânime ao reafirmar o direito territorial dos povos indígenas. O voto do ministro Luís Roberto Barroso deixa claro que a ocupação indígena não se perde ao tempo que foram esbulhados, violentados e expulsos, independente do lapso temporal:

> [...] ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo. Por isso entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram.
> [...] penso que a maneira como a Constituição de 1988 enfrentou este problema resolveu retroativamente. Portanto, ainda que houvesse uma pretensão fundada, ela não subsistiria ao caráter declaratório e retroativo com que a Constituição tratou esta matéria.

[19] "E para que os ditos Gentios que assim decerem e os mais que ha de prezente milhor se conservem nas Aldeas, Hei por bem que sejão senhores de suas fasendas como o são no Certão sem lhe poderem ser tomadas nem sobre elles se lhes fazer molestia, e o Governador com parecer dos ditos Religiosos assignará aos que descerem do Certão logares convenientes para nelles lavrarem e cultivarem e não poderão ser mudados dos ditos logares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejão dadas em sesmaria a pessoas particulares por que na concessão destas se reservaria sempre o prejuiso de terceiro, e muito mais se entende e quero se entenda ser reservado o prejuiso e direito dos Indios primarios e naturaes Senhores delas" (PORTUGAL, 1680).

O ministro Alexandre de Morais, na mesma linha, rebuscou o indigenato e vaticinou que a posse indígena não se perde quando retirados à força ou sem sua vontade de suas ricas terras, *in verbis*:

> No mesmo sentido foi bem lembrado aqui, da tribuna, pela Ministra Grace, que essas áreas de ocupação já originária dos índios, chamadas à época, pelo mestre João Mendes Júnior, de terras do indigenato, desde o alvará de 1º de abril de 1680 e, depois, a Lei de 1850 e o Decreto de 1854, já eram áreas destinadas aos indígenas.
> (...) as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, §1º, do Decreto nº1854 (...)" (*Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, 1012, p. 62)
> Também pesou a agressão que os índios sofreram, em determinado momento, daqueles que invadiram as suas terras. Isso forçou o deslocamento, só que não foram deslocamentos voluntários, foram deslocamentos compulsórios, em virtude da violência sofrida à época. Isso não retira a característica de permanência na ocupação.

Por sua vez, a ministra Carmen Lúcia enfatizou que indigenato é a segurança constitucional dos direitos dos povos indígenas, sendo que sua aplicabilidade consubstancia garantias étnicas, culturais e sociais aos povos indígenas do Brasil, vejamos:

> No voto que proferi no 'caso Raposa-Serra do Sol' (Pet n. 3.388, Relator o Ministro Carlos Britto, DJe 24.9.2009), observei que, embora as Constituições brasileiras somente tenham cuidado, especificamente, do tema referente aos direitos dos indígenas desde 1934, a matéria foi objeto de legislação antes mesmo da formação do Estado brasileiro, como demonstra a lição de João Mendes Júnior em seu trabalho "*Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos*" (São Paulo: Typ. Hennies, Irmãos, 1912), que faz remissão ao Alvará de 1º de Abril de 1680, a origem do indigenato, a distinguir a posse dos indígenas sobre suas terras da posse de ocupação.
> Como demonstrado pelo Ministro Ilmar Galvão naquela Ação Cível Originária n. 469, as terras de ocupação permanente dos indígenas não eram terras devolutas e não passaram a integrar o patrimônio dos Estados com a Constituição de 1891, passando a posse dos silvícolas a ser protegida constitucionalmente desde 1934.
> Na Constituição da República de 1988 se fortaleceu, expressamente, a tutela do indigenato, definidas entre os bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art6. 20, inc. XI), aos quais se

> reconheceu como imprescritíveis os direitos delas decorrentes, garantindo-lhes a posse e exclusivo usufruto, nos termos do seu art. 231.

O ministro Edson Fachin também reforçou sobre a nulidade de títulos e a existência dos direitos dos índios antes mesmo da existência de qualquer outro direito asseverando que a "Constituição Federal de 1934 foi a primeira a consagrar o direito dos índios à posse de suas terras, disposição repetida em todos os textos constitucionais posteriores, sendo entendimento pacífico na doutrina que esse reconhecimento constitucional operou a nulidade de pleno direito de qualquer ato de transmissão da posse ou da propriedade dessas áreas a terceiros". A partir daí o ministro chama atenção para as remoções forçadas de várias comunidades indígenas. "Ocorre que, no período anterior à Constituição de 1988, os índios – chamados silvícolas – ainda eram tratados como tutelados pelos órgãos de proteção federal e era bastante comum a prática de deslocamento de povos inteiros".

A ministra Rosa Weber consubstanciou sua posição na premissa constitucional da posse e ocupação indígena. Afirma que a forma de ocupação dos índios é de acordo com suas próprias instituições, usos e costumes o que pode fazer com que, de acordo com sua lógica relacional, não necessariamente estarem na posse física em determinado tempo, mas sim, de qualquer forma, manterem a posse tradicional. O ministro Ricardo Lewandowski, além de erigir validade hierárquica ao laudo antropológico, reafirmou que o direito dos povos indígenas é assegurado, inclusive, pela legislação internacional, como é o caso da Convenção 169 da OIT – Organização Internacional do Trabalho.

> Não raro, diria, até muito comum, serem os laudos antropológicos desqualificados, imputando-lhes a característica de que são mera literatura. [...] e afirmar que a Antropologia é, sim, uma ciência. É uma Ciência porque tem método próprio, um objeto específico e baseia suas conclusões em dados empíricos.
> Ao nos debruçarmos sobre estes laudos antropológicos, que integram esses dois feitos, verificamos que são dados antropológicos elaborados segundo os cânones científicos, porque estão fundados em documentos, mapas e provas testemunhais. Portanto, são laudos, do ponto de vista técnico, absolutamente impecáveis (...) e que a meu ver, resolvem a controvérsia fática".

Fica evidente que a posição majoritária do Supremo que a Constituição de 88 adotou o instituto do indigenato como premissa fundamental para salvaguardar a posse indígena as suas terras tradicionalmente ocupadas. Ou seja, a posse indígena é constitucional, não se perde nos casos de esbulho, expulsões

e violência cometidas contra o patrimônio dos povos indígenas, vedado o reducionismo hermenêutico em detrimento do direito dos povos originários.

3. MARCO TEMPORAL

A tese jurídica do marco temporal não nasceu exatamente no âmbito do poder judiciário. Antes do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, esta intepretação jurídica era rotineiramente suscitada nos discursos parlamentares e de juristas que advogam para os interesses do capital. Cito por exemplo, o discurso do deputado federal Gervásio Silva (PFL-SC), proferido no dia 20 de outubro de 2005, intitulado "*Acirramento de conflitos fundiários pela política de demarcação de terras indígenas da FUNAI no Estado*", discorreu[20]:

> [...] e é bom que se repita: a Constituição Federal de 1988 não fala em posse imemorial, mas em terras tradicionalmente ocupadas no presente e de habitação permanente.
> [...]
> à identificação de uma terra indígena, está completamente divorciado do entendimento atual do STF, externado pela Súmula 650-STF, que consolidou a jurisprudência sobre o reconhecimento de terras indígenas, com base nos seguintes julgados: Recurso Extraordinário n° 219.983-3 - Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 17 de setembro de 1999, e Recurso Extraordinário n° 174.488.0 SP - Relator Ministro Ilmar Galvão, 2ª Turma, DJ 13 de agosto de 1999), como todos sabem, esta súmula não reconhece a doutrina de posse imemorial e consagra o princípio jurídico da ocupação atual e permanente das terras tradicionais de ocupação indígena. Explicando que os supostos direitos da suposta comunidade indígena de Araçá só mereciam o abrigo constitucional se os índios lá estivessem em 05 de outubro de 1988.

Ao que se percebe, essa interpretação restritiva aos direitos dos povos indígenas consistente no "marco temporal", nasceu justamente de uma leitura equivocada feita a partir da súmula 650 do STF, que preceitua *"os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto". Entretanto, é preciso fazer uma* leitura dessa

[20] Câmara dos Deputados. Discurso do Dep. Fed. Gervásio Silva. *Acirramento de conflitos fundiários pela política de demarcação de terras indígenas da FUNAI no Estado. 20.10.2005. Disponível em:*https://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=286.3.52.O&nuQuarto=89&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=16:56&sgFaseSessao=GE&Data=20/10/2005, acesso em 20 de março de 2020.

súmula em conexão a matéria posto a julgamento que resultou na edição do citado verbete. O precedente da súmula 650 do STF, é o RE 219.983, tendo em vista o interesse da União Federal na solução de ações de usucapião em terras situadas nos Municípios de Guarulhos e de Santo André, no estado de São Paulo, em vista do disposto no artigo 1º, alínea h, do Decreto-Lei 9.760/1946. Como bem salienta o jurista Roberto Lemos dos Santos Filho "é necessário que os operadores do direito atentem ao fato de que aplicação da Súmula 650-STF deve ser realizada aos casos específicos a que ela tem relação, vale dizer, usucapião de terras indígenas a que se refere o Decreto-Lei 9.760/1946" (SANTOS FILHO, 2005).

Ainda no âmbito do legislativo, cabe citar o Projeto de Lei (PL) 490/2007, de autoria do Dep. Homero Pereira que tem por objetivo alterar a Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973, também conhecido como Estatuto do Índio, propondo que as terras indígenas sejam demarcadas por lei, ou seja, que a demarcação passe pelo crivo do legislativo. O autor justifica a importância da proposição evidenciando que a "demarcação das terras indígenas extrapola os limites de competência da FUNAI, pois interfere em direitos individuais, em questões relacionadas com a política de segurança nacional na faixa de fronteiras, política ambiental e assuntos de interesse dos Estados da Federação e outros relacionados com a exploração de recursos hídricos e minerais". Em 15 de maio de 2018, o Dep. Jerônimo Goergen apresentou parecer nesta proposição legislativa no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania, propondo a instituição do marco temporal por meio de lei, vejamos:

> Art. 3º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios de nacionalidade brasileira devidamente comprovada, aquelas que, na data da promulgação da Constituição de 1988, atendiam simultaneamente, aos seguintes requisitos:
> I - as por eles habitadas em caráter permanente;
> II - as utilizadas para suas atividades produtivas;
> III - as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar;
> IV - as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
> [...]
> § 3º. A ausência da comunidade indígena da área pretendida em 05 de outubro de 1988 descaracteriza o enquadramento no inciso I deste artigo, salvo no caso de renitente esbulho devidamente comprovado.
> § 4º. Renitente esbulho é o conflito possessório que iniciado no passado tenham persistido até o marco temporal de 05 de outubro de 1988,

> materializado por circunstancias de fato e controvérsias possessória judicializada.

Nota-se que é uma clara iniciativa da bancada ruralista implementar o marco temporal pela via legislativa, como uma espécie de retorno ao nicho de onde nasceu, mas agora com precedentes judiciais. No âmbito de discussão da tramitação da PEC 215/2000, verifica-se de forma reincidente os parlamentares valem-se do argumento do marco temporal para capitanear apoio a aprovação dessa proposta.

Entretanto, foi no âmbito do judiciário que o marco temporal encontrou terreno fértil, enraizando-se e alastrando-se por toda a estrutura. Seus frutos são decisões liminares, sentenças e acórdãos anulando demarcação de terras indígenas e determinando o despejo de comunidades inteiras. No ano de 2009, por ocasião do julgamento da Petição 3.388, no STF, aparece pela primeira vez, no âmbito no poder judiciário, a tese jurídica denominado "marco temporal". Segundo esta interpretação jurídica, os povos indígenas só teriam direito às terras que estivessem ocupando no dia 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal. Dessa decisão proferida, tanto as comunidades indígenas quanto o ministério público federal interpuseram recurso de embargos de declaração, buscando com isso, uma nova manifestação da Corte, para se manifestar se as condicionantes se estendiam automaticamente às outras terras ou não. No ano de 2013, o Supremo analisou os recursos de embargos opostos, decidindo que as condicionantes do caso "não vincula(m) juízes e tribunais quando do exame de outros processos relativos a terras indígenas diversas (...). A decisão vale apenas para a terra em questão".

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou

> condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.
> (Pet 3388 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00057 - Grifou-se)

Mesmo o após o Supremo ter afirmado que as condicionantes e, de igual modo, o marco temporal, não eram aplicáveis a outras terras indígenas, vários juízes e tribunais começaram imediatamente a usar essa tese jurídica para suspender processos demarcatórios ou determinar despejos de comunidades indígenas. No caso da terra indígena *Limão Verde*, que foi homologada em 2003, teve sua demarcação anulada pela Segunda Turma do Supremo, com base na tese do marco temporal. O relator, ministro Teori Zavascki, entendeu ausentes os pressupostos antes referidos: ocupação indígena, em outubro de 1988, na área disputada e demonstração daquilo que se chama em Direito de *esbulho renitente* (DUPRAT, 2018, p. 91).

> Ora, no caso, tanto o voto vencedor quanto o voto vencido do acórdão recorrido permitem concluir que a última ocupação indígena na área objeto da presente demanda (Fazenda Santa Bárbara) deixou de existir desde, pelo menos, o ano de 1953, data em que os últimos índios teriam sido expulsos da região. Portanto, é certo que não havia ocupação indígena em outubro de 1988.
> Argumenta, porém, o voto vencedor que, "ainda que os índios tenham perdido a posse por longos anos, têm indiscutível direito de postular sua restituição, desde que ela decorra de tradicional (antiga, imemorial) ocupação". Esse entendimento, todavia, não se mostra compatível com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, conforme já afirmado, é pacífica no sentido de que o conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não abrange aquelas que eram ocupadas pelos nativos

> no passado. Nesse sentido é a própria Súmula 650/STF: "os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto (Ministro Teori Zavask, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 803.462, STF).

No que tange ao *esbulho renitente*, o ministro Teori Zavask afirmou:

> O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. Todavia, renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada (Ministro Teori Zavask, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 803.462, STF).

Ao analisar esta decisão, Duprat (2018, p. 93), consignou que as "circunstâncias de fato", não foram levadas em consideração para caracterizar a resistência Terena ao esbulho perpetrado pelos fazendeiros, citando por exemplo: (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Armando Gabriel, à Presidência da Funai.

4. PARECER 01/2017 DA AGU: UM DURO GOLPE AOS DIREITOS INDÍGENAS

Como visto, em 2009, o STF fixou as denominadas "salvaguardas institucionais às terras indígenas" no acórdão proferido no julgamento da Pet. n. 3.388/RR (caso Raposa Serra do Sol). Instaurou-se o debate sobre se essas "salvaguardas" ou "19 condicionantes" deveriam ser seguidas em todos os processos de demarcação de terras indígenas. Ato seguinte, no ano de 2012, foi editado a Portaria de n. 303 pela Advocacia Geral da União (AGU) com o propósito de "normatizar" a interpretação e aplicação das 19 condicionantes. Em

25 de julho de 2012, a Portaria AGU n. 308 suspendeu o início da vigência da Portaria n. 303/2012 em razão da oposição de diversos embargos de declaração ao acórdão do STF na Pet. n. 3.388/RR e de um intenso processo de mobilização dos povos indígenas e de organizações sociais. Em 17 de setembro do mesmo ano, uma nova portaria, a Portaria n. 415 da AGU, estabeleceu como termo inicial da vigência da Portaria n. 303 o dia seguinte ao da publicação do acórdão a ser proferido pelo STF nos referidos embargos.

Em 2013 o STF analisou os embargos opostos no caso da Pet. n. 3.388/RR e decidiu que as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol "não vinculam juízes e tribunais quando do exame de outros processos relativos a terras indígenas diversas (...). A decisão vale apenas para a terra em questão". Após a publicação do acórdão do STF nos embargos de declaração, a AGU publicou a Portaria n. 27 de 07 de fevereiro de 2014, determinando à Consultoria-Geral da União e à Secretaria Geral de Contencioso a análise de adequação do conteúdo da Portaria n. 303/2012 aos termos da decisão final do STF. Diversos órgãos da Administração Pública (FUNAI, AGU, PFE/FUNAI, CONJUR/MJ/CGU/AGU) se envolveram em uma controvérsia sobre a vigência e eficácia da Portaria em questão. Em 11 de maio de 2016, o Advogado-Geral da União, por meio do Despacho n. 358/2016/GABAGU/AGU, determinou que a Portaria n. 303/2012 deveria permanecer suspensa até conclusão dos estudos requeridos por meio da Portaria n. 27/2014.

A partir de 2016, com a ascensão de Michel Temer a presidência da república, iniciou-se um acelerado retrocesso dos direitos humanos dos povos indígenas no Brasil. Em maio de 2017, quando o ex-presidente da Funai, Sr. Antônio Fernandes Toninho Costa entregou o cargo, acusando o ex-Ministro da Justiça de agir em favor de um *lobby* conservador de latifundiários e outros interesses da bancada ruralista, inclusive impondo indicações políticas dentro da Funai, o órgão vem sendo dirigido por um general do Exército. A despeito de protestos do movimento indígena nacional, assumiu a presidência da Funai o general Franklimberg Ribeiro de Freitas. Empossado no cargo, Sr. Freitas assinou uma série de medidas controversas, particularmente no que diz respeito à perspectiva de assimilação de povos indígenas, escondida atrás do argumento do desenvolvimento econômico. Enquanto isso, o Conselho Nacional de Política Indigenista (CNPI) ficou inoperante, corroborado pela falta de interesse do Ministério da Justiça em estabelecer um diálogo com os povos indígenas.

Foi neste contexto, que em julho de 2017, o Ministério da Justiça estabeleceu um grupo de trabalho (Portaria n. 541/2017 do Ministério da Justiça), com vários representantes das forças de segurança e sem a participação de representantes indígenas, para elaborar medidas visando a integração desses povos. Depois de críticas severas por parte do movimento indígena e de organizações da sociedade civil, o ato foi substituído por um similar (Portaria n. 546/2017 do Ministério da Justiça), sob a justificativa de que o objetivo não era assimilação, mas a organização de povos indígenas.

E, no dia 20 de julho de 2017 foi publicado no Diário Oficial da União o Parecer n. 01/2017/GAB/CGU/AGU que obriga a Administração Pública Federal a aplicar as 19 condicionantes que o STF estabeleceu na decisão da Pet. n. 3.388/RR quando reconheceu a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol a todas as terras indígenas. O Parecer tem como objetivo, além de determinar a observância direta e indireta do conteúdo das 19 condicionantes, institucionalizar a tese do "marco temporal" segundo a qual os povos indígenas só teriam o direito às terras que estivessem ocupando na data de 05 de outubro de 1988, dia da promulgação da Constituição Federal.

A pretexto de normatizar a atuação da Administração Pública Federal e uniformizar a interpretação constitucional a respeito do processo demarcatório de terras indígenas, o que o Parecer nº 01/2017 da AGU, fez na verdade, foi conceder efeito vinculante e automático à decisão do STF, quando este próprio proibiu essa possibilidade. A ementa do Parecer dispõe que:

> I. O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no julgamento da PET 3.388/RR, fixou as "salvaguardas institucionais às terras indígenas", as quais constituem normas decorrentes da interpretação da Constituição e, portanto, devem ser seguidas em todos os processos de demarcação de terras indígenas. II. A Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR)

Na prática este parecer vincula todos os órgãos da administração pública federal (direita e indireta), atingindo notadamente a Funai e a Procuradoria Especializada da Funai. Os efeitos são extremamente negativos, porque imediatamente a Funai começou a reanalisar vários procedimentos de

demarcação de terras indígenas de todo o país. Outros processos que já estavam na Casa Civil e Ministério da Justiça em estágio avançado, foram devolvidos para a Funai para serem reanalisados. No âmbito da própria AGU, muitos advogados da União que atuam na defesa dos interesses da União e da Funai, pois as terras indígenas são bens da União, tiveram suas prerrogativas de atuações tolhidas. Em muitos casos, os procuradores da Funai foram obrigados a desistir de fazer a defesa judicial de muitas comunidades indígenas, sob pena de sofrerem procedimento disciplinar. Sem dúvida, este parecer gestado pelo setor ruralista no âmbito do governo de Michel Temer, trouxe serias consequências aos direitos e interesses dos povos indígenas. Tal parecer foi editado justamente no momento que Michel Temer precisa do apoio da bancada ruralista para impedir a admissibilidade de denuncia contra si no parlamento brasileiro. A Apib chegou a protocolar representação na Procuradoria Geral da República, mas o caso foi arquivado[21].

5. PERSPECTIVAS DO MOVIMENTO INDÍGENA

O movimento indígena tem resistido à aplicação do marco temporal. Há anos, o poder judiciário se consolidou como uma arena de conflitos, no entendimento dos povos indígenas, que vem incidindo junto aos juízes e ministros dos tribunais. No ano de 2017, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), lançou a campanha "Nossa história não começa em 88", com o nítido objetivo de fazer o contraponto ao argumento do marco temporal. A campanha foi lançada por conta do julgamento agendado no dia 16 de agosto, no Supremo Tribunal Federal. Estavam na pauta de julgamento três ações[22] que

[21] APIB. *Michel Temer violenta os direitos dos povos indígenas para tentar impedir seu próprio julgamento.* Disponível em http://apib.info/2017/07/20/michel-temer-violenta-os-direitos-dos-povos-indigenas-para-tentar-impedir-seu-proprio-julgamento/, acesso em 20 de março de 2020.

[22] "A Ação Civil Originária (ACO) 362, primeira na pauta, foi ajuizada nos anos 1980 pelo Estado de Mato Grosso (MT) contra a União e a Funai, pedindo indenização pela desapropriação de terras incluídas no Parque Indígena do Xingu (PIX), criado em 1961. O Estado de Mato Grosso defende que não eram de ocupação tradicional dos povos indígenas, mas um parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) defende a tradicionalidade da ocupação indígena no PIX, contrariando o pedido do Estado de MT. Já a ACO 366 questiona terras indígenas dos povos Nambikwara e Pareci e também foi movida pelo Estado do Mato Grosso contra a Funai e a União. Semelhante à 362, ela foi ajuizada na década de 1990, pede indenização pela inclusão de áreas que, de acordo como o Estado de MT, não seriam de ocupação tradicional indígena. Neste caso, a PGR também defende a improcedência do pedido do Estado

tratavam do Parque Indígena do Xingu (MT), da Terra Indígena Ventarra (RS) e das terras indígenas dos povos Nambikwara e Pareci. Embora tais ações tratassem especificamente dessas terras, o entendimento dos ministros serviria de orientações para as demais terras do Brasil. Neste contexto, estava em negociação as articulações políticas de Temer para evitar seu afastamento da presidência, os ruralistas do Congresso conseguiram emplacar sua pauta no governo federal. Temer assinou, em julho, o Parecer 001/2017, da Advocacia Geral da União (AGU), obrigando todos os órgãos do Executivo a aplicar o "marco temporal" e a vedação à revisão dos limites de terras já demarcadas – inclusive visando influenciar o STF.

A Apib divulgou carta[23] afirmando que "o marco temporal legitima e legaliza as violações e violências cometidas contra os povos até o dia 04 de outubro de 1988: uma realidade de confinamento em reservas diminutas, remoções forçadas em massa, tortura, assassinatos e até a criação de prisões". Sonia Guajajara, coordenadora da Apib, afirmou que "*aprovar o marco temporal significa anistiar os crimes cometidos contra esses povos e dizer aos que hoje seguem invadindo suas terras que a grilagem, a expulsão e o extermínio de indígenas é uma prática vantajosa, pois premiada pelo Estado brasileiro*".

As lideranças indígenas têm demonstrado uma capacidade qualificada de resistência na mobilização pela garantia de direitos. As instâncias estatais (executivo, legislativo e judiciário) constituem um elemento de análise por parte das lideranças que buscam compreender a sistemática da burocracia e operacionalidade da máquina administrativa. Essa tarefa assumida por parte das comunidades aperfeiçoa as formas de incidir juntos aos atores representativos

---

de MT.
A última que será julgada no dia 16, é a ACO 469, sobre a Terra Indígena Ventarra, do povo Kaingang. Movida pela Funai, ela pede a anulação dos títulos de propriedade de imóveis rurais concedidos pelo Estado do Rio Grande do Sul sobre essa terra. A ação é simbólica dos riscos trazidos pela tese do "marco temporal": durante a política de confinamento dos indígenas em reservas diminutas, os Kaingang foram expulsos de sua terra tradicional, à qual só conseguiram retornar após a Constituinte, com a demarcação realizada somente na década de 1990. Desde então, a Terra Indígena Ventarra está homologada administrativamente e na posse integral dos Kaingang. Sem relator, a ação tem parecer da PGR favorável aos indígenas e está com pedido de vistas da ministra Cármen Lúcia, que deve ser a primeira a votar". Disponível em http://apib.info/2017/08/03/nossa-historia-nao-comeca-em-1988-marco-temporal-nao/, acesso em 08 de janeiro de 2019.

[23] Disponível em http://apib.info/2017/08/03/nossa-historia-nao-comeca-em-1988-marco-temporal-nao/, acesso em 08 de janeiro de 2019.

dos poderes estatais. Isso é revelador de como o movimento indígena brasileiro, ao longo dos séculos, resistiu as ações estatais. Mas não uma resistência apenas defensiva, mas qualificada pelo protagonismo indígenas que se apropriou e ressignificou elementos que antes era estranha a cultura indígena, mas que nos dias atuais são acionados pelas lideranças em suas reivindicações. É por isso que o movimento indígena, investindo na perspectiva de ter um pronunciamento definitivo do pleno do Supremo, aguarda a inclusão na pauta de julgamento de algum dos processos citados neste trabalho, para se ter o posicionamento majoritário, e não apenas as decisões de alguns ministros da Segunda Turma que minoritariamente defendem o marco temporal.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____ . *Parecer sobre o marco temporal*. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. *Michel Temer violenta os direitos dos povos indígenas para tentar impedir seu próprio julgamento*. Disponível em http://apib.info/2017/07/20/michel-temer-violenta-os-direitos-dos-povos-indigenas-para-tentar-impedir-seu-proprio-julgamento/, acesso em 20 de março de 2020.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. Petição de Amicus Curiae no Recurso Extraordinário n. 1017365. Min. Rel. Edson Fachin. Consulta em 20 de março de 2020.

ARAÚJO JUNIOR, J. J. *O marco temporal e uma prática constitucional assimilacionista*. In: ALCÂNTARA, G. K; TINÔCO, L. N; MAIA, L. M. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília, ANPR, 2018.

ARAÚJO, AnaValéria, ET alii. *Povos indígenas e a lei dos brancos: o direito à diferença* – Brasília: MEC; LACED/Museu Nacional, 2006.

AZANHA, G. *A lei de terras de 1850 e as terras dos índios*. Disponível em https://biblioteca.trabalhoindigenista.org.br/wp-content/uploads/sites/5/2018/06/terra_0.pdf; acesso em 25 de março de 2020.

BORGES, Fragmon Carlos. *Origens históricas da propriedade da terra – 1958*. Revista de estudos sociais, maio-junho de 1958. 259 – 298.

CAMPOS, Kátia Maria Nunes. *Elo da história demográfica de Minas Gerais: reconstituição e análise inicial dos registros paroquiais da Freguesia de N. S.a DA Conceição do Antônio Dias 1763-1773*. Dissertação de Mestrado – UFMG/Cedeplar . Belo Horizonte, MG. 2007.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Os direitos dos índios*. São Paulo, Brasiliense, 1987.

CERQUEIRA, B. S. A. *A demarcação territorial indígena e o problema do "marco temporal": o Supremo Tribunal Federal e o indigenato do ministro João Mendes de Almeida Júnior (1856-1923)*. In: ALCÂNTARA, G. K; TINÔCO, L. N; MAIA, L. M. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília, ANPR, 2018.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Julgamento da Terra Indígena Guyraroka adiado no STF: "Vamos respirar e continuar essa luta"*. https://cimi.org.br/2019/06/julgamento-da-terra-indigena-guyraroka-adiado-no-stf-vamos-respirar-e-continuar-essa-luta/, acesso em 20 de março de 2020.

DODGE, R. *Parecer no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC*. Procuradoria Geral da República. Ministério Público Federal. Brasília, 2019.

DUPRAT, Débora. *O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – Terra Indígena Limão Verde*. In: ALCÂNTARA, G. K; TINÔCO, L. N; MAIA, L. M. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília, ANPR, 2018.

ELOY AMADO, Luiz Henrique. *Governo ilegítimo quer fazer um bota fora nas terras indígenas*. Disponível em https://midianinja.org/luizhenriqueeloy/governo-ilegitimo-quer-fazer-um-bota-fora-nas-terras-indigenas/ , acesso em 19 de março de 2020.

_____ . *Poké'exa Ûti: o território indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento local*. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Local). Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2014.

_____ . *Povos indígenas e o Estado brasileiro: a luta por direitos em contexto de violações*. Vukápanavo – Revista Terena. Disponível em www.vukapanavo.com . Campo Grande, 2018.

_____ . *Vukápanavo*: *o despertar do povo Terena para os seus direitos: mobilização indígena e confronto político*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Museu Nacional – UFRJ. Rio de Janeiro, 2019.

FARIA, Ivani Ferreira de. *Expropriação da identidade e da terra indígena no Brasil*. Disponível em http://www.ipol.org.br/ler.php?cod=329. Acesso em 23 de setembro de 2013.

FERREIRA, R. A. A. C. *Marco temporal para aquém dos direitos dos povos indígenas ao território tradicional*. In: ALCÂNTARA, G. K; TINÔCO, L. N; MAIA, L. M. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília, ANPR, 2018.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. *A posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um instituto diverso da posse civil e sua qualificação como um direito constitucional fundamental*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, UNIFOR. 2010.

JUZINSKAS, L. G; AYRES, S. M. C. *Breves apontamentos acerca de causas e consequências na adoção do marco temporal em matéria de terra indígena*. Boletim Científico *ESMPU*. n. 53, p. 13-40 – jan./jun. Brasília, 2019

MENDES JÚNIOR, J. *Os Indígenas do Brasil seus Direitos Individuais e Políticos*. SP, Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MOLINA, L. P. *As encruzilhadas das demarcações de TIs: "interesse nacional", etnocídio e genocídio*. In: ALCÂNTARA, G. K; TINÔCO, L. N; MAIA, L. M. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília, ANPR, 2018.

NOZOE, Nelson. *Sesmarias e Apossamento de Terras no Brasil Colônia*. Revista de Economia. Set/Dez 2006. p. 587 – 605. São Paulo.

OLIVEIRA SOBRINHO. *Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria. O Decreto Legislativo n°. 5 484, de 1928*. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Curitiba: Juruá, 1992.

OSOWSKI, R. *O Marco Temporal Para Demarcação De Terras Indígenas, Memória E Esquecimento*. Dossiê - Remoções forçadas de grupos indígenas no Brasil republicano. *Mediações*. V. 22 N. 2, P. 320-246, JUL./DEZ. Londrina, 2017.

PEGORARI, B. *The 'time milestone theses' as a restrictive interpretative standard to the right to land of the indigenous peoples in Brazil: an Inter-American Court of Human rights' regard*. ARACÊ Revista de Direitos Humanos. Ano 4. N 5. Fev. 2017.

PEREIRA, R. C. B. *Análise constitucional e convencional do marco temporal de demarcação de terras indígenas no Brasil*. In: ALCÂNTARA, G. K; TINÔCO, L. N; MAIA, L. M. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília, ANPR, 2018.

SANTANA, C. R. *Direitos territoriais indígenas e o marco temporal: o STF contra a Constituição*. In: ALCÂNTARA, G. K; TINÔCO, L. N; MAIA, L. M. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília, ANPR, 2018.

SANTOS FILHO, R. L. *Terra indígena: súmula 650 do STF só incide em ações de usucapião. Disponível em:* https://www.conjur.com.br/2005-out-14/sumula_650_stf_incide_acoes_usucapiao, *acesso em 25 de março de 2020.*

SANTOS, A. S; URQUIZA, A. H. A. *Direitos indígenas e o marco temporal: a demarcação do território Terena de Limão Verde (MS)*. Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos. V. 7, n. 2, p. 19-38, jul./dez., Bauru, 2019.

SARTORI JÚNIOR, D. *Terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal: análise da tese do "marco temporal da ocupação" sob a perspectiva da colonialidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre - RS, 2017.

SILVA, L. A. L; SOUZA FILHO, C. F. M. *Marco temporal como retrocesso dos direitos territoriais originários indígenas e quilombolas*. In: ALCÂNTARA, G. K; TINÔCO, L. N; MAIA, L. M. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília, ANPR, 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

STEDILE, J. O. *A questão agrária no Brasil: O debate tradicional – 1500-1960*. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ag.Reg. no RExt com Agr. 803.462/Mato Grosso do Sul. Voto Min. Rel. Teori Zavascki. Julgado em 09.12.2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087. Rel. Min Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.09.2014.

VEIGAS, D. P. *Marco temporal: a "estátua de murta" do Supremo Tribunal Federal*. In: ALCÂNTARA, G. K; TINÔCO, L. N; MAIA, L. M. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília, ANPR, 2018.

VIEIRA, A. C. A. & ELOY AMADO, L. H. *Aplicação do marco temporal pelo Poder Judiciário e seus impactos sobre os direitos territoriais do povo Terena*. In: ALCÂNTARA,

G. K; TINÔCO, L. N; MAIA, L. M. *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília, ANPR, 2018.

YAMADA, E. M. & VILLARES, L. F. *Julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio*. Revista Direito GV, SÃO PAULO 6(1), p. 143-158. Jan-Jun. 2010. Disponível em http://direitosp.fgv.br/sites/default/files/08_1.pdf

Agradecimento: O presente trabalho foi realizado com o apoio da CAPES, entidade do Governo brasileiro voltada para a formação de recursos humanos (Bolsista Capes - processo n° 88887.370345/2019-00).

HAITIANOS E O INSTITUTO DO REFÚGIO AMBIENTAL NO BRASIL: Perspectivas sobre Racismo Ambiental, Climático e Institucional

Marina Marçal do Nascimento
Universidade Federal Fluminense / PPGSD
marinamarcalrj@gmail.com

Thiago Rodrigues dos Santos Pacheco
Universidade Federal Fluminense / PPGSD
thiago_pachecoo@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho está relacionado a investigação dos autores desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF/RJ. As pesquisas, ainda em curso, propõem reflexões críticas acerca dos conceitos de racismo ambiental (HERCULANO e PACHECO, 2006; BULLARD, 2004) e refugiados ambientais (CLARO, 2016; RAMOS, 2011; EL-HINNAWI, 1985; BLACK, 2001), respectivamente. Desse modo, este artigo terá como objetivo analisar as imbricações dos conceitos em relação à proteção jurídica deficitária de pessoas em situação de vulnerabilidade, cuja análise de entraves jurídicos e sociais tem ignorado a estratificação sócio-racial da sociedade, sobretudo brasileira. Este estudo tem como pano de fundo a crescente preocupação com a degradação ambiental em âmbito global e seus impactos na dimensão humana. Afinal, a ocorrência cada vez mais frequente de desastres ambientais, a escassez e contaminação de recursos naturais, de forma contínua e progressiva, comprometem severamente a vida, a biodiversidade e a segurança de todos os indivíduos, principalmente nas zonas de sacrifício (ACSERALD, 2004) do Sul Global. Todavia, em que pese as questões ambientais afetarem toda a coletividade, é inquestionável que os danos são especialmente sentidos pelos grupos sociais mais vulneráveis, como as populações tradicionais, que sem saída se veem obrigadas a migrarem e buscarem refúgio para sobrevivência. Por isso, é importante a reflexão sobre como estão interligados esses dois fenómenos: o racismo ambiental e os refugiados ambientais, este último instituto que ainda carece de tutela jurídica, no atual contexto brasileiro. Para tanto, analisaremos a evolução dos danos sociais à ocorrência dos riscos ambientais, aliada à prática do racismo ambiental e as implicações de sua ocorrência. A justificativa se dá pelo fato de que em 2008 estimou-se haver 20 milhões de pessoas "refugiadas ambientais", estimativa alterada para 22 milhões em 2013, e que pode chegar a 200 milhões em 2050 de acordo com a ACNUR (2016).

Palavras chave: Racismo Ambiental. Racismo Climático. Racismo Institucional. Refugiados Ambientais. Justiça Ambiental.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho está relacionado a investigação dos autores desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF/RJ. Tais pesquisas, ainda em curso, propõem reflexões críticas acerca dos conceitos de racismo ambiental e refugiados ambientais, respectivamente.

Nesse sentido, embora este artigo não tenha o propósito de esgotar o tema, terá como objetivo analisar as imbricações dos conceitos em relação à proteção jurídica deficitária para pessoas em situação de vulnerabilidade, como os refugiados haitianos. A análise de entraves jurídicos e sociais relacionados à presença deste grupo na sociedade brasileira, em muitos casos, tem ignorado as perspectivas de estratificação sócio raciais.

Destaca-se que este estudo tem como pano de fundo a crescente preocupação com a degradação ambiental em âmbito global e seus impactos na dimensão humana. Afinal, a ocorrência cada vez mais frequente de desastres ambientais, a escassez e contaminação de recursos naturais, de forma contínua e progressiva, comprometem severamente a vida, a biodiversidade e a segurança de todos, no entanto, recai de forma desigual sobre determinados grupos como aponta o conceito de racismo ambiental, principalmente nas zonas de sacrifício (ACSERALD, 2004) do Sul Global.

Como os danos climáticos e ambientais são especialmente sentidos pelos grupos sociais que se encontram em situação de vulnerabilidade, pondo em risco seus modos de vida e subsistência, essas pessoas se veem sem saída, em muitos casos e, assim, se veem obrigadas a migrar e buscar refúgio para sobrevivência. Nesse sentido, estima-se que, em 2008, havia cerca de 20 milhões de " refugiados ambientais" no mundo. Em 2013, tal estimativa foi alterada para 22 milhões e, segundo a ACNUR (2016), em 2050 tal estimativa pode atingir o alarmante patamar de 200 milhões de pessoas, as quais carecerão da devida proteção e tutela jurídica.

A partir dessa realidade, refletir sobre como esses conceitos se interligam se faz oportuno por se tratar de um tema extremamente atual, que extrapola o campo jurídico, nos obrigando a uma análise interdisciplinar pelas lentes da sociologia e do direito para subsidiar não somente avanços nos campos temáticos, mas contribuir para a transformação social. Para tanto, faremos uma breve análise da evolução dos danos sociais à ocorrência dos riscos ambientais, aliada à prática do racismo ambiental e as implicações de sua ocorrência, a partir

do caso dos Haitianos que buscaram refúgio no Brasil, após ocorrência de catástrofes ambientais em seu país de origem.

1. O INSTITUTO DO REFÚGIO E A CONSTRUÇÃO DA FIGURA DE REFUGIADO AMBIENTAL.

O termo "refugiado ambiental" foi cunhado pela primeira vez em 1970 quando por Lester Brown utilizou tal expressão para se referir aos refugiados relacionados às causas ambientais experimentadas à época:

> Estamos familiarizados com refugiados políticos que escapam de perseguição e com refugiados econômicos à busca de trabalho, mas refugiados ambientais não são tão conhecidos. Tais refugiados incluem aqueles cuja terra está se tornando deserto, aqueles que tentam escapar de ambientes tóxicos, aqueles cujos reservatórios de água estão secos e aqueles cuja terra tem sido submergida pela elevação dos mares (BROWN, 2003, p.100 *apud* CLARO, 2018, p.71)

Contudo, de acordo com Carolina Claro, foi em 1985 que tal termo ganhou notoriedade, por meio da publicação de um trabalho científico, no qual o professor Essam El-Hinnawi, do Egyptian National Research Centre e pesquisador do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), conceitua tal expressão. Ela afirma que:

> refugiados ambientais são definidos como aquelas pessoas forçadas a deixar seu habitat natural, temporária ou permanentemente, por causa de uma marcante perturbação ambiental (natural e/ou desencadeada pela ação humana), que colocou em risco sua existência e/ou seriamente afetou sua qualidade de vida. Por "perturbação ambiental", nessa definição, entendemos quaisquer mudanças físicas, químicas, e/ou biológicas no ecossistema (ou na base de recursos), que o tornem, temporária ou permanentemente, impróprio para sustentar a vida humana. De acordo com esta definição, pessoas deslocadas por razões políticas ou por conflitos civis e migrantes em busca de melhores empregos (por motivos estritamente econômicos) não são consideradas refugiados ambientais. Existem três grandes categorias de refugiados ambientais. Primeiro, há aqueles que foram deslocados temporariamente por causa de um stress ambiental. [...] A segunda categoria de refugiados ambientais compreende aqueles que tiveram de ser permanentemente deslocados e restabelecidos em uma nova área. [...] A terceira categoria de refugiados ambientais é constituída de indivíduos ou grupos de pessoas que migram de seu habitat original, temporária ou permanentemente, para um novo dentro de suas fronteiras nacionais, ou no exterior, em busca de uma melhor qualidade de vida. (CLARO, 2015, p.76)

Nesta definição observa-se três subcategorias de refugiados ambientais, as quais têm como ponto de partida não só a gravidade, mas também a amplitude da destruição ambiental que deu ensejo ao deslocamento.

Em 1988, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA, 1988) estabeleceu uma definição própria para tal termo, com um víes bastante amplo e humanizado. Para a PNUMA:

> são refugiados ambientais as pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente viviam, devido ao visível declínio do ambiente, perturbando a sua existência e ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entrasse em perigo.

Ocorre, todavia, que a Convenção da ONU de 1951, que estabelece as hipóteses e situações consideradas como ensejadoras de refúgio em âmbito internacional, não contempla as questões ambientais, o que tem gerado discussões acerca do enquadramento desses indivíduos e a proteção a eles concedida.

Tal Convenção, assinada sob a égide do ACNUR, reconhece como refugiado aquele que em razão de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode regressar ao mesmo (CARDOSO; RODRIGUES, 2013, p. 4).

Neste contexto, duas perspectivas quanto a essa temática surgem: a minimalista e a maximalista. A primeira entende que a degradação ambiental por si só não é um fator determinante para as migrações, estando atrelada a outros fatores, como por exemplo, econômicos e sociais. A segunda, por sua vez, considera a degradação ambiental como causa imediata da migração. (GUERRA, 2018, p. 4)

Sidney Guerra esclarece, ainda, que mesmo que existam outros fatores, prevalecendo razões ambientais, a existência dessa categoria não deve ser desconsiderada e, destaca que há autores que são favoráveis ao uso dessa expressão e outros não. Vejamos:

> A partir dessas duas perspectivas, podem-se citar autores, que sustentam o uso da terminologia "refugiado ambiental" e outros que entendem não ser cabível. Nesta esteira Stephen Castles sustenta a inadequação da noção de refugiado ambiental. Para o autor, a questão central do problema talvez

> não seja a mudança ambiental, mas a capacidade de diferentes comunidades e países em lidar com isso. Dessa forma, o problema seria principalmente político-social e não ambiental.
> José Antônio Tietzmann e Silva, por sua vez, em defesa da existência de uma categoria de migrantes por razões ambientais argumenta que "mesmo que os motivos que tenham ensejado o processo migratório decorram de interesses pessoais, familiares, sociais, condições econômicas etc. das pessoas, desde que haja um motivo preponderante que se vincule à degradação substancial das condições do ambiente em que viviam, estar-se-á diante de migrantes ambientais (GUERRA, 2018, p. 4)

Desse modo, a autora Carolina Claro afirma que acerca da temática "refúgio ambiental", em virtude de toda essa divergência, diversas terminologias são encontras nas literaturas estrangeiras e brasileiras, a saber:

> (i) deslocados ambientais; (ii) pessoas ambientalmente deslocadas; (iii) pessoas forçadas a se deslocar por causas ambientais; (iv) deslocados do clima; (v) deslocados induzidos pela mudança climática; (vi) ecomigrantes; (vii) migrantes ambientais; (viii) migrantes ambientalmente forçados; (ix) migrantes ambientalmente motivados; (x) migrantes climáticos; (xi) "refugiados ambientais"; (xii) "refugiados da conservação"; (xiii) "refugiados do clima"; (xiv) "refugiados climáticos"; (xv) "refugiados do meio ambiente"; e (xvi) "refugiados ecológicos" (CLARO, 2018, p.76)

Em uma breve análise das terminologias em torno do conceito de refugiado, os "refugiados da conservação" dizem respeitos às pessoas que foram forçadamente retiradas de seu local de residência habitual em virtude da criação de uma área ambientalmente protegida. Nesse caso, a migração é mandatória para os grupos populacionais que ali residiam. Já os "refugiados do clima" e congêneres são aquelas pessoas que migram em virtude da mudança ou variabilidade climática, que de acordo com o Painel Intergovernamental para Mudanças Climáticas (IPCC, na sigla em inglês), é qualquer alteração do clima ao longo do tempo, seja em razão de variabilidade natural ou da ação humana. Por fim, a expressão "refugiados ambientais" constitui-se em gênero, de modo que é bem ampla (CLARO, 2018, p.86).

Ressalta-se que tal autora, por sua vez, definiu que:

> "Refugiados ambientais" são refugiados não convencionais e são migrantes forçados, interna ou internacionalmente, temporária ou permanentemente, em situação de vulnerabilidade e que se veem obrigados a deixar sua morada habitual por motivos ambientais de início lento ou de início rápido, causados por motivos naturais, antropogênicos ou pela combinação de ambos (CLARO, 2018, p.78)

Verifica-se que embora Carolina Claro seja favorável ao uso dessa expressão "Refugiados ambientais" ao conceitua-la, mesclou elementos de ambas perspectivas, salientando, inclusive, que se trata de uma categoria não convencional de refúgio. Nesse caso, os elementos trabalhados foram os seguintes:

> 1. O "refugiado ambiental" é um refugiado não convencional, uma vez que ele não é protegido pela Convenção de 51 e o Protocolo de 67; 2. O "refugiado ambiental" é um migrante forçado, mesmo se considerado algum grau de voluntariedade presente no seu movimento migratório; 3. O "refugiado ambiental" pode ser tanto um migrante interno quanto um migrante internacional, permanecendo a mesma nomenclatura para o sujeito migrante caso a migração ocorra dentro do território de um Estado ou caso ultrapasse fronteiras politicamente definidas entre países; 4. O "refugiado ambiental" pode ter uma migração temporária ou permanente, ou seja, a classificação independe do período de tempo em que o sujeito permanece como migrante; e 5. O "refugiado ambiental" é um migrante em situação de vulnerabilidade ambiental, sendo que ela pode ou não ser combinada com outras formas de vulnerabilidade (social, econômica, política) (CLARO, 2018, p.79)

Nota-se que para a autora é importante o reconhecimento e categorização dessas pessoas, tendo em vista que são migrantes em situação de vulnerabilidade, o que gera a necessidade de garantia de direitos e obrigações, principalmente por parte dos Estados.

Um exemplo pioneiro para lidar com essa fragilidade é que, em 2006, o Governo das Maldivas lançou à comunidade internacional, a proposta para adoção de um novo Protocolo à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 com o fito de permitir uma maior abrangência do critério de "perseguição", em que seriam incluídas as mudanças climáticas e a degradação ambiental como fatores a serem considerado na concessão do status de refugiado (RAMOS, 2011, p 114-115).

Apesar de interessante, a proposta das Ilhas Maldivas, segundo Carolina de Abreu Batista não parece adequada a obter resultados práticos num curto ou médio espaço de tempo, haja vista a resistência dos defensores do direito clássico dos refugiados, sobretudo no âmbito da ONU, em modificar sua normativa para incluir a figura dos "refugiados ambientais". A esse respeito, ela ressalta que é preciso ter em mente que os trabalhos preparatórios para a Convenção de 1951 já haviam rechaçado uma proposta de incluir entre os motivos de "fundado temor de perseguição" as causas ambientais diante da sua imprecisão e dificuldade de mensuração (CLARO, 2013).

Diante de todo o exposto, imperiosa é a necessidade de haver o reconhecimento jurídico dessa categoria *sui generis* de refugiados. Afinal, de acordo com a ACNUR, até 2050 existirão 200 milhões de refugiados ambientais (ACNUR, 2019). Em verdade, essa categoria já é uma realidade, como no caso dos haitianos em 2º lugar no ranking de solicitações de refúgio no Brasil, que migram em virtude de desastres ambientais subsequentes que geraram impacto econômico e social e, hoje, se encontram em extrema vulnerabilidade social, conforme será averiguado a seguir.

2. O CENÁRIO DO HAITI: DA TRAGÉDIA DO DESASTRE AMBIENTAL À DIÁSPORA, RUMO AO BRASIL

Para a melhor compreensão é imprescindível que façamos uma breve contextualização de vulnerabilidade desse país que, no passado, chegou a ser uma das colônias mais prósperas do mundo.

O Haiti é um país localizado na América Central, com extensão territorial de 27.750 quilômetros quadrados e cerca de 10 milhões de habitantes. Antiga colônia francesa, após conquistar a independência, tornou-se a primeira república negra do mundo, fundada em 1804, por antigos escravizados (CERQUEIRA, 2018).

Ocorre que desde a independência ele é marcado por governos ditatoriais, instabilidade política, mazelas sociais, golpes militares, tendo em 2004, inclusive, sofrido intervenção de forças militares da Organização das Nações Unidas (ONU), na qual o Brasil desempenhou por alguns anos o papel de responsável pelo processo de "pacificação" no território (CERQUEIRA, 2018).

Destaca-se que, atualmente, o Haiti é a nação economicamente mais pobre das Américas, possui problemas socioeconômicos semelhantes aos de algumas nações africanas: os serviços de saneamento atingem uma pequena parcela dos domicílios, a população subnutrida corresponde a 58% do total, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é baixo, 45% dos habitantes são analfabetos (CERQUEIRA, 2018), entre outros fatores.

Há uma questão de ordem econômica histórica em relação ao tratamento dado aos povos oriundos de África, que não devem ser descontextualizadas também da questão de ordem política, social e econômica. O olhar que os Estados têm empregado para a população local, não está restringido a forma que se vê o território e as disputas ali presentes, mas pelo desrespeito histórico aos

direitos dos povos pretos, pela prática secular de desumanização e exploração desses corpos (NASCIMENTO, 2018).

Os efeitos no espaço-tempo da colonização haitiana e da reação dos Estados à revolução da primeira república negra, como embargos migratórios e econômicos, tributação onerosa entre outras políticas empregadas não está desassociados do reflexo da exploração econômica e social e da economia escravagista como grande responsável pela estigmatização dos indivíduos dessa nação.

É o racismo estrutural presente na sociedade como um todo, a organização econômica e política da sociedade de forma inescapável, como tecnologia para a reprodução das formas de desigualdade que ainda estruturam a vida social contemporânea (ALMEIDA, 2018), do colonialismo à colonialidade de poder (QUIJANO, 2005).

Como se não bastassem os problemas que já enfrentava, em 2010, o país foi atingido por um terremoto, o que agravou ainda mais as condições daquela população, conforme observa Sidney Guerra:

> O terremoto aqui tratado, que teve seu epicentro na Península de Tiburon, próximo a Porto Príncipe, afetou outros locais trazendo grandes estragos ao país, como por exemplo, a danificação da catedral e o Palácio Nacional, assim como a sede das Nações Unidas, a penitenciária nacional e o edifício do parlamento.
> Segundo Pallardy, o terremoto atingiu às 16h53min cerca de 15 milhas (25 km) a sudoeste da capital haitiana de Porto Príncipe. O choque inicial registrou uma magnitude de 7.0 e logo foi seguido por duas réplicas de magnitude 5.9 e 5.5. Além disso, mais réplicas ocorreram nos dias seguintes.
> Com o resultado catastrófico, diversos países e organizações internacionais se organizaram no intento de prestar assistência médica, alimentos, água, dentre outros tipos de auxílio aos sobreviventes, mas que ainda assim foram insuficientes. Estima-se que cerca de três milhões de pessoas foram afetadas pelo terremoto, quase um terço da população total do país. Destes, mais de um milhão ficaram desabrigados de imediato. (GUERRA, 2018, p.10)

Fabiano Lourenço de Menezes, por sua vez, sintetiza todo o caótico cenário haitiano após o terremoto de 2010:

> Em 2011, o relatório da Organização Pan-americana de Saúde, demonstrou que o terremoto de 12 de janeiro de 2010 no Haiti afetou diretamente: (i) 1,3 milhão de pessoas, as quais passaram a viver em abrigos após o desastre; (ii) 600 mil pessoas foram forçadas a se deslocarem internamente para outras regiões dentro do país; (iii) 300 mil

> pessoas ficaram feridas; e (iv) 220 mil pessoas morreram. Em 2013, a *Human Rights Watch* reforçou a precariedade política e as dificuldades do governo haitiano em lidar com problemas de direitos humanos, como violência contra mulher e crianças, impunidade e precariedade nas condições das prisões. Esse relatório apontou também que, em junho de 2012, 400 mil pessoas ainda viviam em campos de deslocados internos; 65 mil foram expulsas desses campos; e 80 mil estavam prestes a serem expulsas (MENEZES, 2018, p.880)

Ainda sem total recuperação dos danos causados pelo terremoto, em 2016, o furacão Matthew, um dos mais violentos da última década, atingiu o país, intensificando ainda mais a crise humanitária. Estima-se que a maior parte do hemisfério Sul do país foi destruído.

Mas no que isso se relaciona com o tema do racismo? Abaixo passamos a analisar a questão do racismo ambiental e climático.

4.O CASO DOS HAITIANOS NO BRASIL NAS PERSPECTIVAS DO RACISMO AMBIENTAL E CLIMÁTICO

Na condição de fenômeno social complexo, o racismo se manifesta de diversas formas durante o processo de reprodução social. Quando em relação direta com o meio ambiente, os efeitos da opressão racial são identificados e compreendidos para transformação nos estudos sobre racismo ambiental, erigidos a partir das lutas e reflexões do movimento negro entre tantos outros pesquisadores. Tais contribuições prestadas por cientistas, dentro e fora da Academia, cada vez mais ganham capacidade de influenciar a luta pelo direito ao meio ambiente equilibrado junto às diferentes instituições, estatais ou não. Os elementos para argumentação que estão disponibilizados na obra que debate o papel da raça na distribuição dos custos ambientais fundamentam modernas teses que dão centralidade ao tema na busca por justiça ambiental.

Os conflitos socioambientais e urbanos não se configuram apenas nas disputas sobre posse, propriedade, planejamento e gestão de territórios sejam urbanos ou rurais, mas residem também nas implicações sobre a qualidade e os modos de vida das populações envolvidas. As políticas de desenvolvimento econômico efetivadas no Brasil têm destinado desproporcionalmente a maior parte de seus danos, injustiças sociais e ambientais às etnias vulnerabilizadas, no que Herculano (2008) conceitua como racismo ambiental no contexto brasileiro, conceito exportado da análise de Robert Bullard.

Bullard (2002) entende que o racismo ambiental se refere a políticas, práticas ou diretrizes ambientais que afetam diferentemente ou de forma desvantajosa - seja intencionalmente ou não- indivíduos, grupos ou comunidades com base na cor ou raça, podendo ser reforçadas por instituições governamentais, jurídicas, econômicas, políticas e militares.

Enquanto isso, os prejuízos estruturais e sistêmicos não são previstos e nem ao menos reparados na mesma proporção. Isto, porque, em sociedades economicamente desiguais, instituições e mecanismos jurídico-políticos podem servir tanto como instrumentos democráticos para a solução de conflitos como ferramentas legitimadoras de perpetuação de desigualdades.

No caso do Haiti, em muito se relaciona também com a questão do racismo climático, conceito que pode ser entendido como a relação entre a exploração histórica dos territórios ocupados majoritariamente pela população negra e os impactos desiguais tanto da colonização quanto do atual modelo de desenvolvimento econômico que faz com que as mudanças climáticas sejam desproporcionalmente mais graves em zonas historicamente exploradas, como o Sul Global.

Especialistas da Organização das Nações Unidas destacaram que os afrodescendentes e africanos serão alguns dos grupos mais afetados pelas mudanças climáticas. Para o Grupo de Trabalho da ONU sobre Pessoas Afrodescendentes, embora tenha havido avanços no combate ao racismo e à discriminação racial, "os afrodescendentes estão frequentemente entre os grupos mais pobres e marginalizados nas sociedades, muitas vezes vivendo em comunidades desproporcionalmente afetadas por décadas de degradação ambiental, como a poluição do ar e resíduos tóxicos" (CICLO VIVO, 2018).

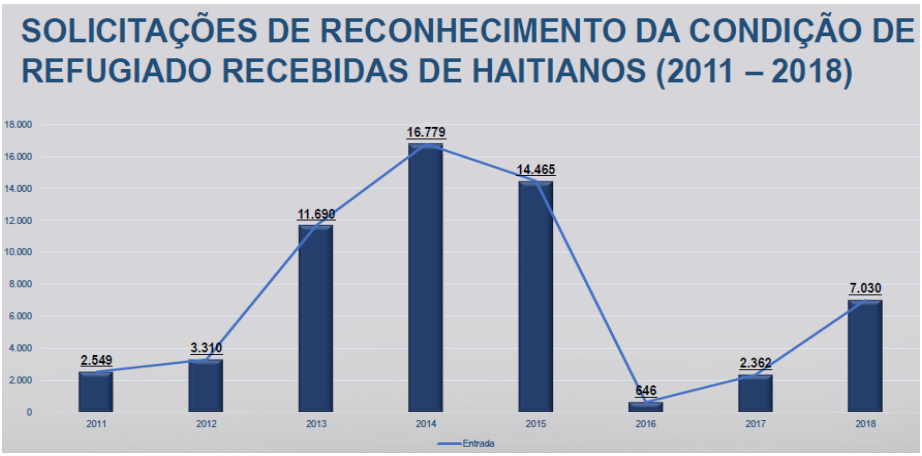
A exploração dos recursos naturais do nosso planeta sempre esteve ligada à exploração das pessoas negras e/ou indígenas. A lógica da colonização era extrair recursos valiosos do nosso planeta pela força, sem dar atenção aos seus efeitos secundários. Desse modo, para o parlamentar inglês David Lammy, a crise climática é, de certa forma, "a conclusão natural do colonialismo" (LAMMY, 2020), ele explica que:

> precisamos reconhecer que o movimento climático não tem a ver apenas com a proteção do planeta. Tem a ver principalmente com se importar com as pessoas que vivem nele. Globalmente e nacionalmente, nós devemos reconhecer os desequilíbrios e as desigualdades estruturais. Um plano de recuperação verde radical deve criar empregos para as pessoas

> que têm sido marginalizadas há séculos, empregos plantando árvores, climatizando prédios, trabalhando em tecnologias verdes. Não podemos lidar com a crise climática sem lidar com as desigualdades raciais. Não podemos resolver desigualdades raciais sem consertar o sistema econômico. O novo acordo que a economia precisa não é apenas verde; é verde e negro (LAMMY, 2020).

No mesmo sentido, Eric Holthaus, meteorologista e ativista climático, aponta que "A mudança do clima é racista, porque o sistema que a causou também é racista. Não, tempestades não se importam com a cor da pele, mas a piora nas condições climáticas agravam as divisões que já existem na sociedade, pois ela atinge os negros que vivem na pobreza", argumenta Holthaus. Para ele, o motivo pelo qual o mundo não está lutando contra a mudança do clima da forma como deveria é porque "pessoas poderosas não querem parar de explorar os negros. A urgência da mudança do clima também é a urgência da justiça racial" (CLIMA INFO, 2020).

E assim, diante das consequências dessas catástrofes ambientais e climáticas, após 2010, milhares de haitianos iniciaram uma verdadeira diáspora rumo ao Brasil, na esperança de obterem refúgio e assim salvaguardarem o único bem que ainda restava: a própria vida. O gráfico abaixo representa o fluxo de solicitações de refúgio de haitianos para o Brasil (ACNUR, 2018).



Fonte: ACNUR, 2018

5. A RESPOSTA DO GOVERNO BRASILEIRO: A CONCESSÃO DE VISTO HUMANITÁRIO

Após o terremoto de 12 de janeiro de 2010, o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), órgão brasileiro de deliberação coletiva, vinculado ao Ministério da Justiça, instituído pela lei brasileira de refugiados (Lei 9.474/97), passou a registrar solicitações de refúgio originários do Haiti. Frisa-se que compete ao CONARE analisar as solicitações de refúgio e declarar, em primeira instância, o reconhecimento da condição do refugiado (MENEZES, 2018, p.883).

É importante esclarecer que a proteção aos refugiados, apesar de garantida internacionalmente, realiza-se efetivamente no interior dos Estados. Por isso, os instrumentos internacionais que tratam da matéria facultaram a esses a elaboração de regras mais benéficas e mais adequadas às suas realidades (JUBILUT, 2007, p.192).

Exatamente por isso, em 1997, o Brasil estipulou uma lei específica para refugiados: a Lei 9.474, de 22 de julho, a qual em seu artigo 1º afirma que será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

> I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
> II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
> III - **devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.** (grifo nosso)

Nota-se assim, que a legislação supracitada, definiu as pessoas que podem ser enquadradas como refugiadas, a partir de três linhas de definições, as quais se entrelaçam, tendo como base a ideia de "ameaça" em virtude das perseguições elencadas e a vulnerabilidade social em virtude de violações de direitos humanos.

O inciso I do art. 1º da Lei 9.474/1997, praticamente transcreve o que está escrito na Convenção de Genebra de 1951 e seu protocolo de 1967, que elencam como motivos para considerar refugiado o indivíduo que está fora de seu país, por fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Já o inciso II do mesmo artigo e lei, incluiu os apátridas nesse cenário.

É o inciso III, o qual merece destaque, e traz uma definição ampliada, que não constava do projeto original do Poder Executivo e foi objeto de um acordo, durante a tramitação do anteprojeto de lei no Poder Legislativo, provocado pela sociedade civil. O governo acolheu o acordo e houve uma emenda, que acrescentava, então, um terceiro conceito de refugiados no Brasil (BARRETO, 2010, p.154).

Ressalta-se que a primeira ideia de definição ampliada de refugiado surgiu na Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA) de 1969, que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados no continente Africano e preconiza que:

> O termo 'refugiado' aplicar-se-á também a toda pessoa que, por causa de uma agressão exterior, uma ocupação ou uma dominação estrangeira, ou de acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública em uma parte ou na totalidade de seu país de origem, ou do país de sua nacionalidade, está obrigada a abandonar sua residência habitual para buscar refúgio em outro lugar fora do seu país de origem ou do pais de sua nacionalidade (ROGUET, 2009, p.55)

Essa Convenção, na verdade, foi uma resposta jurídica ao aumento excessivo do número de refugiados africanos, fruto das graves crises humanitárias que ali ocorrerem a partir de 1956. A título de exemplo temos a guerra de independência da Argélia, que provocou a maior onda de refugiados na África Moderna (ROGUET, 2009, p.111).

Outro importante diploma que ampliou a definição de refugiado e influenciou diretamente a legislação brasileira foi a Declaração da Cartagena de 1984, a qual em sua Cláusula Terceira expõe que:

> ... face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1º, parágrafo 2º) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, **considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública** (grifo nosso)(BARRETO,2010,p.155)

Nota-se que esse inciso III, do art. 1º da lei brasileira, hoje, mostra-se de fundamental importância. Afinal, trata-se de um dispositivo inovador, atual, que vai além da Convenção de 1951, ao incorporar ao ordenamento jurídico pátrio a definição de refúgio prevista na Declaração de Cartagena, a qual traz à baila a questão da violação dos Direitos Humanos.

Contudo, em que se pese a crise humanitária que vivenciava o Haiti, e a consequente grave e generalizada violação de Direitos Humanos, ali instaurados, os haitianos ao solicitarem o status de refugiados com base no art.1, inciso III da lei federal 9.474/1997, tiveram seus pedidos encaminhados para o Conselho Nacional de Imigração (CNI), pelo CONARE, com base em sua Resolução Normativa 13/2007, sob a alegação de que não havia amparo jurídico no caso em comento, haja vista a legislação brasileira não abarcar explicitamente o refúgio fruto de questões ambientais, em que se pese a questão humanitária do presente caso. Segundo o próprio Ministério da Justiça, em o Jornal G1(2019), o reconhecimento da condição de refugiado depende de uma série de categorias, que não se enquadram nos casos dos cidadãos do Haiti.

Já o Conselho Nacional de Imigração, buscando solucionar o impasse, aprovou, por razões humanitárias, a concessão de visto de permanência a haitianos, estabelecendo, no entanto, alguns limites, conforme pode ser observado na Resolução nº 97/12.

> Art. 1º Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro. Parágrafo único. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010.

É notório que a questão dos haitianos leva as autoridades brasileiras a refletirem sobre a temática das migrações oriundas de questões ambientais, de modo que, em 2017, surgiu a Lei Federal nº 13.445/2017, lei de migração, que de certa forma, versava sobre o assunto, inserindo o grupo na categoria de imigrantes e não de refugiados, por meio da concessão de vistos humanitários.

De acordo com o art. 14, §3 de lei de migração brasileira:

> O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos

> humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

Verifica-se os esforços feitos pelo governo brasileiro, à época, com as resoluções que conferiram aos haitianos o vestem humanitário e, agora, com a fixação em lei a respeito da concessão aos migrantes por desastres ambientais, mas, ainda assim se revela frágil o amparo proporcionado.

Segundo Menezes (2018), a política externa foi uma das questões que se encontram por de trás do visto humanitário. Ele afirma que:

> É preciso levar em consideração o que pode ser o primeiro fator externo para o caso. Ele pode estar relacionado com a política externa brasileira na manutenção da paz no Haiti, onde o Brasil exerce a liderança da MINUSTAH.
> A literatura reconhece que a compensação brasileira pelo investimento na MINUSTAH é conseguir uma vaga no Conselho de Segurança da ONU, bem como reforçar o prestígio (político e econômico) do Brasil nos âmbitos regional e internacional. A resposta positiva do governo brasileiro no caso haitiano não aumentou o seu prestígio internacional ou regional. No entanto, uma resposta negativa aos imigrantes haitianos poderia prejudicar a imagem brasileira no Haiti, somados com uma repercussão negativa na mídia internacional, podendo impactar suas aspirações e prestígios futuros. Esse fator externo, portanto, pode estar também associado com os interesses do governo brasileiro (MENEZES, 2018, p.886)

Dessa forma, é possível inferir que a decisão do governo brasileiro embora revestida de cunho humanitário, não é isenta de influências políticas, que buscam restringir o acesso ao Instituto do Refúgio. Em verdade, é preciso se atentar para o fato e fazer o seguinte questionamento: Quem o governo Brasileiro quer que tenha acesso a esse Instituto?

Não podemos esquecer que o solicitante do status de Refugiado não é apenas um indivíduo qualquer em situação de vulnerabilidade. Ele carrega consigo todos os estigmas e preconceitos que permeiam e assolam seu Estado-Nação. Desse modo, quando se trata de um país como Haiti, torna-se mais fácil oferecer uma proteção complementar e não uma proteção integral contemplada pelo acesso ao Refúgio, sob a alegação de que questões ambientais não são abarcadas pela Legislação.

Salienta-se que em outros casos, que também tiveram a questão ambiental como pano de fundo, como o caso Sírio, o acesso a esse instituto ocorreu de forma diferente. Em virtude de uma severa seca, muitos sírios tiveram

que migrar para sobreviver. Além disso, foi nesse cenário que muitos conflitos eclodiram.

Entre 1997 e 2018, a maior parte de pedido de refúgio reconhecidos pelo Brasil são de sírios (40%), o mesmo se repete no mundo. Em 2018, houveram 709 pedidos de solicitação de refúgio de sírios (1%) ao Brasil contra 7.030 pedidos de haitianos (9%). No entanto, a nacionalidade com maior número acumulado de pessoas refugiadas reconhecidas no Brasil em todo o período é a Síria (51%), e a nacionalidade com segunda maior extinção de processos é o Haiti (CONARE, 2018), representando um grande indício de racismo institucional.

A definição de racismo institucional ou racismo sistêmico, que em 1967 foi delineada por integrantes do grupo estadunidense Panteras Negras, tem sido adotada também no Brasil em várias práticas antirracistas, ampliando a concepção restrita de racismo e seu enfrentamento como fenômeno individual e interpessoal (GELEDÉS − INSTITUTO DA MULHER NEGRA; CFEMEA; WERNECK, 2013; WERNECK, 2010; GOULART; TANNÚS; LOPES, 2007).

O racismo institucional ou sistêmico à luz do que Jurema Werneck (2013, p.17) analisa, é uma prática que induz, mantém e condiciona a organização e a ação do Estado, suas instituições e políticas públicas – atuando também nas instituições privadas, produzindo e reproduzindo a hierarquia racial.

Werneck (2013) entende o racismo institucional como uma ideologia que desenvolve uma relação de hierarquias a partir da cor da pele, gerando uma estrutura de desigualdade social permanente em nossa sociedade, limitando a população negra de ter acesso a seus direitos. No mesmo sentido, Silvia Almeida aponta sobre o racismo estrutural que:

> a história nos demonstra que, na maioria dos casos, a simbiose entre direito e poder teve o racismo como seu elemento de ligação. A ascensão de grupos políticos racistas no poder, colocou o direito a serviço de projetos de discriminação sistemática, segregação racial e até extermínio. (...) a legalidade coloca-se como expansão do poder racista, da imposição de severas restrições às minorias. A conclusão é que o racismo é uma relação estruturada pela legalidade. (ALMEIDA, 2018, p. 105)

Assim, o racismo e a cultura presentes nos sistemas de poder fazem com que pessoas negras como os haitianos sejam invisibilizados e sub-representados em seus direitos em situações análogas àquelas relativas ao legado escravocrata. Do mesmo, as justificativas legalistas para negar o instituto do refúgio aos haitianos no Brasil, não irão faltar, já que a legalidade faz parte da relação

estruturada do racismo que, legitimou ações de Estado como a própria escravidão no contexto nacional, por exemplo.

CONCLUSÃO

De forma geral, o caso dos haitianos que buscam refúgio no Brasil, é um grande exemplo de que o acesso ao instituto do refúgio por razões ambientais se dá de forma desigual às pessoas de nacionalidade haitiana, tal como a distribuição do ônus de desenvolvimento econômico apontados pelos conceitos de racismo ambiental e climático.

Constatou-se que racismo ambiental e o refúgio ambiental se imbricam na medida em que o acesso ao instituto do refúgio é experimentado de forma desigual pelas populações em situação de vulnerabilidade.

Além disso, as consequências da degradação ambiental e mudanças climáticas que refletem na situação econômica e social de países como o Haiti, que estão em um contexto de racismo ambiental, climático e estrutural são elementos que fazem com que as pessoas oriundas do país – a primeira República negra do Ocidente – busquem cada vez mais o instituto do refúgio no Brasil.

No entanto, apesar desta parte da população se encontrar em situação de vulnerabilidade e se ver obrigada a deixar o país para salvaguarda e manutenção da vida, a resposta do governo brasileiro seja por questões políticas ou legalistas, em muito se aproxima dos elementos que configuram o racismo institucional.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Refúgios em números*. 4º Edição. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/07/Refugio-em- nu%CC%81meros_versa%CC%83o-23-de-julho-002.pdf> , Acessado em 09.jul. 2020, 17:20:00

ALMEIDA, Silvio Luiz. *O que é racismo estrutural?*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018. Acessado em 09.jul. 2020, 17:20:00

BRASIL, *Lei 9.474* de 22 de Julho de 1997.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil,* de 05 de outubro de 1988.

_____. Lei 13.445, de 24 de Maio de 2017.

_____*Resolução Normativa CNIg nº 97 de 12/01/2012*. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116083> Acesso em: 05.jun. 2020, 16:00

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. ACNUR, Ministério da Justiça, 2010. Brasília. Disponível em: < https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil_A-prote%C3%A7%C3%A3o-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Am%C3%A9ricas-2010.pdf> Acesso em:05.junh.2020,15:25:00

CARDOSO, Tatiana de A. F. R.; RODRIGUES, Dulcilene Ap. Mapelli. *O Combate aos Deslocados Ambientais*. Ciências Sociais Aplicadas em Revista, Marechal Cândido Rondon, v. 12, pp. 1-25, 2013

CICLO VIVO. *Negros serão os mais afetados pelas mudanças climáticas aponta a ONU. Disponível* em: <https://ciclovivo.com.br/planeta/crise-climatica/negros-afetados-mudancas-climaticas-aponta-onu/> Acesso em:05.junh.2020,15:25:00

CLARO, Carolina de Abreu Batista. *A Proteção dos "Refugiados Ambientais" no Direito Internacional*. Tese (Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/pt-br.php> Acesso em: 05.mar. 2020, 14:20:00

_____. *O aporte jurídico do direito dos refugiados e a proteção internacional dos "refugiados ambientais"*. Cosmopolitan Law Journal / Revista de Direito Cosmopolita, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 95, dez. 2013. ISSN 2357-8440. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/5760/6413>. Acesso em: 27 set. 2020,13:00:00

CLIMA INFO. *A crise climática é racista*. Disponível em:<https://climainfo.org.br/2020/06/02/a-crise-climatica-e-racista/. Acesso em: 27 set. 2020,13:00:00

Convenção de 1951. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf> Acessado em: 26.mar.2020, 19:20:00

FRANCISCO, Wagner de Cerqueria e. *"O Terremoto no Haiti"; Brasil Escola*. Disponível em <http://brasilescola.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm>. Acesso em 02.julh. 2020,19:35:00

_____. *"Haiti – Aspectos Geográficos";* Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/geografia/haitiaspectos-geograficos.htm. Acesso 02.julh. 2020,19:50:00

GELEDÉS – Instituto da Mulher Negra; CFEMEA – Centro Feminista de Estudos e Assessoria; WERNECK, Jurema in *Racismo institucional: uma abordagem conceitual*. São Paulo: Geledés; Cfemea, 2013. Acesso 02.julh. 2020,19:50:00

GUERRA, Sidney. *Refugiados ambientais no Brasil: uma abordagem a partir do Caso do Haiti*. Disponível em <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/31213.> Acessado em 01.julh.2020, 18:15:00

JUBILITY, Liliana Lyra [et al.] organizadoras**;** *Refugiados ambientais***,** Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

LAMMY, David. *Climate justice can't happen without racial justice*. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/david_lammy_climate_justice_can_t_happen_without_racial_justice/transcript?language=pt-br#t-260199> . Acessado em 01.dez.2020, 18:15:00

MENEZES, Fábio Lourenço. *Imigração Haitiana para o Brasil após o Terremoto de Janeiro de 2010 e a Resposta Humanitária: Breve Reflexão acerca do Discurso do Governo Brasileiro. In* JUBILITY, Liliana Lyra [et al.] organizadoras**;** Refugiados ambientais, Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da USP, 2011.

ROGUET, *Patrícia. Direitos e Deveres dos Refugiados na lei 9.474/97*. Dissertação. Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2009.Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp107618.pdf> Acessado em 26.mar.2020, 14:35:00

JORNAL G1. *Com 30 mil pedidos de refúgio pendentes, governo facilita autorização de residência para haitianos*. 23.12.2019. Disponível em:<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/23/com-30-mil-pedidos-de-refugio-pendentes-governo-facilita-autorizacao-de-residencia-para-haitianos.ghtml.> Acessado em: 12.fev.2020, 09:25:00

Refugiados e Deslocados Ambientais: O Lado Humano das Alterações Climáticas. IX Congresso Internacional do CPR. Disponível em:<http://www.refugiados.net/_novosite/9cong.html.>, Acessado em 02.mar.2020, 16:45:00

O CHAMADO DA SELVA: Direitos da Natureza e Direito Animal

Rafael van Erven Ludolf
Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF)
rafaelvanerven@gmail.com

Wilson Madeira Filho
Professor Titular da Faculdade de Direito e do PPGSD-UFF
wilsonmadeirafilho@hotmail.com

Resumo: A modernidade, em sua projeção desenvolvimentista, se caracteriza, sobretudo, pelo racionalismo técnico-científico, e por esferas culturais que se fundiram e constituíram a sua forma de viver e se organizar econômica e socialmente, trazendo graves consequências no modo como o ser humano passou a se relacionar com seus semelhantes e com as demais entidades do mundo natural, em clivagens exclusivistas, pautadas pela ascendência do direito privado. Este excesso antropocêntrico racional-funcionalista, em proveito do desenvolvimento econômico (denominado por Morin e Kern – 1995 - de tecnociência), possibilitaram as bases para o crescimento da indústria capitalista e se constituíram em um dos principais fundamentos da modelo cultural ocidental, dando lugar a uma razão calculadora, que transformou o mundo natural e seus elementos em cifras, números, *commodities,* provocando a crise ambiental e facilitando, por exemplo, o surgimento de epidemias e pandemias, como a do Covid19. Este trabalho, portanto, propõe uma análise crítica da modernidade e do direito, a partir de uma base epistemológica decolonial e de modelos constitucionais disruptivos, apresentando uma discussão solidária dos argumentos que visam fazer valer os interesses da natureza e dos animais não-humanos, com enfoque nas perspectivas da constitucionalização do meio ambiente, com os pleitos dos Direitos da Natureza, através das constituições da Bolívia e do Equador que trazem os conceitos de *Pachamama* e *buen vivir*, e no Direito Animal Brasileiro, que defende dignidade própria aos animais não humanos sencientes, com base na Constituição Federal de 1988. Desse modo, apontou-se caminhos alternativos ao modelo tecnocrático e antropocêntrico da modernidade.

Palavras-chave: Direito Animal; Direitos da Natureza; Modernidade; Colonialidade; Conflitos socioambientais.

INTRODUÇÃO

> *Mas há a paciência da floresta – a paciência infinita que leva a aranha a passar horas e horas imobilizada na teia, que petrifica a serpente nas suas roscas ou a pantera na emboscada. A paciência da vida que vive na vida.*
> (Jack London, *O chamado da selva*)

A clássica obra da literatura americana, *O chamado da selva*, de Jack London (1876-1916), conta a história de Buck, um cachorro doméstico que é roubado e acaba por viver diretamente em contato com a natureza, dentre diversas aventuras, transformando-se de animal dócil em líder de matilha; eis que reencontra o "dono" na cena final – mas o apelo da selva é maior, para o cão e para o homem, sua metáfora.

Ora, a domesticação da natureza expandindo a agricultura e confinando animais, seja enquanto parceiros domésticos, seja enquanto currais nutrientes, erigiu a civilização contemporânea. Entretanto, a expansão em escala mundial do modelo das fazendas produtivas implicou, a um tempo, em forte alteração da sustentabilidade genética e, em contrapartida, implicou em rediscutir as cartelas de direitos, ampliando-os para a própria natureza, até então tida como uma espécie de almoxarifado dos direitos das coisas.

Nesse sentido, o vírus SARS-CoV-2 irrompe num momento de emergência climática, escassez de água doce, acidificação dos oceanos, desmatamento, queimadas, adoecimento coletivo dos organismos pela indústria química, produção monumental de lixo, desertificação do solo, desenvolvimento de superbactérias pelo uso de antibióticos na pecuária e aniquilação sistemática e veloz de espécies animais e vegetais, com consequências dramáticas aos grupos humanos oprimidos, que pagam o mais alto preço pelo racismo ambiental. Antropoceno, capitaloceno, colonialoceno, ecocídio, são conceitos críticos que tem apontado para um senso de urgência e rompimento com o modelo capitalista (que exponencia a exploração de humanos e não-humanos).

A pandemia do Covid19 colocou ainda mais em evidência o risco de enormes consequências globais da criação e consumo de animais e da acelerada perda florestal. À medida que se promove o desmatamento aumenta-se o risco de micro-organismos – até então em equilíbrio – migrarem para o cotidiano humano e fazerem vítimas. A destruição da Amazônia, do Cerrado e do Pantanal, por exemplo, para se converter em zonas fornecedoras de carne e ração animal,

acelerada pelo atual governo brasileiro liderado por Jair Bolsonaro, torna possível que o país seja o foco das próximas pandemias zoonóticas.

Isso porque não é somente nos mercados molhados, como o de Wuhan, na China, onde se mantém animais silvestres e domesticados em condições insalubres e cruéis, que se encontram condições propícias ao desenvolvimento de patógenos nocivos, pois, se levarmos em consideração somente o coronavírus (nas suas variadas formas), tem-se a floresta amazônica brasileira como o maior repositório do mundo.

Vale frisar que segundo relatório emitido em 2013 pela FAO/ONU, 70% das novas doenças que infectam seres humanos desde 1940 decorrem da criação e consumo de animais. Não apenas os animais exóticos e silvestres, como pangolins, civetas e morcegos, mas também aqueles objetificados e denominados animais de produção, como bovinos, suínos e aves. Afinal, não é a primeira vez que uma pandemia é zoonótica, especialmente pela prática de criação e consumo de animais aliado ao desmatamento, vide a doença da vaca louca, a gripe suína, a gripe aviária, dentre outros.

Diante deste grave cenário, questiona-se, quando será a próxima pandemia? Suas causas estão sendo devidamente abordadas e atacadas ou procura-se um outro bode expiatório? A morte de mais de 1 milhão de pessoas pelo Covid19 será suficiente para se repensar radicalmente este modelo que cria condições socioambientais propícias ao surgimento de zoonoses epidêmicas e pandêmicas? Quais perspectivas oferecem um novo pacto que permita a habitabilidade saudável do humano e do não-humano no planeta?

Na ausência de uma reação política vigorosa, a pandemia pode acelerar ainda mais a degradação ambiental, sendo necessária, conforme Latour, uma posição revolucionária apta a modificar o conjunto dos elementos que envolveram o processo de modernização da sociedade, um caminho que consiste em "ecologizar", no sentido amplo de construir uma política que reconheça que não separamos as questões da Natureza e da Cultura.

Rouland (2008) sustenta um novo pacto que permitiria a existência do homem na natureza, criticando a Modernidade pelo seu positivismo racionalizante, demonstrando a importância que várias sociedades tradicionais atribuem a essa aliança, reconhecendo inclusive que o ser humano não é único em ter direitos.

Nesse particular, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, com as novas constituições da Bolívia e do Equador, que partem de um paradigma diverso do constitucionalismo liberal antropocentrista, reconhecendo Direitos da Natureza (*Pachamama*) e uma nova forma de vida baseada no equilíbrio com a natureza: o "*buen vivir*", e o Direito Animal Brasileiro, que consagrou-se com o advento da Constituição Federal de 1988, através da regra constitucional da proibição da crueldade insculpida no inciso VII do §1º do art. 225, são propostas que se mostram disruptivas ao modelo antropocêntrico da Modernidade.

Além disso, este novo constitucionalismo, forjado nos princípios da participação pluralista, solidária e ativa, não excludente de pessoas, grupos ou povos, com bases no etnocentrismo, na interculturalidade, no pluralismo político e jurídico, apresenta-se como parte de um conjunto episte metodológico correlato aos Fundamentos do Sul, que constituem a base do paradigma ecológico e que enxerga o homem como parte e não como senhor do mundo.

Dessa forma, oportuno criticar a face colonial da modernidade e do Direito, a partir de saberes e cosmovisões do Sul que foram subalternizadas e silenciadas historicamente, resultando numa crise ambiental sem precedentes e na atual pandemia que já ceifou inúmeras vidas humanas e não-humanas, impondo novos caminhos, não-antropocêntricos. As experiências jurídicas latino-americanas podem desempenhar um papel decolonial no que se refere à tutela dos interesses dos animais não-humanos e proteção dos ecossistemas.

Desse modo, apesar das tensões entre Direitos da Natureza e Direito Animal, tendo em vista que o primeiro não parece impedir a pecuária, por exemplo, pensaremos neste trabalho numa perspectiva holística e não dicotômica, em diálogo, com a hipótese de que ambas as fontes ao seu modo rompem em algum nível com o modelo moderno que deu *status* de coisa a toda larga e complexa vida não-humana.

Para tanto, a proposta neste texto é a de propor uma análise crítica da modernidade e do Direito canônico, a partir de uma base epistemológica decolonial e de modelos constitucionais disruptivos, apresentando uma discussão solidária dos argumentos que visam fazer valer os interesses da natureza e dos animais não-humanos, com as perspectivas dos Direitos da Natureza, nas constituições da Bolívia e do Equador, que trazem os conceitos de *Pachamama* e *Buen vivir*, e do Direito Animal Brasileiro, que defende dignidade própria aos animais não-humanos sencientes, com o objetivo de apontar caminhos alternativos ao modelo tecnocrático e antropocêntrico da Modernidade.

1. Modernidade e colonialidade do Direito

Para além de um sistema de dominação econômica, o colonialismo também foi um processo de dominação cultural e mesmo um epistemicídio, que suprimiu e desconsiderou todo um complexo de características, formas de organização e regulamentação próprias dos povos colonizados. Esse processo de dominação colonial deixou na América Latina um legado que hoje se verifica por meio da exploração de grupos historicamente invisibilizados na divisão do trabalho capitalista.

A herança advinda da colonização na qual prepondera a visão eurocêntrica na determinação do direito e no seu ensino resulta na exclusão da diversidade étnica e cultural, marcante nos países latino-americanos, ignorando e subalternizando o direito produzido por grupos sociais e povos minorizados que se afastam da visão oficial, resultando em óbices a uma participação democrática e plural.

O universalismo na produção do Direito, operando pela ocultação da colonialidade, se valeu desta técnica de dominação para o seu fim civilizatório. Nesta lógica, somente ele seria o único apto a produzir conhecimento jurídico válido, impondo um único modelo de Estado, de Constituição, de enunciados jurídicos, de comunidades políticas.

Dessa maneira, destacam Queiroz e Bruzaca (2018) que as reflexões brasileiras acabam sendo elaboradas por intermédio de um centro epistemológico eurocêntrico que subalterniza os saberes locais e regionais, em especial, dos territórios latino-americanos que foram objetos de colonização. O ordenamento jurídico reflete esta premissa ao obter como base axiológica e normativa, princípios e regras porvindouros de construções teóricas europeias e hegemônicas, claramente insuficientes no âmbito social pelas suas desigualdades gritantes.

O Direito é uma invenção ocidental, elemento constitutivo e retroalimentador do mito da modernidade (DUSSEL: 1993, apud ROCHA: 2018). A cartilha do Direito é (re)criada a partir de um etnocentrismo jurídico e esse localismo é imposto como centralidade universal nas narrativas e discursos dos Estados, sujeitos e instituições ditas civilizadas (SANTOS, ARAÚJO & BAUMGARTEN: 2016, apud ROCHA: 2018).

> A Modernidade e, por via de consequência, o Direito Moderno, se impôs como fenômeno universal, impondo uma retórica de Produção do Direito a ser seguido, como técnica de dominação e de cunhagem de um projeto civilizatório, ainda não findada com a superação do colonialismo tradicional (ROCHA: 2018, p. 8).

Portanto, o Direito Moderno ocidentalocêntrico acabou por formatar as estruturas da cultura jurídica brasileira e do seu ensino nas instituições públicas e privadas, salvo exceções, resistências, insurgências, cada vez mais organizadas e fundamentais para um ensino do direito para além dos avatares da modernidade. Ou melhor, em diálogo, sem subalternização de saberes, reelaborando o perfil desenvolvimentista a partir de uma modernidade reflexiva (BECK, GUIDDENS e SARR: 2000).

Nesse sentido, Edgardo Lander (2001) enfatiza que os processos de decolonização requerem um duplo movimento, a crítica às bases epistemológicas hegemônicas e a proposição de alternativas, prioritariamente desde o espaço de subalternidade. Não se trata de uma mudança interior do mundo que se conhece, mas a proposição de mundos alternativos.

Para Maldonado-Torres (2018), a decolonialidade refere-se à luta contra a lógica da colonialidade e seus efeitos materiais, epistêmicos e simbólicos. A colonialidade é uma lógica que está embutida na modernidade, e decolonialidade é uma rota que busca alcançar não uma diferente modernidade, mas algo além.

Todavia, esse Direito, forjado para privilegiar determinados humanos, brancos, heterossexuais, europeus, não somente relegou os sujeitos não-ocidentais à exclusão da história, subalternizando-os, mas também os corpos não-humanos fundamentais à vida, como se verá a seguir.

2. Colonialidade da animalidade não-humana

A colonialidade enquanto lógica de poder, extravasa a administração político-institucional de espaços geográficos dominados e expropriados como empreendimentos coloniais, e projeta uma estrutura de controle que toca diversas dimensões, como a construção de subjetividades (MALDONADO-TORRES: 2007), a estrutura de conhecimento (GROSFOGUEL: 2011; LANDER: 2005), as institucionalidades jurídico-política-econômicas (DAMÁZIO: 2011; GROSFOGUEL: 2008), as sexualidades, corporeidades e gênero (LUGONES:

2014; PEREIRA: 2015; SEGATO: 2012; VERGUEIRO: 2016), como também os sujeitos da natureza para além dos sujeitos humanos (BELCOURT: 2014; ESCOBAR: 2005), (apud ROCHA, 2019).

E é justamente nesta última dimensão, não-humana, que esta seção se debruça. Isto porque se os saberes e cosmovisões do Sul foram historicamente primitivizados, quando a matriz colonial, além de ocultar saberes humanos, relegou aos animais não-humanos e às entidades naturais um estatuto naturalista, reificados: uma inferiorização radical (ROCHA: 2019).

Sem dúvidas, é na modernidade com sua matriz colonial que a desreificação dos animais não-humanos encontra seu maior obstáculo, pois contesta e põe em xeque suas bases antropocentristas eurocentradas que deram uma dimensão de coisa, de propriedade e de objeto a seres cuja natureza foi metamorfoseada em recurso, além de instrumentalizar os demais recursos naturais.

O desafio aumenta, pois, a modernidade se caracteriza sobretudo pelo racionalismo técnico-científico, onde esferas culturais se fundiram e constituíram padrões de vida e de organização econômica e socialmente, trazendo graves consequências no modo como o ser humano passou a se relacionar com seus semelhantes e as demais entidades do mundo natural, desencantado.

Segundo Pereira e Pires (2015) este excesso antropocêntrico racional-funcionalista, em proveito do desenvolvimento econômico, denominado por Morin e Kern (1995) de tecnociência, possibilitou as bases para o crescimento da indústria capitalista e se constituiu em um dos principais fundamentos da modernidade, dando lugar a uma razão calculadora, que transformou o mundo natural e seus elementos em cifras, números, *commodities*, fornecedores de energia.

Essa "dominação" do mundo natural alienou o humano da natureza e da sua própria subjetividade, alijando-o em territórios fantasmas (GIDDENS: 1991). Para Rocha (2018) existe um movimento emergente de reflexão e crítica ao modelo jurídico colonial, principalmente no Brasil, que preza pela necessidade de construção de uma epistemologia crítica às concepções dominantes de modernidade para pensar a animalidade a partir do Sul, em diálogo. Todavia, nem sempre os autores e autoras que pleiteiam direitos aos animais não-humanos se atentam a criticar essa base estrutural que opera na lógica modernidade/colonialidade, a qual dificulta na raiz a mudança do status dos

animais nos ordenamentos jurídicos e a inclusão dos seus interesses na esfera da moralidade humana.

Certo que esse Sul é simbólico, epistêmico, ainda que o traçado dos países no planeta aponte boa analogia de desigualdade entre o império do Norte e o subdesenvolvimento do Sul, em sua maior parte. Com isso, a própria base teórica pode estar se desenrolando como colonização sofisticada, sendo necessário, portanto, convertê-la em ferramentas locais de política afirmativa e identitária (MADEIRA FILHO, MONTEIRO: 2017).

Neste sentido, Rocha (2019) propõe a adição de um quinto eixo de manifestação da matriz colonial:

> Catherine Walsh apresenta, com base em Aníbal Quijano, os quatro eixos de manifestação da Matriz Colonial, a saber, a Colonialidade do Poder, Colonialidade do Ser, Colonialidade do Conhecimento e Colonialidade da Natureza (2008, p.135-39). Propomos, ainda, um quinto eixo referente à Colonialidade da Animalidade Não Humana ou Colonialidade dos Animais (ROCHA: 2018, p. 47).

Frisa o autor que a proposta de adição da colonialidade dos animais pode colaborar com o questionamento aos pórticos da humanidade ocidentalizada e às linhas de diferenciação ontológica referendadas pelo Direito, enfatizando a necessidade de (re)criação dos espaços e relações sócio jurídicas que ligam a animalidade humana à não-humana, situando-as.

O Sul global e as esferas inferiorizadas do Norte global foram coagidos a talhar os institutos jurídicos de forma a recepcioná-los acriticamente, em total descolagem (desvinculação) com a realidade circundante. Por exemplo, a própria dicotomização jurídica da animalidade (ROCHA: 2018). Comenta o autor:

> A Colonialidade do Direito também projeta um espectro de controle e reificação a sujeitos não-humanos, nomeadamente animais. Assim, se faz necessário evidenciar as narrativas do Direito Animal latino-americano como potências generativas de relações jurídicas decoloniais [...] insurgente, portanto, desprender-se da lógica de colonização das mentes e almas que conduziu à construção da subjetividade moderna, silenciando modos de ser locais e reificando os animais (ROCHA: 2018, p. 64).

Para Lander (2014), a Divisão Internacional da Natureza impôs aos continentes latino-americanos, africano e asiático o papel de fornecedores de matéria-prima básica para o desenvolvimento da modernidade eurocentrada. Ao falar de matéria-prima básica, inserimos os seres humanos e não-humanos

reificados e postos em condição de escravatura e outras formas de exploração do trabalho.

Se o capitalismo histórico é destrutivo da vida não é somente por um afã de acumulação do capital e uma lógica da ganância, mas também pela própria cosmovisão dualista que concebe o que classifica como "natureza" como formas de vida inferiores, tratada como "objeto", que pode ser destruída sem consequência para a vida (ROCHA: 2018). Como consequência, frisa o autor:

> [...] os marcos regulatórios de proteção ambiental estão assentados no interesse humano de gerir a natureza como recurso sustentável à própria ótica produtivista humana. A natureza encontra proteção jurídica na medida do interesse econômico-funcional. A colonialidade projeta estruturas de gestão de risco que atenuam a precaução em favor da maximização da exploração do sistema biogeofísico. O dano ambiental passa a ter tratamento juridicamente relevante no pós-desastre, como consequência colateral e inevitável do empreendimento desenvolvimentista (ROCHA, 2018, p. 62).

Vale lembrar que para legitimar os usos e exploração dos corpos de outros animais, inicialmente, foi necessário criar uma narrativa clara que impunha uma diferenciação intransponível entre humanidade e animalidade. Essa narrativa passou, primeiramente, pela desanimalização humana, ou seja, sua retirada da condição animal. O humano passou a ser afirmado no mundo próprio da cultura e da racionalidade, apresentadas como seus atributos exclusivos. Ato contínuo impôs-se a condição de ausência aos demais seres, uma desqualificação estatutária, em outros termos, afirmando-se uma animalização detrimentosa (ROCHA: 2018).

Assim, os sistemas normativos forjados na Modernidade-Colonial propuseram ou reforçaram essa narrativa de seccionamento do humano frente aos demais seres, a despeito da sua importância singular e da própria construção do humano.

Dessa forma, nos parece que a proposta de Colonialidade dos Animais Não-Humanos necessita ser pensada como disciplina insurgente à modernidade, para a devida desreificação dos animais não-humanos e seu redimensionamento nos estatutos jurídicos modernos, deixando o patamar de serem considerados coisas, propriedades, para transformarem-se em sujeitos de direito, pessoa não-humana ou outras propostas que rompam com a lógica de domínio.

Vale ainda destacar que Paul Preciado (2014) é contundente ao afirmar que as principais máquinas da Revolução Industrial não foram as máquinas à vapor, mas o humano escravizado, a trabalhadora do sexo e da reprodução e os animais além do humano, ou seja, as primeiras máquinas da Revolução Industrial foram máquinas vivas:

> O Renascimento, o Iluminismo, o milagre da revolução industrial repousam, portanto, sobre a redução de escravos e mulheres à condição de animais e sobre a redução dos três (escravos, mulheres e animais) à condição de máquinas (re)produtivas. Se o animal foi um dia concebido e tratado como máquina, a máquina se torna pouco a pouco um tecnoanimal vivo entre os animais tecnovivos. A máquina e o animal (migrantes, corpos farmacopornográficos, filhos da ovelha Dolly, cérebros eletrodigitais) se constituem como novos sujeitos políticos do animalismo por vir. A máquina e o animal são nossos homônimos quânticos (PRECIADO: 2014, apud ROCHA: 2019, p. 66).

De toda forma a Decolonização do Direito não exclui a sua relevância e não deve ser tratado com mero revide ou anulação aos postulados do Norte. Acreditamos que a proposta de adição do quinto eixo de manifestação da Matriz Colonial, ou seja, à Colonialidade da Animalidade Não-Humana ou Colonialidade dos Animais se faz indispensável.

3. Direito Animal

O pleito de consideração ética com os animais não-humanos e, consequentemente, de reconhecimento de direitos, apesar de antigo, vem se tornando cada dia mais relevante em vários sistemas jurídicos, já se encontrando (no seu campo teórico) consolidado em alguns países e noutros em vias de se consolidar.

Fatores como pesquisas científicas que categorizaram os animais como seres sencientes, denúncias massivas de maus-tratos expostas por organizações de defesa animal, movimentos sociais e ativistas, estudos decoloniais (como visto acima), expansão vertiginosa da ética vegana e a Constitucionalização dos Direitos Animais e da Natureza são exemplos que vêm contribuindo para o debate acerca da ampliação da comunidade moral para os animais não-humanos.

No Brasil, por exemplo, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito Animal é consagrado, tendo como marco inicial para sua autonomia científica a regra da proibição da crueldade insculpida no inciso VII do §1º do

art. 225, colocando os animais em posição de titulares/beneficiários do sistema constitucional brasileiro.

Ao proibir práticas cruéis, a Constituição brasileira considerou notadamente os animais não-humanos como seres importantes por si próprios, como fins em si mesmos, ou seja, reconheceu, implicitamente, a dignidade animal. Tal atributo já fora até mesmo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, no voto da Ministra Rosa Weber no julgamento do caso da vaquejada.[1]

Além disso, essa nova ciência jurídica, o Direito Animal, já é considerada como disciplina jurídica separada do Direito Ambiental, embora compartilhem regras e princípios. No mesmo julgado acima, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que:

> A vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie (STF, Pleno, ADI 4983, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 06/10/2016, publicado em 27/04/2017).

Deste importante dispositivo Constitucional (Artigo 225, §1º, VII), autores como Ataíde Junior (2020) têm elaborado propostas de princípios jurídicos do Direito Animal, como, por exemplo, o Princípio da Dignidade Animal, que considera que os animais não humanos são importantes como indivíduos sencientes, com dignidade própria, visando um estado de coisas a ser promovido que é o redimensionamento do status jurídico dos animais não-humanos, de coisas para sujeitos.

[1] STF, Pleno, ADI 4983, Relator Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, julgado em 06/10/2016, publicado em 27/04/2017. "A Constituição, no seu artigo 225, § 1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada".

A nova ciência jurídica do Direito Animal se trata de entendimento pós-humanista, rompendo com a dignidade kantiana humanocentrada e com o dualismo cartesiano entre humanos e natureza, vez que compreende que o animal não-humano senciente interessa como indivíduo, dotado de dignidade própria e, a partir disso, como sujeito do direito fundamental à existência digna, a salvo de práticas cruéis.

Nesse sentido, já em passagens antigas indicávamos:

> Examinemos bem esse termo: **Direito das Coisas**. No que concerne aos preceitos normativos, este diz respeito a uma divisão do Direito Civil em seu aspecto patrimonial; trata-se do **direito da pessoa** frente às coisas, entendidas essas como bens. Todavia, se fôssemos interpretar ao pé-da-letra o termo, as coisas se veriam como sujeitos de direitos, no sentido de que, afinal, os **Direitos... são das coisas**. Estaríamos, então, próximos à ideia do **Direito Natural**, onde um cachorro, uma lombriga e um homem teriam todos, indiferentemente, direito à vida; onde o direito sobrepaira, inalienável e soberano, sobre tudo e todos. Estaríamos, também, agora, próximos ao aludido retorno ao útero da existência, não se diferenciando a pessoa da planta, do bicho, da pedra ou da água (MADEIRA FILHO: 1999, p. 86).

Outras fontes normativas federais gerais, fazem parte do compêndio brasileiro do Direito Animal, como o Decreto 24.645/34 e o art. 32 da Lei 9.605/98, e também uma série de diplomas legais estaduais e municipais, os quais também integram o ordenamento jurídico animalista.

Ataide Junior (2018), buscou conceituar o Direito Animal, que pode ser entendido como "o conjunto de regras e princípios que estabelece os direitos fundamentais dos animais não-humanos, considerados em si mesmos, independentemente da sua função ambiental ou ecológica."[2]

Fato é que o Direito Animal vem ganhando espaço e adeptos no Brasil a passos largos. Oliveira e Lourenço (2009) realizaram um breve inventário deste avanço, destacando como obras precursoras, *Direito dos Animais*, de 1998, de autoria de Laerte Fernando Levai. Dois anos após vinha a público o livro *A tutela jurídica dos animais*, de Edna Cardozo Dias. No ano seguinte, *Direito dos Animais*, de Diomar Ackel Filho. Na sequência, em 2003, *O direito & os animais*, de Danielle Tetü Rodrigues. Pouco após, em 2008, *Os animais e o direito*, de Eduardo Luiz Santos Cabete, e *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*, de Daniel

[2] ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Princípios do direito animal brasileiro. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 30, n. 01, p.106 -136, Jan-Jun 2020.

Braga Lourenço, além da obra coletiva intitulada *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Em 2009, destaque-se o livro *Abolicionismo animal*, de Heron José de Santana Gordilho.

Vale ainda destacar que no ano de 2007 foi lançada a *Revista Brasileira de Direito Animal*, a primeira revista relacionada com o atual debate sobre o Direito Animal na América Latina, coordenada pelos Promotores de Justiça de meio ambiente do Ministério Público do Estado da Bahia, Heron Gordilho, Luciano Rocha Santana e pelo professor Tagore Trajano, tendo sido fundada em 2006 por Heron Gordilho, Luciano Santana e Thiago Pires Oliveira, tendo, na atualidade, a periodicidade quadrimestral. Esta revista jurídica possui um caráter interdisciplinar e conta com a contribuição de cientistas brasileiros e estrangeiros, como os filósofos Tom Regan e Peter Singer, os juristas David Favre e Gary Francione, pensadores como Richard D. Ryder e Dale Jamieson, a filósofa Sônia Felipe e o filósofo Carlos M. Naconecy, dentre outros.

É fácil perceber o acentuado aumento de atenção que a matéria vem conquistando na academia. Dissertações e Teses de Doutorado, inclusive entre a bibliografia antes citada; bem como Monografias de Graduação e de Pós-Graduação Lato Sensu. Congressos também tem incorporado o tema, como o CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito) e o Congresso Mundial de Bioética e Direito Animal, promovido pelo Instituto Abolicionista Animal.

Um exemplo, no plano internacional, é o reconhecimento dos direitos animais que foi objeto da Declaração Universal dos Direitos dos Animais anunciada em Bruxelas/Bélgica (27/1/1978) e em Paris (15/10/1978), durante assembleias da UNESCO. Apesar de não se tratar de uma normativa jurídica internacional mas sim de uma carta de princípios, se trata de um importante marco na inclusão dos animais na esfera da moralidade humana. O documento prescreve uma série de dispositivos acerca da proteção aos direitos dos animais, tendo sido subscrito inclusive pelo Brasil. Tal declaração é objeto de críticas de algumas vertentes do direito animal, todavia, demonstra o empenho de entidades e organizações internacionais que buscam efetivar, a nível mundial, os direitos dos animais.

Outro aspecto importante é a elaboração de disciplinas específicas sobre o tema. Nesse sentido, desde o ano 2000, a Harvard Law School realiza seu curso de "Animal Rights Law", inaugurado pelo professor Steven M. Wise. Seguiram-se à iniciativa de Harvard cursos de "Direitos dos Animais" nas igualmente

importantes universidades de Duke e Georgetown (OLIVEIRA e LOURENÇO: 2009).

Ainda no campo acadêmico, outros autores importantes se debruçaram sobre a matéria. Entre tantos outros estão Demogue, Cesare Goretti, John Rawls, Sunstein Cass, Martha C. Nussbaum, Laurence Tribe, Richard Posner, Alasdair Macintyre, Alan Dershowitz, Santiago Nino, Peces-Barba, Richard Epstein, Tom Regan, Steven M. Wise, Gary Francione, Will Kymlicka, Canotilho, Bertrand Russel, J. M. Coetzee, Edgar Morin, Henry Spyra, Keith Thomas e Richard Ryder.

Oliveira e Lourenço (2009) destacam que a disciplina Direito Animal é obrigatória em mais da metade das quase 200 escolas de direito dos Estados Unidos, sendo a ideia da ampliação da categoria de coisas para sujeito de direito aos animais defendida por vários professores estadunidenses, igualmente por um crescente número de advogados.

Um dos marcos do movimento de direitos animais se deu na década de 1970, quando um grupo de filósofos da Universidade de Oxford começou a questionar porque o status moral dos animais não-humanos era necessariamente inferior à dos seres humanos. Esse grupo incluía o psicólogo Richard D. Ryder, que cunhou o termo "especismo", usado num panfleto impresso para descrever os interesses dos seres na base de membros de espécies particulares. Ryder tornou-se um contribuidor com o influente livro *Animals, men and morals: an inquiry into the maltreatment of non-humans*, editado por Roslind e Stanley Godlovitch e John Harris e publicado em 1972. Foi numa resenha de seu livro para o *New York Review of Books* que Peter Singer, resolveu, em 1975, lançar *Libertação animal*, livro que impulsiona o movimento de direitos animais, apesar de baseado no utilitarismo (LOURENÇO: 2008).

Nas décadas seguintes o movimento expandiu-se numa larga variedade de grupos profissionais, acadêmicos e de ativistas. De toda forma, majoritariamente, segundo Levai (2001), no paradigma jurídico tradicional os animais – embora 'seres vivos dotados de sensibilidade e movimento próprio' – não são considerados por sua natureza intrínseca, mas em função de um interesse humano subjacente. O direito positivo brasileiro, inspirado na doutrina romana clássica, trata os animais – em regra - sob a ótica privatista, o que se pode perceber facilmente pelas expressões "coisas", "semoventes", "propriedade", "recursos" ou "bens", terminologia essa que nada mais é do que uma confissão espontânea de nossa barbárie civilizatória.

Lourenço (2016) contesta esta cultura que sublinha a exclusividade da participação do homem na condição humana, tornando-o um sujeito (agente) moral, uma pessoa, um alguém e não algo, dotado de dignidade existencial própria, imanente, fato que lhe concede imediato e automático acesso aos direitos fundamentais. A animalidade, por sua vez, fica tradicionalmente conectada apenas e tão somente ao mundo instrumental. Normalmente essa posição que confere estatuto moral próprio ao homem e, paralelamente, nega esta atribuição aos animais, está conectada ao fenômeno do antropocentrismo, que significa justamente afirmar que o mundo não-humano possui valor somente na medida em que atenda, direta ou indiretamente, a interesses, preferências, necessidades, utilidades ou conveniências humanas (valor relacional). Dito de outra forma, na sua acepção mais rotineira, o homem é a única fonte de valor moral.

Por fim, o Direito Animal contesta o modelo antropocêntrico e especista que instrumentalizou os animais e distanciou o humano da natureza, herança de tradições milenares, e segue em franco desenvolvimento constitucional, legal, jurisprudencial e doutrinário no Brasil e noutros horizontes.

4. Direitos da Natureza

Quanto aos Direitos da Natureza, se trata igualmente de uma surpreendente inovação trazida pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano, que se apresenta como um movimento constitucional com intenções de disruptividade em relação ao modo hegemônico de constituição de Estado e Direito.

Nessa onda de constitucionalização do meio ambiente, em 2008, a Constituição do Equador previu, de forma inédita, que a natureza é titular de direitos. Pouco depois, a Lei da Mãe Terra, na Bolívia, em 2010, previu o mesmo.

Na Constituição do Equador, a previsão já se encontra no preâmbulo, o qual dispõe a perspectiva de integração com a natureza, em unidade: "(...) *Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia*, (...)". Há também um capítulo exclusivo para os Direitos da Natureza, onde se localiza o enfático art. 10: "*La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución*". Mais adiante, o capítulo 71 dispõe: "*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*".

Na Constituição da Bolívia, prevê-se *Derechos de la Madre Tierra*. O seu art. 3º define: "*La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común*". Entre os direitos listados da Mãe Terra lê-se o direito à vida, à diversidade da vida, ao equilíbrio, à restauração. No artigo 33 é garantido aos indivíduos o direito a um ambiente saudável, protegido e equilibrado, das gerações presentes e futuras, bem como de todos os outros seres vivos. Já o artigo 34 delega a qualquer pessoa, individualmente ou em nome de uma comunidade, o poder de tomar as medidas legais em defesa do direito ao meio ambiente.

Alberto Acosta, que foi Presidente da Assembleia Constituinte Equatoriana, se opondo ao antropocentrismo, afirmou que "*en los Derechos de la Naturaleza el centro está puesto en la Naturaleza, que incluye por cierto al ser humano. La Naturaleza vale por sí misma, independentemente de la utilidad o de los usos que le dé el ser humano*" (ACOSTA: 2011, p. 353).

As constituições da Bolívia e do Equador se fundam nas cosmovisões das populações andinas e amazônicas tradicionais, como o Bem-viver e a Pachamama, estendendo direitos à natureza e seus componentes, como um todo, e aos animais, em especial. Tais valores contrariam modelos antropocêntricos e eurocêntricos.

A Pachamama é uma divindade protetora cujo nome provém das línguas originárias indígenas e significa Terra, em sentido de mundo (ZAFFARONI: 2013, p. 117).

Segundo Pereira e Pires (2015), a cada dia percebe-se o quanto o ser humano destruiu e destrói a natureza. O excesso de utilização dos recursos naturais reflete no fundo a perda da percepção de que o ser humano é parte da mãe natureza e não dono do mundo. E que necessita dela para sobreviver, pois sem natureza não há vida. Sendo assim, a única alternativa é o convívio harmônico com a Pachamama. A Pachamama é a mãe natureza que não tolera maus tratos aos seus filhos.

As novas constituições da Bolívia e do Equador partem de um paradigma diverso do constitucionalismo liberal antropocentrista, que sempre privilegiou o indivíduo como único sujeito de direitos e obrigações, reconhecendo os direitos coletivos, chegando assim aos direitos da natureza

(Pachamama) e mostrando uma diferenciada forma de vida baseada no equilíbrio com a natureza e a própria vida: o "buen vivir" (ZAFFARONI: 2013, p.155).

O *buen vivir* é um movimento social e político que busca a cessação da destruição da natureza. É um movimento de reinvenção da democracia com elementos de democracia direta, por meio de usos e costumes dos povos indígenas que desta forma abre novas modalidades de constitucionalismo e processo democrático (PEREIRA e PIRES: 2015).

Para Leonardo Boff (apud ACOSTA: 2013) o *buen vivir* aponta uma ética do suficiente para toda a comunidade, e não apenas para o indivíduo. O *buen vivir* supõe uma visão holística e integradora do ser humano, imerso na grande comunidade terrena que inclui, além do ser humano, o ar, a água, o solo, as montanhas, as árvores e os animais; é estar em profunda comunhão com a Pachamama (a Terra), com a energia do universo e com Deus.

Segundo Rocha (2018) esse movimento constitucional constitui um conjunto de ideias que refletem uma experiência constitucional, em certa medida, desvencilhada do modelo hegemônico eurocentrado e dos moldes americanizados:

> É um esforço de criação constitucional do próprio Estado de acordo com a realidade local. Abre-se um espaço constitucional para debater as relações entre humanidade e natureza em termos que destoam da ética tradicional da ecologia capitalista, deslocando substancialmente os valores constitucionais subjacentes à produção do Estado para pensar em termos de Bem Viver e não de Viver Bem (ROCHA: 2018, p. 112).

Acreditamos que constitucionalização dos Direitos da Natureza e do Direito Animal permeiam o Direito contemporâneo e seu humanismo contribuindo para se pensar em Direitos Fundamentais de maneira não-antropocêntrica e local. Se trata de uma virada kantiana, que descentrando o humano, insere os animais não-humanos e os ecossistemas no quadro de proteção dos Direitos Fundamentais, sob um prisma não antropocêntrico, não especista e não hegemônico.

Todavia, quando se compara o Direito Animal e os Direitos da Natureza, analisando o grau de rompimento com a modernidade, concordamos com Oliveira (2017), que entende que a concepção de valor intrínseco no campo da Ética Animal/Direito Animal é bem mais robusta do que a noção que a mesma expressão enverga na dimensão filosófica que embala os Direitos da Natureza.

A questão é que se tratam de éticas diversas, onde o Direito Animal estaria mais ao lado da Ética Biocêntrica, que protege a vida individualmente, o valor intrínseco/inerente do animal, e os Direitos da Natureza, estariam mais ao lado da Ética Ecocêntrica, que prioriza a coletividade, investindo contra a extinção de espécies, por exemplo, sem considerar o animal na sua singularidade. Nesse sentido, os indivíduos não-humanos não seriam titulares de direitos, mas sim a Natureza, protegendo então seus ciclos vitais, estrutura, função e processos evolutivos.

No mesmo sentido, Pereira e Pires (2015) salientaram que o conceito de Direitos da Natureza não impede a caça, a pesca e a exploração madeireira, por exemplo, mas sim a depredação, a utilização desregrada de recursos e os excessos que põem em risco os processos ecológicos essenciais, o equilíbrio dinâmico ou a estabilidade ecológica, conquanto proclamem o valor intrínseco de todos os seres vivos.

Por outras palavras, seria mais grave matar uma onça, espécie em risco de extinção, do que matar um pato ou um castor desde que abundantes. Isto é, o valor do indivíduo não é dado por ele próprio e sim pelo pertencimento a uma espécie; seu valor, portanto, não é intrínseco e sim dado em função do todo, do ecossistema, é valor coletivizado ou relativizado em razão da espécie (OLIVEIRA: 2017).

De toda forma, apesar de concordarmos integralmente que a teoria do Direito Animal é mais robusta e não emprega a expressão direito no mesmo sentido da ética ecocêntrica, as duas perspectivas, a nosso ver, se trabalhadas em conjunto, podem conciliar-se e insurgem-se a seu modo contra o obstáculo comum: a matriz colonial do Direito, minando suas bases.

CONCLUSÃO

Se os saberes e cosmovisões do Sul foram historicamente subalternizados, a Matriz Colonial, além de ocultar saberes humanos, relegou aos animais não-humanos e às entidades naturais um estatuto expropriatório.

A aposta em epistemologias críticas, todavia, permite fazer frente às concepções dominantes de modernidade desenvolvimentista e ao modelo jurídico colonial. Entre essas estratégias, o direito se positiva com novas ferramentas como Direito Animal e o Direito da Natureza. E seu melhor

exemplo macropolítico é o Novo Constitucionalismo Latino-Americano que, fundado nos princípios da participação pluralista, solidária e ativa, não excludente de pessoas, grupos ou povos, encampa também as perspectivas dos seres não-humanos, através de modelos constitucionais disruptivos que visam fazer valer os interesses da natureza e dos animais não-humanos, com os pleitos dos Direitos da Natureza, através das constituições da Bolívia e do Equador que trazem os conceitos de Pachamama e *buen vivir*.

Desse modo, apontou-se caminhos alternativos ao modelo tecnocrático e antropocêntrico da modernidade, que constituem a base do paradigma ecológico e que projeta o homem como parte e não como senhor do mundo, permitindo se efetivar direitos para além dos sujeitos humanos, contestando as bases eurocêntricas que deram uma dimensão de coisa, de propriedade e de objeto a seres animados - em todos os sentidos, com *anima* (alma) e divertidos, na alegria desmedida da liberdade de ser.

Dessa forma, acreditamos que as críticas à face colonial da modernidade e do Direito canônico positivista e imperativista, a partir de saberes e cosmovisões do Sul que foram subalternizadas e silenciadas historicamente, resultando numa crise ambiental sem precedentes e na atual pandemia que já ceifou inúmeras vidas humanas e não-humanas, contribuem para se trilhar novos caminhos, não-antropocêntricos. As experiências jurídicas latino-americanas podem desempenhar um papel decolonial no que se refere à tutela dos interesses dos animais não-humanos.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. *La naturaleza como sujeto de derechos*. Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 29 de fevereiro de 2008. Reproduzido no Semanario Peripecias, nº 87, 5 mar. 2008.

ACOSTA, Alberto. Los derechos de la naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existência. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (orgs.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, p. 317-369, 2011.

ATAIDE JUNIOR. Vicente. Princípios do Direito Animal Brasileiro. *In*: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, e-issn 2358-4777, v. 30, n. 01, p.106 -136, Jan-Jun 2020.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Maria Amélia Augusto. Oieras, Portugal: Celta Editora, 2000.

BRUZACA, R. D., & QUEIROZ, S. V. M. (2018). Sobre a colonialidade no direito e as perspectivas de descolonização no contexto dos países latino-americanos. Revista Paradigma, 27(1). Recuperado de http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/760

GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *In*: *Tabula Rasa*, nº 13. Bogotá, Colômbia, p. 45-71, 2010.

GUIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. *In*: *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 39, n. 2, p. 88-113, 29 nov. 2015.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da natureza: biocentrismo? *In*: *Direito e Desenvolvimento*, 8(2), 128-142.

LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, p. 7–24, 2005. LANDER, Edgardo. Pensamiento crítico Latinoamericano: impugnación del eurocentrismo. Revista de Sociología. n. 15, p.13-25, 2001.

LANDER, Edgardo. El Neoextractivismo como modelo de desarrollo en América Latina y sus contradicciones. Congreso (Neo)Extractivismo y el Futuro de la Democracia en América Latina: Diagnóstico y Retos, Heinrich Böll Stiftung, Berlín 13-14 de mayo 2014, Disponível em http://mx.boell.org/sites/default/files/edgardolander.pdf2014. Acesso em 20 out 2020.

LEVAI, L. Os animais sob a visão da ética. Congresso Ambiental do Ministério Público. Campos de Jordão. 2001. Disponível em: < http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/os__animais__sob__a__visao__da__etica.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

LOURENÇO, D. B. As propostas de alteração do estatuto jurídico dos animais em tramitação no Congresso Nacional brasileiro. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 2, n. 1, p. 811-839, 2016.

MADEIRA FILHO, Wilson; MONTEIRO, Paula Pereira. Neoantropofagia? Limites e possibilidades epistemológicas nas Teorias do Sul. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; ABREU, Célia Barbosa; MADEIRA FILHO, Wilson (orgs.). *Metodologia da pesquisa jurídica*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 267-299.

MADEIRA FILHO, Wilson. Do direito das "Coisas". *In*: *Revista de Estudos Jurídicos*. Ano I, n. 1. Niterói: Universo, 1999, p. 84-88.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Analítica da Colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: Decolonialidade e Pensamento Afrodiaspórico. Belo Horizonte: autêntica, p.27-54, 2018.

MORIN, Edgar. 1999. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 3ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

OLIVEIRA, F. C. S. de; LOURENÇO, D. B. Em prol do Direito dos Animais: inventário, titularidade e categorias. Jurispoiesis (Rio de Janeiro), v. 12, p. 113-157, 2009.

PEREIRA, Reginaldo; PIRES, Patrícia Balancelli. Os direitos dos animais no novo constitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca(orgs.). *Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano*. [ebook] São Leopoldo: Karywa, 2015.

ROCHA, Jailson José Gomes da. *Direito animal latino-americano: uma experiência decolonial*. Tese (Doutorado). Salvador: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2019.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La Pachamama y el humano. 1ª ed. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2013.

A FUNÇÃO SOCIAL DO ELEMENTO SUBJETIVO DO COMPORTAMENTO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DA MINERAÇÃO

Bruno Henrique Tenório Taveira
Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF, Niterói, Brasil,
bruno.taveira@hotmail.com

Wilson Madeira Filho
Professor Titular da Faculdade de Direito e do PPGSD-UFF, Niterói, Brasil,
wilsonmadeirafilho@hotmail.com

Resumo: A responsabilidade civil expressa na via procedimental atual, que lida com problemas e danos existentes em uma sociedade complexa e plural, abandonou a análise do elemento subjetivo como requisito para imposição do dever de indenizar. De fato, a evolução do instituto jurídico da responsabilidade civil levou à adoção de teoria objetiva com função basicamente reparatória. O olhar do jurista se encontra na reparação do dano causado, sendo irrelevante a culpa para fins de responsabilidade civil ou mesmo para a fixação do "quantum" da reparação. Embora essa evolução seja louvável por facilitar a justa indenização às vítimas de danos, nota-se um inconveniente, qual seja, o fim da análise do elemento subjetivo como forma de desestimular condutas ilícitas. De forma correlata, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, ainda que expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, § 3º, tem encontrado minguada acolhida as decisões efetivamente prolatadas. É nesse contexto que se prega um verdadeiro renascimento do elemento subjetivo do comportamento com uma função social de desestímulo a condutas ilícitas, em verdadeira função de prevenção de danos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Mineração. Função Social. Elemento subjetivo. Culpa.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca alternativas no campo jurídico para abordar as questões decorrentes da responsabilidade civil nos desastres ligados ao setor da mineração, que se sucedem no Brasil.

O instituto da responsabilidade civil se modificou no decorrer do tempo e evoluiu de uma figura central da culpa para o conceito de risco, sendo cada vez mais comum a aplicação da responsabilidade objetiva.

Apesar desse inegável avanço, cumpre destacar, também, que a responsabilidade civil ainda se mantém com viés excessivamente repressivo, com o escopo de indenizar a vítima dos danos, para que a mesma retorne à situação anterior à lesão.

Nesse particular, o Brasil aprendeu de forma traumática que nos danos provocados pelos desastres da mineração é impossível se retornar ao estado anterior. Com efeito, não haverá o retorno das vítimas à situação anteriormente vivenciada. As mineradoras que destruíram o meio ambiente não conseguirão recriar os espaços naturais degradados. As vidas das pessoas duramente atingidas já se encontram marcadas de forma profunda.

É esse o contexto atual no Brasil, que exige transformações nos institutos jurídicos e o presente trabalho propõe um retorno da análise do elemento subjetivo do comportamento nos danos provocados pela mineração, para ressaltar a relevância da função preventiva da responsabilidade civil que deve levar o agente privado a adotar verdadeiras ações preventivas para evitar novos desastres.

O elemento subjetivo do comportamento deve ser utilizado como indutor de medidas preventivas, em uma verdadeira tentativa de se evitarem novas tragédias.

De fato, os problemas e danos existentes em uma sociedade complexa e plural, que levaram ao abandono da análise do elemento subjetivo como requisito para imposição do dever de indenizar são os mesmos que devem exigir o retorno dessa análise, embora com função diversa.

Deve-se apontar para o futuro, com uma nova evolução do instituto jurídico da responsabilidade civil, que no passado levou à adoção de teoria objetiva com função basicamente reparatória.

O jurista não pode limitar o seu olhar na reparação do dano causado. É verdade que a irrelevância da culpa para fins de responsabilidade civil ou mesmo para a fixação do "quantum" da reparação se traduziu em uma evolução louvável por facilitar a justa indenização às vítimas de danos. Por outro lado, nota-se um

inconveniente, qual seja, o fim da análise do elemento subjetivo como forma de desestimular condutas ilícitas.

Ademais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, ainda que expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, § 3º, tem encontrado minguada acolhida as decisões efetivamente prolatadas.

É nesse contexto que se prega um verdadeiro renascimento do elemento subjetivo do comportamento com uma função social de desestímulo a condutas ilícitas, em verdadeira função de prevenção de danos.

Com efeito, a análise do elemento subjetivo do comportamento pode revelar uma acentuada reprovabilidade da conduta do ofensor e seu desprezo pela proteção de situações existenciais, como parece acontecer nas grandes tragédias da mineração no Brasil.

Em uma verdadeira função social da culpa, identifica-se a necessidade de análise do elemento subjetivo do comportamento do ofensor, assim como a elementos intrínsecos à responsabilidade social das empresas e, sobretudo, dos grandes empreendimentos, como forma de impor um dever especial de prevenção, em uma típica função preventiva da responsabilidade civil, ou mesmo uma condenação superior à mera compensação dos danos, nos casos de dolo ou culpa grave, em que a responsabilidade civil adota uma natureza punitiva e se percebe um direito privado mais próximo do solidarismo adotado pela Constituição da República.

1. Elemento subjetivo do comportamento na responsabilidade civil

No Direito Civil clássico, a adoção da teoria da culpa sempre foi a regra, de acordo com a qual haveria obrigação de indenizar somente nos casos em que houvesse culpa do agente.

É verdade que, com a ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva, a culpa passa a ser coadjuvante, com o deslocamento da centralidade da responsabilidade civil para as noções de risco e dano.

Apesar da importância das teorias do risco e da responsabilidade objetiva, o escopo do presente tópico é abordar o elemento subjetivo do comportamento na responsabilidade civil.

Os casos de aplicação da responsabilidade objetiva crescem com a complexidade da modernidade atual, mas de acordo com a técnica legislativa do Código Civil Brasileiro, a responsabilidade civil subjetiva continua sendo a regra do ordenamento jurídico privado, o que caracteriza a necessidade de estudos acerca da culpa.

Com efeito, o artigo 186, do Código Civil aponta condutas culposas na configuração do ato ilícito. Ademais, a cláusula geral de responsabilidade civil, que se encontra no "caput", do artigo 927, do Código Civil, faz referência ao ato ilícito ao prever a obrigação de reparar o dano.

Nesse particular, cumpre trazer à baila a lição de Giselda Hironaka (2005, p. 131) quando afirma que existe certo declínio da culpa, porém esta não desapareceu e talvez nunca desapareça, já que a responsabilidade subjetiva continuará a existir no sistema, por muito tempo, como regra do ordenamento.

Além de apontar ser improvável o desaparecimento da culpa, a referida autora apresenta ideia compatível com a defendida no presente texto:

> A sua sobrevivência se deve, certamente, ao seu papel importantíssimo de prevenção à ocorrência de danos e ao seu papel sancionador do responsável por conduta culposa. Contudo, não há como negar, a culpa já não ocupa mais, no direito contemporâneo, o lugar de único ou de principal fundamento da responsabilidade civil (HIRONAKA, 2005, p. 151).

Ressaltada a permanência da importância do elemento subjetivo no estudo da responsabilidade, ainda que para se utilizar em função diversa, passa-se a explicar como o instituto deve ser entendido na atualidade.

O primeiro elemento subjetivo é a conduta.

A conduta humana pode acontecer através de uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa), forma voluntária, por negligência, imprudência ou imperícia, nas categorias jurídicas do dolo ou culpa.

Em regra, a conduta é comissiva por uma ação ligada à imprudência. A omissão, relacionada à negligência, é exceção dentro da responsabilidade civil. Para sua caracterização, mostra-se essencial a prova de que o fato deveria ser praticado, isto é, que havia um dever jurídico de evitar o dano.

É importante destacar que a conduta deverá ser voluntária, no sentido de ser controlável pela vontade do agente, o que exclui os atos praticados sob

coação absoluta ou inconsciência, no que se convencionou chamar de elemento da voluntariedade da conduta.

O segundo elemento subjetivo do comportamento na responsabilidade civil é a culpa genérica ou "lato sensu".

Entre os civilistas brasileiros clássicos, Pontes de Miranda (1958, p. 71) ensina que "a culpa é defeito que se pode apontar na vontade. Supõe-se que o agente, no que quis, passou o limite em que sua atividade ou a sua omissão seriam sem defeito. O dolo seria a vontade ou contrariedade ao direito".

Na Itália, Roberto Ruggiero (1973, p. 388) define a culpa em sentido amplo como "qualquer comportamento injusto, quer seja um fato positivo (comissão), quer negativo (omissão), quer um fato praticado com o deliberado propósito de prejudicar outrem e/ou violar a esfera jurídica alheia, quer um fato praticado sem tal propósito e consistente numa diligência".

É perfeitamente possível diferenciar a culpa em sentido amplo da culpa em sentido estrito, na medida em que a primeira abrange o dolo, que é a intenção deliberada de prejudicar. Por outro lado, a culpa em sentido estrito pode ser entendida como a violação a um direito subjetivo alheio, em desrespeito a um padrão geral de conduta existente no ordenamento jurídico.

A culpa em sentido estrito pode ocorrer a partir da imprudência, negligência ou imperícia.

A imprudência seria uma ação associada à falta de cuidado, enquanto a negligência seria uma omissão ligada à falta de cuidado. A imperícia, por sua vez, seria a inabilitação técnica para alguma arte, ofício, atividade ou profissão.

Dentro da culpa em sentido estrito, pode-se perceber a existência de dois elementos. O elemento objetivo é a violação do direito subjetivo alheio. Já o elemento subjetivo é a previsibilidade do resultado danoso.

Essa previsibilidade do dano já foi analisada tendo em vista as características pessoais e singulares do agente envolvido no evento, naquilo que se convencionou chamar de culpa subjetiva.

A evolução do direito civil levou à adoção de uma chamada culpa normativa, em que se abandonam questões subjetivas acerca da intenção do agente, com uma análise para se identificar violação a parâmetros objetivos.

O juiz deveria fazer uma valoração em abstrato dos comportamentos e a conduta do agente será culposa nos casos em que se distanciou dos parâmetros prefixados. Não seria necessária a análise do sujeito do caso concreto, mas apenas uma comparação com um modelo geral de comportamento esperado pelo ordenamento jurídico.

A adoção da noção de culpa normativa foi um grande avanço, em virtude das dificuldades da vítima em provar a intenção subjetiva do agente que gerou o dano.

Em relação ao emento subjetivo do comportamento na responsabilidade civil subjetiva, nota-se que a culpa normativa é a regra atualmente.

É importante mencionar que a responsabilidade civil subjetiva continua a ser a regra no Brasil. O artigo 186, do Código Civil menciona a culpa no conceito de ato ilícito e o artigo 927, do Código Civil traz no "caput" a noção de responsabilidade subjetiva e a técnica legislativa aponta que essa seria a regra do sistema jurídico.

De qualquer modo, o parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil prevê uma cláusula de responsabilidade civil, independentemente de culpa, quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, como acontece com a atividade minerária, conforme se aborda a seguir.

2. Responsabilidade civil objetiva pelo risco na atividade

A mineração é uma atividade indiscutivelmente de risco. Os empreendimentos minerários já causam, ordinariamente, riscos para toda a sociedade. Esses riscos são potencializados diante da ausência de cuidado das empresas que exploram os minerais.

O fato é que se operou uma mudança no elemento culpa da responsabilidade. Antes, a vítima precisava provar a conduta culposa do agente para obter a justa indenização. Atualmente, basta a existência de uma atividade de risco, não sendo necessária nenhuma discussão acerca da culpa.

Em outras palavras, quem pleitear uma indenização em face de uma mineradora que desenvolve atividade de risco não precisa nem mesmo levantar a existência de imprudência, negligência ou imperícia da sociedade empresária.

Basta que a parte requerida desenvolva uma atividade de risco que o primeiro elemento da responsabilidade civil estará satisfeito.

A responsabilidade civil objetiva nas atividades de risco já existe no Brasil e se pode destacar o processo contínuo, gradual e exitoso de substituição da ideia de busca de um culpado, pela necessidade de reparação de danos.

A cláusula geral de responsabilidade pelo risco tem previsão no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, a qual prevê que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados na lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Por oportuno, o artigo 927, do Código Civil, prevê:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Da análise do dispositivo legal acima, verifica-se que o "caput" ainda consagra a responsabilidade civil subjetiva ao prever a necessidade de reparação do dano em caso de prática de ato ilícito.

Por outro lado, o "parágrafo único" apresenta uma verdadeira cláusula geral de responsabilidade objetiva no direito civil brasileiro, em que haverá obrigação de reparar o dano, sem debate acerca da culpa, sempre que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A atividade minerária, por sua natureza, implica riscos para os direitos de outrem, razão pela qual se deve utilizar a responsabilidade objetiva nessas demandas judiciais, substituindo-se a discussão da culpa da mineradora pela simples constatação fática de que a mesma exerce atividade de risco.

Diante do cenário dos institutos jurídicos no Brasil, notadamente pela desnecessidade de prova da culpa, poderia se imaginar que um atingido por desastres da mineração teria facilidade em obter a reparação das lesões sofridas.

Ocorre que essa não é a realidade existente no país, em virtude da enorme dificuldade de provar a extensão do dano, bem como pela dificuldade de mover uma ação individual em face de grandes sociedades empresárias.

Essa relação processual desigual envolvendo um atingido sem recursos financeiros e uma mineradora com recursos para contratar os melhores profissionais e técnicos para sua defesa se dá em virtude da ausência de efetividade da justiça criminal e da tutela coletiva.

3. Responsabilidade penal e tutela coletiva nos desastres da mineração

Não é objetivo do presente texto abordar de forma pormenorizada a responsabilidade penal, uma vez que o escopo do trabalho é trabalhar a função social do elemento subjetivo do comportamento na responsabilidade civil, porém convém mencionar a atual inefetividade da jurisdição criminal na matéria, em virtude da influência no contexto global dos conflitos socioambientais e individuais relacionados.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, ainda que expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, § 3º, tem encontrado minguada acolhida as decisões efetivamente prolatadas.

O Brasil viveu dois desastres de imenso impacto ligados ao setor de mineração. O desastre da Samarco, com o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais, no dia 05 de novembro de 2015 e o desastre da Vale, com o rompimento da barragem da Mina Córrego do Feijão, no dia 25 de janeiro de 2019, em Brumadinho, Minas Gerais.

O desastre da Samarco configura o maior desastre ambiental do Brasil e o desastre da Vale foi o maior acidente do trabalho do Brasil em perda de vidas humanas. Ambos estão entre as maiores tragédias do mundo.

Diante da gravidade dos danos causados, esperava-se uma rápida resposta do ordenamento jurídico e das instituições brasileiras, especialmente através do Direito Penal, aquele que de acordo com o princípio da "ultima ratio", deve ser chamado quando os demais ramos do direito não se mostrarem capazes de evitar a ocorrência de atos ilícitos ou punir os responsáveis à altura da lesão provocada.

Quanto ao desastre da Samarco, o Ministério Público Federal apresentou denúncia perante a Vara Federal da Subseção Judiciária de Ponte Nova (processo n° 0002725-15.2016.4.01.3822), porém passados mais de cinco anos, ainda não foi proferida sentença em primeiro grau.

Em relação ao desastre da Vale, o Ministério Público denunciou a Vale S.A., a TÜV SÜD Bureau de Projetos e Consultoria Ltda e dezesseis executivos ligados a essas empresas. O processo nº 0003237-65.2019.8.13.0090 se encontra em trâmite na 2ª Vara da Comarca de Brumadinho/MG e ainda não houve tempo para se chegar à fase de sentença.

Percebe-se claramente que o primeiro desastre em 05/11/2015 não levou as mineradoras a redobrarem a prevenção, tanto que um segundo desastre aconteceu em 25/01/2019.

Infelizmente, o Estado de Minas Gerais se encontra na iminência de viver um terceiro desastre provocado pelo setor de mineração, pois existem dez barragens da Vale em nível de emergência e quatro delas com risco de ruptura iminente.

De fato, estão com risco iminente de romper as barragens B3/B4 da mina Mar Azul, em Macacos, região metropolitana de Belo Horizonte, Forquilha I e Forquilha III, em Ouro Preto, na região Central, e a Sul Superior, em Barão de Cocais, também na região Central.

Essas quatro barragens se encontram no nível 3 que significa risco iminente de rompimento ou rompimento em curso[1].

A análise das consequências dos dois desastres que já aconteceram no Brasil e o anúncio da iminência de mais quatro desastres já demonstra de forma induvidosa que a previsão em abstrato da responsabilidade penal das pessoas jurídicas sem a aplicação efetiva da norma não leva à prevenção necessária.

Além da inexistência, até o momento, de efetividade da responsabilidade na esfera criminal, cumpre destacar a dificuldade no avanço das indenizações no âmbito da tutela coletiva.

Quanto ao desastre da Samarco, já são mais de cinco anos em que diversas instituições públicas tentam de todas as formas a devida reparação dos

[1] Os relatórios da Vale se encontram disponíveis em: http://www.vale.com/esg/pt/Paginas/ControleGestaoBarragens.aspx

danos provocados pelo rompimento da barragem de Fundão. Foram firmados Termos de Ajustamento de Condutas, acordos, ajuizadas ações civis públicas, expedidas centenas de recomendações, mas as empresas responsáveis pelos danos, ao que parece, optam por alocar os recursos em publicidade e contratação dos melhores advogados do país para promover a sua defesa.

Não cabe nesse trabalho uma análise pormenorizada do andamento das medidas coletivas, mas os resultados são frustrantes e o que se vê são atingidos sofrendo o chamado dano do dano.

No que se refere ao desastre da Vale, o andamento das indenizações foi até menos traumático, porém também com muita dificuldade.

Em qualquer dos casos, nunca haverá o retorno do meio ambiente à situação anterior, as vidas perdidas jamais serão resgatadas e o sofrimento dos atingidos não será integralmente reparado.

Por tudo isso, o viés indenizatório da responsabilidade civil e a reparação integral com o retorno do lesado à situação de antes do dano é absolutamente insuficiente nos desastres da mineração. E, nesse particular, reside a necessidade de se buscar uma nova função social para o elemento subjetivo do comportamento.

4. A função social da culpa: prevenção e punição

A culpa deve ser utilizada com outra função nas hipóteses de responsabilidade civil e mineração. É preciso pensar em prevenção, tanto para desestimular a prática de atos ilícitos e sancionar o agente que insiste em causar dano com uma pena civil.

Trata-se de uma mudança de paradigma da responsabilidade civil que abandona seu viés individualista e unicamente reativo, para impedir a exposição a danos e ameaças injustificáveis socialmente, como um desastre provocado pelo rompimento de uma barragem, algo completamente evitável com atuação diligente do empreendedor.

A prevenção passa a ser o cerne da responsabilidade civil na atual sociedade de riscos.

É preciso reconhecer a impossibilidade fática de se reparar integralmente os enormes danos provocados por desastres antropogênicos do setor de mineração, com atuação do direito civil antes da ocorrência do evento, no sentido de prevenir os danos.

Para além da função reparatória, a responsabilidade civil passa a ter função de prevenção de danos e também uma função precaucional, no sentido de prevenir riscos intoleráveis.

É nesse contexto que se pode apontar uma nova função social da culpa, que seria induzir comportamentos virtuosos, no sentido de estimular prováveis ofensores a buscar meios de evitar danos através de condutas diligentes.

Os minérios são commodities negociadas com preços que oscilam no mercado internacional, sendo o minério de ferro o principal mineral extraído no Brasil. A exploração minerária está sujeita ao mercado internacional, mas não se pode permitir que a busca do empreendedor por lucros e a sede do próprio Poder Público pela arrecadação de impostos e balança comercial favorável levem à destruição do meio ambiente e das vidas das pessoas. É claramente uma limitação moral do mercado.

A responsabilidade civil pode ser usada como instrumento de controle social, como já afirmava Giovanni Facci (2004, p. 13):

> [...] a responsabilidade civil desenvolve uma função de instrumento de controle social e difuso no confronto de atividades potencialmente lesivas, seja conjuntamente, em substituição ou em suplência aos tradicionais instrumentos administrativos ou penais. Os limites são evidentes: o lesado quer obter o ressarcimento de seu dano individual e não a remoção das condições que provocaram aquele dano e outros que não possam provocar. Em alguns casos, todavia, como no âmbito da tutela ambiental e dos direitos de personalidade, o recurso à responsabilidade civil como instrumento de controle deverá receber adequada consideração.

É necessário se utilizar a responsabilidade civil com função de desestímulo para o empreendedor que pretenda desenvolver atividade capaz de prejudicar terceiros e criar um risco socialmente inadmissível.

Nesse particular, a ciência jurídica precisa se abrir para a interdisciplinariedade e usar conceitos da economia e da sociologia, no sentido de promover medidas que estimulem os empreendedores a adotarem comportamentos positivos e a prevenção de danos.

Da economia, pode-se pensar em estímulos aos agentes econômicos que adotem posturas preventivas, com cadastros positivos e divulgação meritocrática das empresas que possuem boa governança ambiental, social e corporativa, o que

já vem sendo feito no âmbito do mercado financeiro, com separação de empresas com o chamado "selo ESG"[2].

É possível pensar, ainda, em financiamentos públicos e taxas de juros mais baixas no sentido de fomentar medidas preventivas a serem adotadas antes da ocorrência do evento danoso.

Leitão (2018, p. 143) descreve os meios através dos quais o setor privado adere aos escopos de uma norma:

> Os meios pelos quais o setor privado adere aos objetivos de uma norma são essencialmente dois: por mecanismos de comando e controle pelo Estado, em que o agente privado está obrigado a obedecer à norma sob pena de sanção, ou por mecanismos de indução pela norma, em que esta prevê vantagens – geralmente de cunho econômico – para o cumprimento de condutas que são obrigatórias – não há sanção pela sua inobservância –, mas são condutas desejadas e que devem ser estimuladas.

A responsabilidade deve adotar um caráter preventivo, tanto estimulando comportamentos positivos antes da ocorrência do dano, quando punido o agente econômico que assumiu um risco socialmente intolerável e gerou um desastre social e ambiental.

O empreendedor precisa perceber que os danos provocados por desastres possuem um valor muito superior ao investimento em medidas de prevenção.

Os desastres da Samarco, em Mariana/MG, e da Vale, em Brumadinho/MG, deveriam ser utilizados como lição, porém a ausência de efetividade da responsabilidade penal e mesmo da tutela indenizatória e reparatória coletiva talvez não tenham contribuído nesse sentido.

É verdade que a baixa periodicidade de desastres dessa magnitude dificulta a estimativa dos custos envolvidos, porém, lamentavelmente, existem neste momento pelo menos quatro barragens que podem se romper, logo a probabilidade do evento catastrófico se repetir é real e iminente.

Além das medidas preventivas tomadas no sentido de estimular o empreendedor a adotar comportamentos positivos, o ordenamento jurídico do

[2] ESG: Environmental, social and corporate governance, empresas e negócios com boa governança ambiental, social e corporativa.

Brasil precisa evoluir para admitir a pena civil nos danos causados pela mineração, nas hipóteses de dolo e culpa grave.

A adoção da responsabilidade civil com função punitiva desestimulará o ofensor a assumir riscos socialmente intoleráveis.

Acerca dos casos de acentuada reprovabilidade da conduta do ofensor, Nelson Rosenvald (2017, p. 133) entende que:

> Em tempos de personalização do direito privado, a atitude emancipatória da responsabilidade civil do último século passou pela progressiva eliminação da discussão do ilícito e da culpa como fatores de exclusão da obrigação de indenizar nas sociedades de massa. Ao invés da preservação de privilégios, o direito civil consentiu que o princípio da solidariedade ampliasse as hipóteses de compensação de danos independentemente da existência de um ato ilícito.
> Agora, urge vivenciar um segundo momento. Aquele em que a demonstração da acentuada reprovabilidade da conduta do ofensor e seu desprezo pela proteção de situações jurídicas existenciais e patrimoniais de terceiros serão aferidos como critérios para a fixação de um quantum adicional ao valor da reparação de danos.

Mais do que isso, Nelson Rosenvald (2017, p. 133) se refere de modo expresso à função social da culpa:

> Um sistema jurídico pode perfeitamente escapar da influência hegemônica da culpa, sem negar as raízes morais desta disciplina. Parafraseando Posner (porém com exclusão de critérios utilitários), cogita-se de uma função social da culpa, pela qual o exacerbar das sanções exerce um efeito preventivo, enquanto a sua mitigação produzirá o efeito contrário. Não se trata de fazer uma escolha entre culpa e risco, mas de trabalhar conjuntamente culpa e risco.

Em diversos casos, o agente econômico se sente estimulado a praticar o ilícito, pois caso seja condenado deverá pagar no máximo o valo do dano causado, sendo muito comum o empreendedor receber um lucro muito superior à indenização em que eventualmente seria condenado.

Trata-se de cálculo simples, em que a matemática básica, com uma conta aritmética, pode levar o agente econômico a assumir o risco de produzir o resultado danoso.

Nesse ponto a função social da culpa e a responsabilidade civil podem evoluir.

A análise do grau de culpa do agente para turbinar o valor da indenização em casos de culpa grave em uma verdadeira punição civil atende à ideia de prevenção, na medida em que desestimula a alternativa deliberada de praticar a lesão, pois não haverá lucro, já que a nova responsabilidade civil ensinará ao agente econômico que não se pode obter vantagem lesando terceiros.

É uma verdadeira atuação judicial no sentido de inibir a reiteração de ilícitos, seja pelo mesmo agente econômico ou por outros agentes.

Giuseppe Monateri (2006, p. 98) também aponta a necessidade de um fardo superior ao dano para que ofensor se sinta desestimulado a praticar a conduta ilícita:

> Quando o agente tem a perfeita consciência do ilícito que deseja causar – ou da assunção de seus riscos – a simples compensação das lesões daí derivadas será insuficiente. Afinal, o ofensor já havia assumido para si estas consequências e está disposto a arcar com elas. Portanto, parece razoável supor que apenas o temor de um fardo superior ao normal possa desincentivar aquele que previamente se decidiu por praticar uma conduta ilícita com o escopo preciso de ofender interesses alheios.

Desse modo, a função social do elemento subjetivo do comportamento na responsabilidade civil impõe uma condenação superior aos danos provocados, no sentido de punir o ofensor e, assim, evitar a reiteração de comportamentos ilícitos tanto do mesmo agente quanto de terceiros.

CONCLUSÃO

O presente trabalho identificou que nos desastres antropogênicos provocados pelo setor de mineração a responsabilidade penal e a tutela reparatória e indenizatória coletivas não têm se mostrado suficientes para prevenir a ocorrência de novos danos.

Os desastres da Samarco, em Mariana/MG, e da Vale, em Brumadinho/MG, associados à existência de quatro barragens com risco iminente de rompimento não deixam dúvidas da necessidade de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro.

Identificou-se que a adoção da responsabilidade objetiva foi um avanço no sentido de tentar assegurar a reparação dos danos sofridos pelos atingidos, porém se percebeu ser impossível o retorno do meio ambiente e das vidas à situação anterior à tragédia.

Por essa razão, conclui-se que a função reparatória da responsabilidade civil se mostra insuficiente nos danos provocados pela mineração, sendo essencial se utilizar a culpa com uma nova função social no sentido de prevenir a ocorrência de desastres, tanto estimulando comportamentos positivos dos empreendedores, quanto punindo, efetivamente, os agentes, com indenizações em valores superiores aos danos, caso haja dolo ou culpa grave.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Roberto. *Reparação civil por danos morais*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEITÃO, Manuela Prado. *Desastres ambientais, resiliência e a responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, t. XXIII.

FACCI, Giovanni. *Le obbligazioni*. In: FRANZONI, Massimo (Org.). Roma: UTET Giuridica, 2004.

MONATERI, Giuseppe Pier. *La responsabilità civile*. Torino: UTET Giuridica, 2006.

REGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. Tradução de Ary dos Santos, Antônio Vhaves e Fábio Maria de Mattia. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 3.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*.3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VIANA, Iasna Chaves. *Riscos, complexidades e responsabilidade civil ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

POBRES E PRETOS NO MEIO DO CAMINHO: resistências do quilombo Queimadas, em Serro, MG, face aos projetos de mineração

Thaís Henriques Dias
Universidade Federal Fluminense, Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD-UFF), Niterói, Brasil, thaishd@id.uff.br

Wilson Madeira Filho
Universidade Federal Fluminense, Professor Titular da Faculdade de Direito e do PPGSD-UFF, Niterói, Brasil, wilsonmadeirafilho@id.uff.br

Ana Maria Motta Ribeiro
Universidade Federal Fluminense, Professora Associada do Instituto de Ciências Humanas e Filosóficas e do PPGSD-UFF, Niterói, Brasil, anamribeiro@outlook.com

Resumo: O quilombo Queimadas simboliza uma luta muito maior de resistência e reconhecimento, não apenas por sua trajetória de sobrevivência diante das diversas modelagens da oligarquia local como diante dos desafios dos empreendimentos do extrativismo minerário na atualidade. Nesse sentido, o Projeto Serro da Anglo American Minério de Ferro Brasil S.A buscou ampliar a exploração minerária em diversas comunidades quilombolas no município de Serro, MG. O Estudo de Impacto Ambiental (EIA), elaborado pela consultoria Arcadis logos S.A., contratada pela empresa, informava que não haviam comunidades quilombolas nas áreas de influência do empreendimento, quando, de fato, existem cinco, quais sejam, Ausente, Baú, Queimadas, Fazenda Santa Cruz e Vila Nova. Por sua vez, a comunidade quilombola de Queimadas, onde centralizou-se a resistência, subdivide-se em diversas regiões, sendo elas a Cabeceira de Mumbuca, Córrego Cavalcante, Arraial de São José das Maravilhas e Córrego do Criminoso, fazendo divisa com as comunidades de Itambé, Botafogo e Mumbuca. Atualmente conta com cerca de 54 famílias e aproximadamente 245 pessoas. Os moradores de Queimadas em sua grande maioria trabalham na agropecuária e agricultura familiar. Atualmente, o Projeto Serro foi adquirido pelo Grupo Herculano Mineração, o qual também não realizou consulta prévia a essas comunidades. A resistência da comunidade ao assédio empresarial e pseudo-desenvolvimentista, repercutindo em decisões políticas municipais controversas e em processos de judicialização é o objeto desse estudo.

Palavras-chave: Mineração; Neoextrativismo; Quilombo; Conflitos socioambientais.

INTRODUÇÃO

O quilombo Queimadas simboliza uma luta muito maior de resistência e reconhecimento, não apenas por sua trajetória de sobrevivência diante das diversas modelagens da oligarquia local como diante dos desafios dos empreendimentos do extrativismo minerário na atualidade. Esta comunidade remanescente de quilombos ocupa tradicionalmente as terras localizadas na divisa dos municípios de Serro e Santo Antônio do Itambé, em Minas Gerais, a uma distância aproximada de 5km da sede do Serro. Atualmente, a comunidade é composta por, aproximadamente, 54 famílias e 245 pessoas, que, no geral, se dedicam à exploração de atividade agropecuária, sobretudo para produção de queijo artesanal, e agricultura, em regime de economia familiar, adotando uma forma de vida tipicamente camponesa. Queimadas foi reconhecida como remanescente de quilombo, por meio da Portaria n. 177, de 31 de agosto de 2012, emitida pela Fundação Cultural Palmares e publicada no Diário Oficial da União em 3 de setembro de 2012, mas cujas terras ainda não foram tituladas (LEITE: 2018, p. 2108).

Em Minas Gerais, a expansão da fronteira extrativa mineral está inserida em uma nova onda de exploração minerária, baseada em uma tecnologia moderna, que permite a exploração em larga escala de itabiritos com baixo teor de ferro. Dessa forma, a região da Serra do Espinhaço entre Conceição do Mato Dentro e Serro desponta como uma nova fronteira de mineração, no contexto de uma nova configuração econômica denominada "neoextrativista". Trata-se da atualização do modo de apropriação instrumental da natureza, em grande escala, nos territórios localizados na América Latina, desde a invasão colonial. No município do Serro, a tentativa de implantação desse modelo de exploração minerária tem sido feita a partir da proposta de mineração numa área localizada a cerca de cinco quilômetros da sede do município, na Serra do Condado (Figura 1), muito próximo a áreas de preservação permanente, como o Parque Estadual Pico do Itambé, e sobre aquíferos importantes, além de atingir as bacias do rio do Peixe e do rio Guanhães. Além disso, o projeto desconsidera os direitos do quilombo Queimadas, que está na área de influência direta do empreendimento (CEDEFES, 2019). Tal empreendimento foi denominado "Projeto Serro", pela

empresa mineradora Anglo American de Ferro Brasil S/A e atualmente está sob responsabilidade do Grupo Herculano Mineração.

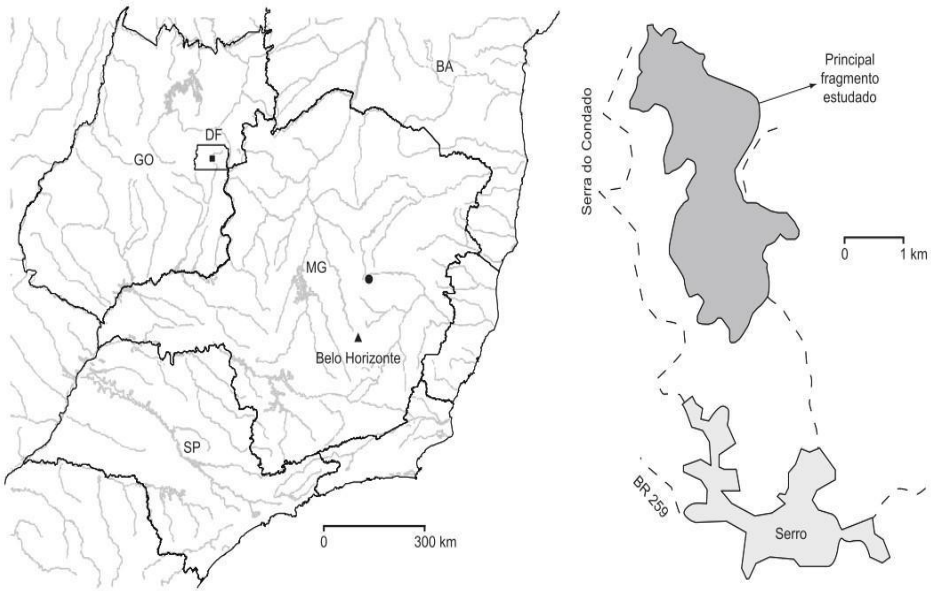


Figura 1 - Localização da Serra do Condado – MG
Fonte: Pifano et al. (2010, p. 57)

No dia 12 de maio visitamos o quilombo Queimadas, no município do Serro, e ouvimos de seus moradores os problemas relacionados às ameaças e conflitos desencadeados pelo Projeto Serro[1]. A partir da constatação de que

[1] Este trabalho surgiu a partir de uma viagem de campo exploratória, por meio de disciplina itinerante, do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF), coordenada pelo professor Wilson Madeira Filho. Em maio de 2019, percorremos caminhos marcados pelo extrativismo mineral em Minas Gerais, para conhecer os conflitos decorrentes e seus efeitos e danos socioambientais. Também participaram do projeto (em ordem alfabética): Bruno Henrique Tenório Taveira (doutorado), Larissa P. O. Vieira (doutorado), Lilian Regina Furtado Braga (mestrado), Luiza Alves Chaves (doutorado), Mara Magda Soares (mestrado), Marcelino Conti de Souza (doutorado), Marina Marçal do Nascimento (doutorado), Patrícia de Vasconcellos Knöller (doutorado) e Ubiratan Alves da Silva (especialização).

também no município vizinho, Conceição do Mato Dentro, as comunidades negras rurais foram invisibilizadas no processo de licenciamento ambiental da Anglo American, percebemos dimensões do racismo ambiental e práticas empresariais de expulsão e controle dos territórios de que dependem para exploração do minério de ferro e da água. Dessa forma, a fim de contribuir com a visibilização do conflito, este estudo tem como objeto a repercussão da resistência do quilombo Queimadas ao assédio empresarial e pseudo-desenvolvimentista nas decisões políticas municipais controversas e em processos de judicialização. Dividimos o texto em três partes: uma pequena síntese histórica do quilombo Queimadas; a descrição e análise das formas de ameaças e os conflitos da mineração nas comunidades quilombolas no Serro, com foco nas decisões políticas municipais sobre o Projeto Serro; e, por fim, o processo de judicialização do conflito, como meio de disputa entre os diferentes sujeitos e grupos e seus projetos de vida e de sociedade.

1. Pequena síntese das origens históricas do quilombo Queimadas

O quilombo Queimadas simboliza uma luta muito maior de resistência e reconhecimento, não apenas por sua trajetória de sobrevivência diante das diversas modelagens da oligarquia local como diante dos desafios dos empreendimentos do extrativismo minerário na atualidade. Esta comunidade remanescente de quilombos ocupa tradicionalmente as terras localizadas na divisa dos municípios de Serro e Santo Antônio do Itambé, em Minas Gerais, a uma distância aproximada de 5km ao norte da sede do Serro (Figura 2).

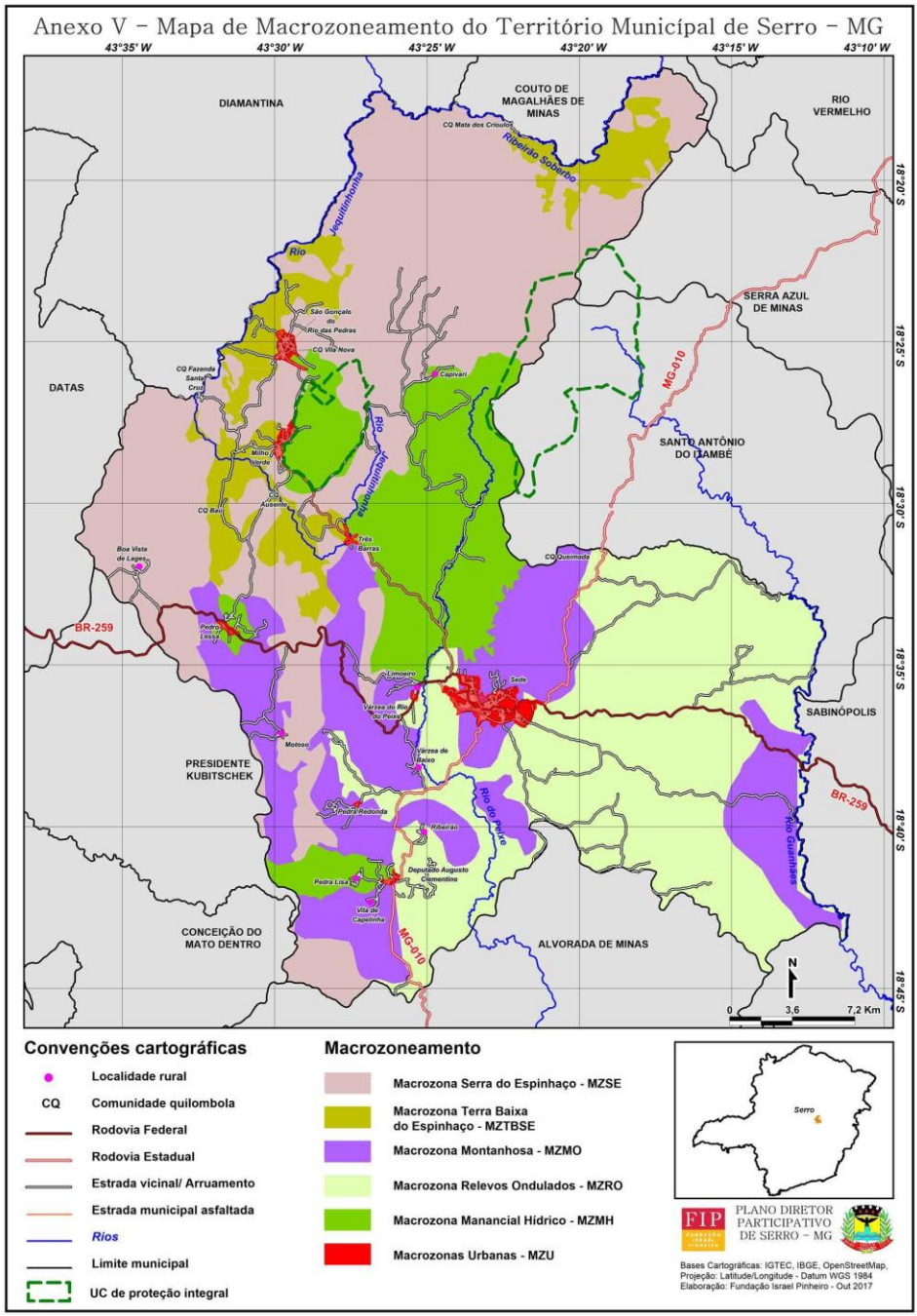


Figura 2 - Mapa de macrozoneamento do território municipal de Serro MG
Fonte: Fundação Israel Pinheiro (2018, p. 111)

Na divisão político-administrativa do Estado de Minas Gerais, o município do Serro está localizado na região do Alto Jequitinhonha e da Serra do Espinhaço, em uma área de transição entre os biomas da Mata Atlântica e Cerrado, com rios que vertem sentido para o Vale do Jequitinhonha e para o Vale do Rio Doce. Dois importantes rios nascem no Serro: o rio Jequitinhonha e o rio do Peixe, um dos afluentes do rio Doce. Essa região foi colonizada por bandeirantes no início do século XVIII, cujas atividades econômicas eram de mineração de ouro e diamante, de extração de madeira para produção de carvão vegetal e pecuária extensiva, feitas com base no modo de produção escravista, por meio da exploração do trabalho humano compulsório de pessoas escravizadas trazidas como mercadorias da África para as Américas (MOREIRA COSTA: 2017, p. 15-21). De acordo com o Relatório Antropológico de Caracterização Histórica, Econômica, Ambiental e Sociocultural da Comunidade Quilombola do Baú – Serro – MG (2015, p. 70 *apud* LEITE: 2018, p. 2108), os dois grandes grupos humanos de origem africana nessa região eram:

> [...] os sudaneses, oriundos das regiões africanas de Daomé (Benin), Nigéria e Guiné, na África Ocidental, e os bantos, originários da África Central, geralmente de Angola, Congo e Moçambique, que, embora possuíssem uma matriz cultural e linguística comum, na verdade, englobam centenas de subgrupos étnicos diferentes.

A formação histórica e territorial dessa região também se deu pelas resistências à escravidão e ao regime colonial e oligárquico local[2], a diversidade na produção do trabalho e serviços realizados pelas pessoas negras escravizadas e pelas libertas do cativeiro[3] e a reprodução e reexistência de seus modos de vida.

[2] Um exemplo dessas resistências foi a revolta escrava de 1864 contada por Isadora Moura Mota (2006, p. 39), a fim de "compreender as experiências da escravidão no norte de Minas no contexto político dos anos 1860 [...] onde a mineração há muito havia garantido uma forte presença centro-africana e o crescimento da população livre de cor".

[3] Segundo Mota (2006, p. 44-5), "Na comarca do Serro, muitos ex-escravos atuavam como pequenos proprietários, artesãos, viviam de suas "agências" ou trabalhavam como "jornaleiros", por exemplo na mineração de ouro e diamantes. No trabalho coletivo de extração e lavagem das pedras nas lavras, labutavam lado a lado com os cativos. Além de minerar, outras atividades eram desempenhadas conjuntamente: escravos e forros buscavam lenhas nas matas, dormiam nos ranchos da beira dos rios diamantinos, frequentavam as mesmas vendas ou compareciam às igrejas e irmandades locais. (Cf. SOUZA). A polícia temia especialmente os libertos que serviam como falas dos quilombolas, isto é, informantes que os alertavam sobre a organização de expedições de combate, serviam de parceiros comerciais ou ofereciam

Tais elementos constituíram inúmeras comunidades negras e quilombolas ao longo do município do Serro com territorialidades próprias, voltadas à reprodução da sua existência material, simbólica e afetiva (MOREIRA COSTA: 2017, p. 22-4; FERREIRA: 2009, p. 17). A permanência dessas relações campesinas nesses territórios constitui atualmente cinco comunidades remanescentes de quilombos: Ausente, Baú, Queimadas, Fazenda Santa Cruz e Vila Nova, certificadas pela Fundação Cultural Palmares (FCP), desde o ano de 2007, mas cujas terras ainda não foram tituladas.

De acordo com Moreira Costa (2017: p. 25-6), a maior parte dessas comunidades formaram-se em torno da atividade do garimpo, sobretudo aquelas que margeiam o rio Jequitinhonha e seus afluentes, com exceção de Queimadas, cuja ocupação territorial e história está "[...] ligada ao desenvolvimento das fazendas de cana-de-açúcar e café que se formaram naquela região". A prática dos latifundiários consistia em "doar" pequenos pedaços de terra aos trabalhadores, para que estes ficassem próximos às fazendas e fornecessem mão-de-obra barata ou gratuita. Dessa forma, "conforme as fazendas iam se expandindo pelo território, também iam se formando os ranchos e sítios de trabalhadores destas fazendas", de modo que a comunidade de Queimadas ocupou esses pedaços de terra, intensificando suas práticas de agricultura familiar e reprodução social territorializadas no espaço rural.

As origens históricas do campesinato negro e a permanência dos quilombos, em sua constante reelaboração, ganham importância no processo de construção de uma identidade quilombola, quando aspectos da memória e dos saberes historicamente territorializados fundamentam o direito institucional ao território (FERREIRA: 2009, p. 4-8; GONÇALVES: 2016, p. 19; LITTLE: 2020, p. 10). Em seu exercício de macro análise antropológica sobre a questão fundiária no Brasil, Paul Little (2002, p. 4) fez "uma breve contextualização histórica dos processos de territorialização no Brasil colonial e imperial". Ele relacionou as transformações territoriais dos últimos séculos aos processos de expansão de fronteiras, dentre as quais estão as entradas ao interior pelos bandeirantes, nos séculos XVI e XVII, e as frentes de mineração em Minas Gerais e no Centro-Oeste, ambas a partir do século XVIII. Segundo ele, esses processos de expansão resultaram na instalação da hegemonia do Estado-nação e suas formas de

refúgio, quando necessário. Em 1864 muitos deles ajudaram os escravos a conseguir armamento e a espalhar a notícia da insurreição, servindo como "ponte" de comunicação entre as cidades e as matas do norte mineiro".

territorialidade, de forma que todas as demais territorialidades são obrigadas a confrontá-la. Assim, foram produzidos "choques territoriais", "novas ondas de territorialização" e "processos de etnocídio e etnogênese" dos povos tradicionais, seja por múltiplas formas de resistência, seja por "processos de acomodação, apropriação, consentimento, influência mútua, e mistura entre todas as partes envolvidas". Nos termos do intelectual e lavrador quilombola Antônio Bispo dos Santos (2018), mais comumente conhecido como Nêgo Bispo, tais processos são enfrentamentos que conceitua como colonização e contra-colonização. Dessa forma, contra-colonizar consiste em reeditar as suas trajetórias a partir das próprias matrizes e particularidades socioculturais frente ao colonialismo.

Nesse sentido, as novas frentes de expansão desenvolvimentistas no século XX mantiveram os territórios sociais dos povos tradicionais à margem dos parâmetros legais definidos pelo regime de propriedade vigente no Brasil (LITTLE: 2002, p. 7-12). Dessa forma, as leis e instrumentos jurídicos que impuseram a necessidade de contratos escritos e com registro nas instituições reconhecidas pelo Estado, significou uma forma de controlar e dificultar o acesso à terra pelos povos tradicionais e perseguir os quilombos. Isso porque, os contratos das sociedades formadas pela população negra eram feitos por meio da oralidade, em que a terra é de uso comum e lugar de manifestação das redes de parentesco e sociabilidade de uma comunidade. Sem os registros escritos e documentos exigidos pelo Estado para o reconhecimento da propriedade sobre a terra, a maioria das terras historicamente ocupadas pelas comunidades tradicionais no Brasil passaram a ser consideradas espólios (SANTOS: 2018; SILVA: 2018). É o caso da Lei de Terras de 1850 que, dentre outras coisas, estabeleceu que a aquisição de terras públicas somente seria efetivada por meio da compra e do registro, criando as condições para a sujeição do trabalho da população negra aos proprietários de terra, em latifúndios, após a abolição da escravatura (GONÇALVES: 2016, p. 30; PACHECO e PACHECO: 2010, p. 273).

De acordo com Alfredo Wagner de Almeida (2004), o surgimento dos movimentos sociais no campo e seus processos de territorialização, a partir de 1970, expressaram uma diversidade de formas de existência coletiva de diferentes povos e grupos sociais em suas relações com a terra e com a natureza, no que ficou denominado de "terras tradicionalmente ocupadas". Ainda que tendo diferentes formações históricas, essa categoria foi instituída no texto

constitucional de 1988 e reafirmada nos dispositivos infraconstitucionais[4] e se tornou um preceito jurídico marcante para a legitimação de territorialidades específicas e etnicamente construídas. Dessa forma, a articulação dos povos tradicionais para transformar a regularização de terras pela escrita em uma forma de defender seus territórios, forçou o Estado brasileiro a incluir distintos regimes de propriedade dentro de seu marco legal único, apesar da dificuldade de efetivação desses dispositivos legais e tensões relativas ao seu reconhecimento jurídico-formal[5]. As comunidades quilombolas localizadas no município do Serro inserem-se nesse cenário de luta pela efetivação desses direitos e pela titulação das terras, frente ao avanço da fronteira extrativa mineral em Minas Gerais e, especificamente, à ameaça de implantação de um empreendimento minerário onde vivem ou próximo de seus territórios.

2. As ameaças e os conflitos da mineração nas comunidades quilombolas no Serro

De um ponto de vista macroeconômico, o Brasil tem uma das maiores reservas de minério de ferro do mundo e está entre os principais países responsáveis por sua produção[6]. A expansão da produção brasileira de minério de ferro a partir dos anos 2000 ocorreu, sobretudo, para atender à demanda chinesa por "recursos naturais", processo em que a economia brasileira foi se especializando nas exportações de produtos primários. Uma das consequências

[4] Alfredo Wagner (2004) cita o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que estabelece o direito à propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades dos quilombos, o parágrafo 1º do art. 231 da Constituição Federal de 1988, na qual preponderou a expressão "terras tradicionalmente ocupadas" e a ratificação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio do Decreto Legislativo n. 143, entre outras legislações estaduais e municipais, que reconhecem diversas formas de apropriação e uso comum da terra por povos tradicionais.

[5] Segundo Lobão e Maranhão (2014), a identidade se destaca quando há um conflito e pode ser uma estratégia de defesa na medida em que a reivindicação da identidade pode ser um caminho para a construção de direitos. Assim, em cada identidade, o sujeito encontra e busca concretizar direitos diferenciados, que são acessados por diferentes regimes de identidade, que balizam o reconhecimento formal dos grupos sociais formadores da nação brasileira: índios, remanescentes de quilombo e povos ou comunidades tradicionais.

[6] O Brasil tem 9,8% das reservas de minério de ferro do mundo, estando em quinto lugar, atrás da Ucrânia (20%), Rússia (16,5%), Austrália (13,2%) e China (13,5%). Em 2007, os maiores produtores foram China, Brasil, Austrália, Índia e Rússia, segundo dados do DNPM, em 2009.

dessa política de reprimarização da economia foi a expansão territorial das frentes de mineração, que se deu a partir das condições favoráveis propiciadas pelo Estado à atração de investimentos internacionais, como as facilidades oferecidas à operação de transnacionais nas economias latino-americanas, o que resultou em níveis variáveis de desregulação social e ambiental. Essa nova configuração econômica é denominada "neoextrativista", que sob a égide do capital financeiro, intensificou os conflitos históricos entre essas atividades e comunidades locais e geraram novas injustiças e danos ambientais nos territórios onde há extração e beneficiamento mineral (ACSELRAD: 2018; MILANEZ e SANTOS: 2013, 2010; SVAMPA: 2019; ACOSTA: 2016).

De acordo com o Mapa de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil[7], há conflitos causados pelas atividades de mineração em todas as regiões do país, sobretudo nas regiões Norte e Sudeste, devido à quantidade de conflitos identificados no Pará e em Minas Gerais. Tratam-se dos estados onde há maior concentração de produção de minério de ferro (BRASIL: 2019) e onde aparece maior quantidade de casos de injustiças ambientais associadas à extração de minérios. No caso de Minas Gerais, a expansão da fronteira extrativa mineral está inserida em uma nova onda de exploração minerária, baseada em uma tecnologia moderna, que permite a exploração em larga escala de itabiritos com baixo teor de ferro. De acordo com Zhouri, Oliveira e Laschefski (2012, p. 24), "A Serra do Espinhaço, entre Conceição do Mato Dentro e Serro, e a descoberta de jazidas em Rio Pardo de Minas, Grão Mogol e Salinas despontam como uma nova fronteira de mineração no estado".

Em Serro, a tentativa de implantação desse modelo de exploração minerária foi apresentada pela primeira vez, em 2008, pela empresa MMX Mineração e Metálicos S/A, empresa de mineração do grupo EBX, do empresário Eike Batista. Como requisito para iniciar o processo de licenciamento

[7] O Mapa dos Conflitos é um dos resultados da cooperação entre a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e a Federação dos Órgãos para Assistência Social e Educacional (Fase) iniciada em 2004, cujo objetivo principal é apoiar os movimentos em favor da justiça ambiental no país, sobretudo as demandas e ações da Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA). Nele, há a identificação e sistematização dos conflitos ambientais provenientes das lutas contra as injustiças e o racismo ambiental nos territórios onde foram, estão ou serão realizados diferentes projetos econômicos e políticas governamentais no Brasil. Disponível em: http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/. Acesso em: 14 out. 2020.

ambiental nos órgãos estaduais de política ambiental[8], a empresa MMX obteve a declaração de conformidade do empreendimento minerário por parte da prefeitura municipal do Serro. Neste documento, a prefeitura declarou a conformidade do empreendimento à legislação aplicável ao uso e ocupação do solo do local em que se pretendia instalar o empreendimento minerário, num momento político de desmobilização da sociedade civil local. Além disso, num contexto econômico de baixa do preço do minério de ferro, a MMX não iniciou o processo de licenciamento ambiental e vendeu os direitos minerários para a mineradora sul-africana Anglo American de Ferro Brasil S/A, cuja sede está no Reino Unido. A Anglo American assumiu o controle acionário da MMX e tentou iniciar o processo de licenciamento ambiental em 2014 (LEITE: 2018; JESUS *et al*.: 2020; STELZER *et al*.: 2020). É importante destacar que a Anglo American também comprou o complexo minerário "Projeto Minas-Rio" da empresa MMX, localizado na divisa dos municípios de Serro, Alvorada de Minas e Conceição do Mato Dentro, e é responsável por diversos conflitos e injustiças ambientais naquela região[9]. Além disso, o município de Serro já sofre com problemas no abastecimento de água, o que é comum nas regiões tomadas por mineração, pelo fato de esta atividade ser intensiva no uso, exploração e contaminação da água.

Em novembro de 2014, a mineradora Anglo American apresentou o requerimento administrativo à prefeitura municipal do Serro, para que esta emitisse a declaração atualizada de conformidade do empreendimento, como requisito para o licenciamento ambiental. Segundo Leite (2018, p. 2109):

> O empreendimento minerário denominado "Projeto Serro" pretendia realizar lavra de minério de ferro, em escala de produção de 500.000 toneladas/ano, e posterior beneficiamento a seco, de acordo com o Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA, Volume I, 2014, p. 13). O EIA/RIMA foi elaborado pela consultoria Arcadis logos S.A., que fora contratada pela empreendedora

[8] Para entender como funciona o processo de licenciamento ambiental no município do Serro, ver Leite (2018, n.4).

[9] O projeto Minas-Rio é um complexo minerário composto de minas, mineroduto e porto, além da linha de transmissão de energia, e se estende por mais de 500 km, do interior de Minas Gerais ao litoral do Rio de Janeiro. Para saber mais sobre os conflitos ambientais no contexto do projeto Minas-Rio, ver Becker e Pereira (2011), Pereira, Becker e Wildhagen (2013), Tôrres (2014), Vieira (2015), Santos e Milanez (2015), Taveira (2016), Zucarelli e Santos (2016), Ferreira (2016), Santos (2018) e Santos, Ferreira e Penna (2018).

> para a realização dos estudos ambientais necessários à solicitação de licenciamento ambiental do empreendimento minerário.

Este requerimento foi encaminhado pela prefeitura ao Conselho Municipal do Desenvolvimento do Meio Ambiente (CODEMA)[10] que, no âmbito de um procedimento administrativo, requisitou ao empreendedor a apresentação do Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental (Eia/Rima)[11], com a finalidade de se conhecer a área geográfica a ser direta e indiretamente afetada pelo empreendimento. O EIA/RIMA foi objeto de análise de um grupo de pesquisas, multidisciplinar, de caráter extensionista, formado por professores e estudantes da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), por meio do projeto de extensão "A luta pelo reconhecimento dos direitos fundamentais das comunidades remanescentes de quilombo" (OLIVEIRA *et al.*: 2017; LEITE: 2018, p. 2113). O trabalho realizado por pesquisadores juntamente às lideranças dos quilombos, apontou uma série de problemáticas no Estudo de Impacto Ambiental, dentre as quais destacamos a de que não existiria comunidades quilombolas nas áreas de influência do empreendimento, quando existem cinco. Segundo Leite (2018, p. 2114),

> As comunidades quilombolas do Ausente, Baú, Fazenda Santa Cruz e Vila Nova estão localizadas na área de influência direta (em relação aos impactos sociais) e na área de influência indireta (em relação aos impactos aos meios físicos, químicos e biológicos) do empreendimento minerário. A comunidade quilombola de Queimadas está localizada na área de influência direta do empreendimento minerário, tanto em relação aos impactos físicos, químicos e biológicos, quanto em relação aos impactos sociais.

Leite (2018) destacou ainda que o empreendedor sabia da existência de comunidades quilombolas no município, na medida em que obteve informação do Secretário Municipal de Obras e Urbanismo da existência de convênio entre

[10] Criado pela Lei Municipal nº 1816 de 27 de dezembro de 2005, posteriormente alterada pela Lei Municipal nº 2.827 de 2014 de 16 de Outubro de 2014, o CODEMA é um órgão consultivo e deliberativo de assessoramento ao Poder Executivo Municipal sobre as questões ambientais do município do Serro, que conta com a participação de representantes da sociedade civil e do poder executivo municipal.

[11] Segundo Leite (2018, p. 2012), "O EIA/RIMA apresenta as principais características do empreendimento proposto pela empresa mineradora, as condições sociais e ambientais da área onde ele será inserido, prevê os impactos socioambientais esperados (positivos e negativos), bem como propõe as ações e programas necessários para assegurar a preservação da qualidade ambiental, social e cultural do projeto".

o município e a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), para a implantação de sistema de abastecimento de água nas comunidades quilombolas de Ausente de Cima, Ausente de Baixo, Baú, Queimadas e Fazenda Santa Cruz, conforme o EIA/RIMA da empresa de consultoria Arcadis Logos S.A, realizado em 2014. Segundo ele, o objetivo da mineradora era invisibilizar as comunidades quilombolas que seriam afetadas pelo empreendimento minerário, a fim de expulsá-las de seus territórios. Também no caso do Projeto Minas-Rio, os estudos iniciais de impacto ambiental, elaborados por consórcio de empresas liderado pela Brandt Meio Ambiente Indústria, Comércio e Serviços Ltda., contratada pela Anglo American, não mencionaram a existência de comunidades tradicionais nas áreas diretamente afetadas pelo empreendimento. Contudo, antes da concessão da Licença Prévia, durante o processo de licenciamento, em uma vistoria técnica à área, representantes do Sistema Estadual de Meio Ambiente (SISEMA) notificaram a presença de famílias negras nos municípios de Conceição do Mato Dentro e Alvorada de Minas. O estudo complementar ao EIA/RIMA confirmou a sua ocorrência e foram identificadas dez comunidades negras rurais nessas áreas, destas, três estão localizadas imediatamente abaixo da barragem de rejeitos, onde havia cento e sete famílias (DIVERSUS: 2014, p. 17; TAVEIRA: 2016, p. 85).

Nesse sentido, Dias e Madeira Filho (2019) argumentam que a prática das empresas de mineração em não reconhecer a existência dessas comunidades tradicionais nas áreas que serão mais diretamente afetadas por seus empreendimentos pode significar a prática de uma das dimensões pela qual o racismo se manifesta, nesse caso, a dimensão institucional[12]. Dessa forma, a ausência desses territórios no processo de licenciamento do empreendimento pode ser entendida como uma prática empresarial das mineradoras de controle do território. A tentativa de invisibilizar e excluir esses grupos sociais dos processos decisórios sobre a instalação e operação da mineradora e de alimentar o discurso de serem entraves para o desenvolvimento da cidade a partir da inferiorização de seus modos de ser, fazer e viver, pode visar a uma desarticulação de sua ação política. Além da presença de minerais, a desigualdade política e econômica entre esses grupos também pode ser um fator preponderante para a escolha do local de instalação de empreendimentos poluidores, justamente pela

[12] De acordo com Silvio de Almeida (2018, p. 36), a dimensão institucional é uma das formas pela qual o racismo é reproduzido, pois o poder é elemento constitutivo das relações raciais, que possibilita o domínio de determinados grupos sobre outros por meio do seu controle direto ou indireto sobre o aparato institucional.

dificuldade em evitar, limitar ou estabelecer os parâmetros de instalação e operação dessas empresas. A precariedade e obstáculos ao acesso às instituições públicas e as desigualdades tornam essas populações, em um primeiro momento, desfavorecidas e prejudicadas pela sua histórica exclusão das instâncias oficiais de exercício de poder e tomadas de decisão que, aliado às possibilidades do mercado, faz diferença na decisão de escolha do território onde será instalado o empreendimento (PACHECO e FAUSTINO: 2013).

3. A judicialização do conflito

A articulação de diferentes ações em torno da luta pela efetivação dos direitos territoriais das comunidades quilombolas, frente às ameaças das empresas mineradoras sobre seus territórios, foram descritas por Oliveira *et al.* (2017), Leite (2018), Jesus *et al.* (2020) e Stelzer *et al.* (2020), tanto no âmbito acadêmico, quanto no debate público mais amplo. Tais descrições nos aproximam dos enfrentamentos feitos nos procedimentos estatais institucionalizados, seus espaços e temporalidades, para a tomada de decisões, sobretudo no âmbito do CODEMA, do poder executivo municipal e do poder judiciário. O CODEMA é vinculado à Secretaria Municipal de Obras, Transporte, Urbanismo, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Prefeitura do Serro, com competência deliberativa e consultiva sobre as questões ambientais e as formas de uso dos espaços geográficos correspondentes ao município. A resistência do quilombo Queimadas ao assédio empresarial e pseudo-desenvolvimentista, a organização da população e o poder corporativo das mineradoras repercutiram em decisões políticas municipais controversas e em processos de judicialização dos conflitos. Desde as recentes ameaças e conflitos da mineração no Serro, o CODEMA sofreu reformulações a fim de acomodar os interesses das mineradoras, contrários à participação popular e à proteção socioambiental previstos na sua legislação para a definição da política ambiental municipal.

No caso do Projeto Serro, em 2015, o CODEMA deliberou, por unanimidade, a recomendação de declarar a não conformidade socioambiental do empreendimento minerário até que seja realizada consulta livre, prévia e informada à comunidade quilombola Queimadas, conforme os termos da

Convenção 169 da OIT, especificamente o seu art. 6º[13]. Segundo Oliveira et al. (2017, p. 55-6), esta decisão foi fruto da construção de um discurso jurídico em defesa do direito à consulta prévia e ao consentimento no âmbito do CODEMA, com base na estratégia jurídica de reivindicar a aplicação da Convenção 169 da OIT. Tal estratégia teve como referência a defesa dos direitos territoriais e étnicos utilizados pelos povos indígenas *Mapuches* e *Tehuelches*, "[...] que obtiveram êxito na resistência à implantação de megaempreendimento de mineração de ouro na região da Chubut, situada na Patagônia Argentina". A recomendação do CODEMA foi acatada pelo prefeito municipal, que declarou a desconformidade do empreendimento minerário às leis municipais. Contudo, após tentar reverter essa decisão por via judicial e não conseguir, a Anglo American vendeu os direitos minerários referentes ao Projeto Serro para o grupo Herculano Mineração.

Em 2018, a Herculano Mineração fez retornar à pauta de deliberações do CODEMA, o requerimento da declaração de conformidade do empreendimento minerário, para fins de licenciamento ambiental, e apresentou um "novo" estudo relativo ao Projeto Serro, elaborado em conjunto com a empresa Geomil Serviços de Mineração (OLIVEIRA *et al.*: 2017; LEITE: 2018; JESUS *et al.*: 2020; STELZER *et al.*: 2020). O estudo apresentado pela mineradora ao CODEMA, foi objeto de análise crítico-científica quanto aos aspectos de hidrogeologia e de espeleologia, isto é, quanto às águas subterrâneas e cavernas, por Rodrigues e Gonçalves (2019), geólogo e geógrafo, respectivamente, que identificaram, dentre outras coisas, a tentativa de manipulação das informações para forjar uma suposta proteção hídrica subterrânea, impossível de ocorrer nas condições apresentadas pelo estudo da empresa; e a omissão de danos previsíveis e informações fundamentais para análise do projeto. Essa análise foi corroborada pela pesquisadora Alessandra Vasconcellos (2019, p. 8), que destacou a impossibilidade de projetos minerários não "impactarem" o lençol freático e que

[13] O art. 6º da Convenção 169 da OIT estabeleceu que: "Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim".

"[...] o impacto sobre o rio de uma dada bacia pode influenciar os rios adjacentes, como é o caso do Rio do Peixe, o Córrego Siqueira e o Ribeirão de Lucas", descumprindo a legislação municipal de uso e ocupação do solo.

Devido a esses e a outros problemas encontrados no Projeto Serro, o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) expediu recomendação ao CODEMA e à Prefeitura para a retirada de pauta do pedido de anuência ambiental da Herculano Mineração, até que as irregularidades fossem resolvidas[14]. As argumentações da Promotoria Pública evidenciaram as irregularidades identificadas no Projeto Serro, com base em leis de proteção ambiental, da política urbana municipal, de improbidade administrativa, dentre outros, dando um panorama geral, do ponto de vista jurídico, sobre o processo de tentativas de implantação da mineração na área em que vive o quilombo Queimadas e onde há aquíferos importantes para o abastecimento de água na região (MPMG: 2019). Contudo, em 17 de abril de 2019, o CODEMA aprovou a declaração de conformidade mesmo sem a apresentação do EIA-RIMA pela empresa, da prova da cessão dos direitos minerários sobre a área e a sem consulta prévia aos quilombos, evidenciando a invisibilidade dos povos tradicionais no processo decisório (CEDEFES: 2019).

Por meio de uma Ação Civil Pública (ACP), em maio de 2019, o MPMG entrou com pedido de medidas liminares na justiça da comarca do Serro, a qual anulou a declaração de conformidade emitida pelo CODEMA e concedida à Herculano Mineração. Além desta anulação, foi exigido que a empresa corrigisse as irregularidades presentes no Projeto Serro e que realizasse o EIA/RIMA, caso solicitasse uma nova declaração de conformidade ao município (SERRO: 2019a). Além de ser juridicamente legitimado para agir em defesa dos direitos coletivos relativos ao meio ambiente, a atuação do Ministério Público foi motivada pelas mobilizações sociais locais e por requerimento da Federação das Comunidades Quilombolas de Minas Gerais (N'Golo)[15], a qual tem sido importante na defesa

[14] O documento de recomendação orientou o órgão municipal a consultar o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) antes da apreciação do pedido da empresa devido à previsão de destruição de áreas de Mata Atlântica, evidenciou a ausência de comprovação da posse do direito minerário envolvendo o empreendimento, a inexistência de processo válido de licenciamento ambiental e a ausência das audiências públicas (ALMEIDA: 2019).

[15] Criada em 2005, a Federação das Comunidades Quilombolas do Estado de Minas Gerais (N'Golo) é uma organização política das comunidades quilombolas de Minas Gerais, que se articulam desde 2003 em torno da mobilização social e dos direitos territoriais e políticas públicas para os quilombos, em parceria com outros

dos direitos das comunidades quilombolas e na sua articulação em nível estadual. Além disso, em novembro de 2020, representantes dos Ministérios Públicos Federal e Estadual atuantes na comarca do Serro foram ao quilombo Queimadas, para uma reunião, em que os moradores relataram os danos sofridos desde a chegada da mineração, como o fechamento da escola da comunidade, falta de informações sobre o projeto de exploração minerária naquela região e o não reconhecimento do quilombo como área afetada pelo empreendimento (MAM: 2020).

Antes da emissão da declaração de conformidade pelo CODEMA, a Federação N'Golo também acionou o poder judiciário, por meio de um mandado de segurança coletivo, em janeiro de 2019. O objetivo consistiu no reconhecimento do direito à consulta prévia, livre e informada às comunidades quilombolas, antes de qualquer deliberação e decisão do município quanto ao projeto minerário. A medida liminar foi deferida e determinou que o CODEMA não deliberasse sobre a conformidade do empreendimento minerário até que se realizasse a consulta livre, prévia e informada dos órgãos representativos da comunidade quilombola de Queimadas, com obtenção do consentimento da comunidade, entre outras questões (SERRO: 2019b). A Herculano Mineração recorreu ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e o desembargador concedeu efeito suspensivo ao recurso apresentado pela empresa, no sentido de que o município poderia deliberar sem fazer a consulta. Tal decisão foi fundamentada no argumento de que o decreto de licenciamento ambiental não prevê a consulta prévia. A Federação Quilombola recorreu contra esta decisão, mas o recurso ainda não foi julgado, passado mais de um ano. Por outro lado, as demandas jurídicas apresentadas ao Tribunal pela empresa são prontamente atendidas, demorando em média dois meses para serem respondidas pelo desembargador-relator do processo[16] (JESUS *et al.*: 2020). Além disso, a empresa Herculano Mineração, por meio da Mineração Conemp, entrou com uma ação judicial de Tutela Inibitória contra o advogado popular da Federação N'Golo, Matheus Mendonça Leite, para que ele fosse proibido de divulgar quaisquer

movimentos sociais, organizações e instituições. Para saber mais sobre a Federação, ver: https://www.facebook.com/quilombolasmg/. Acesso em: 30 nov. 2020.

[16] Segundo Jesus et al. (2020), a Federação N'Golo propôs uma correição parcial no Conselho da Magistratura, com pedido de afastamento imediato do desembargador-relator, uma reclamação disciplinar no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e uma reclamação, no Supremo Tribunal Federal (STF), contra a decisão do TJMG, nos autos do agravo de instrumento nº 1.0671.19.000050-3/001.

informações sobre o Projeto Serro e sobre a atuação da empresa no município, além de exigir a sua retratação pública, a qual foi indeferida pelo TJMG.

CONCLUSÃO

As diferenças de acesso e julgamento das demandas apresentadas pela entidade representativa dos quilombolas e pela empresa de mineração, apresenta aspectos que permitem referir o conflito também enquanto um caso de racismo ambiental, manifestado em sua dimensão institucional. A invisibilização dos povos tradicionais nos territórios tradicionalmente ocupados nos processos de licenciamento ambiental pode ser observada nos casos de projetos de mineração tanto no Serro como em Conceição do Mato Dentro. Na medida em que tais povos estabelecem estratégias de luta e resistência frente aos projetos de mineração, eles se tornam "entraves" para os projetos de desenvolvimento neoextrativistas, intensivos na exploração e contaminação da natureza. A utilização da coerção e intimidação, por meio das estruturas de poder estatais, torna-se mais evidente no caso de tentativa de criminalização do advogado popular da entidade quilombola. A criminalização e as violências contra as pessoas que se contrapõem a estes projetos são comuns em diversos casos de conflitos ambientais entre atividades minerárias e comunidade locais. Dessa forma, a atuação das empresas mineradoras no município de Serro é um caso emblemático de como a mineração se utiliza da coerção e intimidação para se instalar nos territórios.

Além disso, as alterações estratégicas dos representantes do CODEMA e suas práticas e deliberações sobre a política ambiental municipal podem nos indicar mudanças nas estratégias corporativas sobre esses espaços, que estão em disputa. Foi possível mapear nas ações judiciais analisadas e nos debates públicos no âmbito do município, discursos e práticas empresariais formulados como respostas às críticas de suas práticas. São os casos do financiamento das festas da cidade e de atividades do comércio local pela Herculano Mineração, que se utiliza também do discurso da geração de emprego e renda e de que o empreendimento não prejudicará o abastecimento de água sem, contudo, apresentar estudos técnicos que demonstrem tais resultados.

Tais estratégias podem ter a capacidade de gerir as interações institucionais, políticas e sociais, como forma de controle das condições sociopolíticas do entorno espacial do empreendimento (ACSELRAD: 2018).

Para ser implantando, o Projeto Serro depende dos recursos territorialmente situados em áreas com aquíferos, áreas protegidas e o quilombo Queimadas. A área de afetação do empreendimento é muito maior do que a prevista pela empresa, pois se localiza a poucos quilômetros da sede do município e do seu patrimônio histórico, além da proximidade com os outros quilombos, que também podem sofrer processos de expulsão de seus territórios e o desfazimento das relações sociais baseadas no uso coletivo da terra, com a chegada do empreendimento.

As disputas entre organizações da sociedade civil, quilombolas, grupos de pesquisa e extensão e movimento sociais frente às empresas de mineração e ao poder executivo municipal, evidenciam o caráter intrinsecamente conflitivo da questão ambiental, pois estão colocados projetos antagônicos de sociedade, para a orientação de políticas ambientais no Serro. São temas que, em geral, também se apresentam transversais em boa parte dos conflitos socioambientais no país, eis que representam a dicotomia entre modelos de desenvolvimento, de um lado fortes projetos desenvolvimentistas amparados em discursos já não tão convincentes de geração de emprego e renda e melhoria futura, e de outro lado, em falas identitárias, de reconhecimento territorial, afirmação racial e noções emergentes de autogestão coletiva.

Nesse campo de disputas, o poder judiciário tem sido uma alternativa para ambos os lados, seja para garantir um processo de licenciamento ambiental democrático, participativo e que atenda às garantias de proteção socioambiental, seja para avançar nos procedimentos necessários entendidos como etapas burocráticas para instalar o empreendimento minerário. Numa conjuntura em que o licenciamento ambiental tem sido flexibilizado para torná-lo mais célere na aprovação de licenças para a mineração, a pressão social sobre o CODEMA e sobre o poder executivo municipal torna-se uma importante estratégia na disputa e na resistência aos modelos de desenvolvimento neoextrativistas, mas são etapas. Os modelos de desenvolvimento da modernidade exigem inovações tecnológicas, que deverão se pautar tanto pela busca de ferramentas mais ecologicamente adequadas como, no campo sociojurídico *stricto sensu*, procedimentos mais efetivos, transparentes e democráticos necessitarão ser acionados.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. Extrativismo e neoextrativismo: duas faces da mesma maldição. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge (org.). *Descolonizar o imaginário*: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. Fundação Rosa de Luxemburgo. Autonomia Literária, 2016.

ACSELRAD, Henri. Apresentação e Territórios do capitalismo extrativista: a gestão empresarial de "comunidades". In: ACSERALD, Henri (Org.). Políticas territoriais, empresas e comunidades: o neoextrativismo e a gestão empresarial do "social". Rio de Janeiro: Garamond, 2018.

ALMEIDA, Alfredo W. B. Terras tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização e movimentos sociais. Rio de Janeiro: *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, v. 6, n. 1, p.9-32, maio 2004.

ALMEIDA, Clovis. Prefeitura assume compromisso após mobilização popular contra mineração no Serro (MG). Brasil de Fato, Minas Gerais, 17 jan. 2019.Disponível em: https://www.brasildefatomg.com.br/2019/01/17/prefeitura-assume-compromisso-apos-mobilizacao-popular-contra-mineracao-no-serro-mg. Acesso em: 30 nov. 2020.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?*. Letramento: Belo Horizonte, 2018. 204 p.

BECKER, Luzia C.; PEREIRA, Denise C. O Projeto Minas-Rio e o desafio do desenvolvimento territorial integrado e sustentado: a grande mina em Conceição do Mato Dentro. In: FERNANDES, F. R. C.; ENRIQUEZ, M. A. R. S.; ALAMINO, R. C. J. (ed.). *Recursos minerais e sustentabilidade territorial*. v. 1. MCT-CETEM, Brasília, 2011. p. 229-258. Disponível em: <http://mineralis.cetem.gov.br/handle/cetem/472>. Acesso em: 17 set. 2020.

CEDEFES - Centro de Documentação Eloy Ferreira da Silva. Observatório dos Vales e do Semiárido Mineiro. *Manifesto sobre procedimentos da discussão de mineração no município de Serro*. Diamantina: Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, 26 abril 2019. Disponível em:https://www.cedefes.org.br/manifesto-sobre-procedimentos-da-discussao-de-mineracao-no-municipio-de-serro/. Acesso em: 30 nov. 2020.

DIAS, Thaís H.; Madeira Filho, Wilson. Racismo ambiental: reflexões iniciais sobre seus usos em casos de comunidades atingidas por mineração. *In*: SEMINÁRIO INTERDISCIPLINAR EM SOCIOLOGIA E DIREITO, 8., 2019, Niterói. Anais [...]. Niterói: Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, 2019. Trabalho p. 344-360. Disponível em:

https://drive.google.com/file/d/1xVaeqkS9pg4_wzXLj9J00umBvcuImjaI/view. Acesso em: 30 nov. 2020.

DIVERSUS. *Estudo de definição sobre comunidades/famílias a serem reassentadas*: área diretamente afetada (ADA) e área de entorno da cava licenciada e estruturas correlatas. Belo Horizontes: Diversus ambiente e cultura, 2014.

FERREIRA, Igor Lacerda. *Mineração e conservação ambiental em Conceição do Mato Dentro*: desafios de uma (des)ordenação territorial. 2016. 117 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

FERREIRA, Simone Raquel Batista. "*Donos do lugar*": a territorialidade quilombola do Sapê do Norte – ES. 2009. 526 f. Tese (Doutorado em Geografia) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009.

FUNDAÇÃO ISRAEL PINHEIRO. *Plano Diretor Participativo de Serro-MG*. Anexo V - Mapa de Macrozoneamento do Território Municipal de Serro - MG. Belo Horizonte: FIP, 2018.

GONÇALVES, Waldicleide de França Santos. *Comunidades Quilombolas na Constituição Federal de 1988*: desafios na construção de políticas públicas implementadoras de direitos fundamentais 'multiculturais" - um estudo de caso em Serro/MG. 2016. 236 p. Dissertação (Mestrado Profissional Interdisciplinar em Ciências Humanas) - Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Diamantina, 2016.

JESUS, Andreia de; VITÓRIA, Ana; LEITE, Matheus M. G.; STELZER, Juliana D.; BORTONCELLO, Luís. Vídeo (1:28:52). Debate público: quem pode dizer não à mineração? Publicado por Andreia de Jesus no Facebook, 2020. Disponível em: https://www.facebook.com/385670898530678/videos/329629298429859/. Acesso em 10 nov. 2020.

LEITE, Matheus M. G. *Territórios quilombolas e mineração*: reflexões críticas sobre o direito à consulta e ao consentimento prévio das comunidades quilombolas nos processos de licenciamento ambiental. Revista de Direito da Cidade, vol. 10, n. 4, p. 2106-2142, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/30093>. Acesso em 9 ago. 2019.

LITTLE, Paul. *Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil:* por uma antropologia da territorialidade. Brasília: Série Antropologia, n. 322, 2002.

LOBÃO, Ronaldo J. da S.; MARANHÃO, Tatiana Calandrino. Regimes de identidade, regimes de propriedade. Posadas: *Avá Revista de Antropologia*, v. 24, p. 59-84, 2014.

MAM (Movimento Pela Soberania Popular na Mineração). Ministério Público Federal faz visita à comunidade quilombola de Queimadas para ouvir moradores sobre as violações de direitos cometidas pela Herculano Mineração [...]. Serro, MG, 29 nov. 2020. Facebook: MAM @MAMNacional. Disponível em: https://www.facebook.com/MAMNacional/posts/4838043019571560. Acesso em: 30 nov. 2020.

MILANEZ, Bruno; SANTOS, Rodrigo S. P. Neoextrativismo no Brasil? Uma análise da proposta do novo marco legal da mineração. *Revista Pós Ciências Sociais*, v. 10, p. 119-148, 2013.

MILANEZ, Bruno; SANTOS, Rodrigo S. P. Neodesenvolvimentismo e neoextrativismo: duas faces da mesma moeda? 37º encontro da ANPOCS, Caxambu, 2016.

MOREIRA COSTA, Tiago Geisler. *A comunidade de queimadas frente à expansão minerária no alto jequitinhonha*: a defesa de um território. 2017. 108f. Dissertação (Mestrado Profissional em Sustentabilidade junto a Povos e Terras Tradicionais) - Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

MOTA, Isadora M. "A galinha estava morta e pronta e só faltava assar-se": a revolta escrava do Serro (Minas Gerais, 1864). *História Social*, Campinas, SP, n. 12, p. 35-51, 2006.

MPMG. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Coordenadoria Regional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente das Bacias dos Rios Jequitinhonha e Mucuri. *Recomendação n. 0671.19.000001-6*. Diamantina, mar., 2019. Disponível em: https://mamnacional.org.br/files/2019/04/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-MP.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

OLIVEIRA, Karla S.; PINHO, Mateus L. de; MIRANDA, Mariana G. de; LEITE, Matheus de M. G. A luta pela efetivação dos direitos étnicos e territoriais das comunidades quilombolas em conflitos socioambientais: reflexões críticas sobre a atuação extensionista na defesa dos direitos étnicos e territoriais da comunidade quilombola de Queimadas. *Conecte-se! Revista Interdisciplinar de Extensão*, v. 1. n. 1, p. 44-59, 2017.

PACHECO, Tania; FAUSTINO, Cristiane. A iniludível e desumana prevalência do racismo ambiental nos conflitos do mapa. In: *Injustiça ambiental e saúde no Brasil [livro eletrônico]*: o mapa de conflitos. Marcelo F.; PACHECO, Tania; LEROY, Jean P. (Orgs.). Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

PACHECO, Rosely A. Stefanes; PACHECO, Carlos Rodrigues. *Questão agrária e regularização fundiária*: a ação do estado e o conflito de interesses entre

trabalhadores rurais sem terra e povos indígenas. Planejamento e Políticas Públicas, IPEA, n. 34, p. 258-288, jan./jun, 2010.

PEREIRA, Denise C.; BECKER, Luzia C.; WILDHAGEN, Raquel O. Comunidades atingidas por mineração e violação dos direitos humanos: cenários em Conceição do Mato Dentro. *Revista Ética e Filosofia Política*, v. 16, n. 1, p. 124-150, 2013.

PIFANO, Daniel S.; VALENTE, Arthur S. M.; ALMEIDA, Hisaias de S. MELO, Pablo H. A. de; CASTRO, Ricardo M. de; van de BERG, Eduardo. Caracterização florística e fitofisionômica da Serra do Condado, Minas Gerais, Brasil. Biota Neotrop, vol. 10, n. 1, p. 55-71, 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1676-06032010000100005&script=sci_abstract&tlng=pt#:~:text=A%20Serra%20do%20Condado%2C%20localizada,flor%C3%ADstica%20e%20fitofision%C3%B4mica%20desta%20serra. Acesso em: 01 dez. 2020.

RODRIGUES, Paulo C. H.; GONÇALVES, Frederico A. A. *Análise crítica*: Projeto Serro - Hidrogeologia (águas subterrâneas) e Espeleologia (cavernas). Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://mamnacional.org.br/files/2020/08/Projeto-Serro-Relat%C3%B3rio-FINAL-1.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

SANTOS, Ana F. M. (org.). Atingidos pelos projetos Minas – Rio: comunidades a jusante da barragem de rejeitos. In: *Boletim Cartografia da Cartografia Social*: uma síntese das experiências. n. 11. Manaus: UEA Edições, 2018. Disponível em: <http://novacartografiasocial.com.br/download/11-atingidos-pelo-projeto-minas-rio-comunidades-a-jusante-da-barragem-de-rejeitos/>. Acesso em: 28 ago. 2019.

SANTOS, Ana F. M.; FERREIRA, Luciana da S. S.; PENNA, Vinicius V. Impactos supostos, violências reais: a construção da ilegalidade na implantação do projeto Minas-Rio. In: ZHOURI, Andréa (org.). *Mineração: violências e resistências [livro eletrônico]*: um campo aberto à produção de conhecimento no Brasil. Marabá, PA: Editorial iGuana; ABA, p. 176-220, 2018.

SANTOS, Antonio Bispo dos. Colonização, Quilombos, Modos e Significações. Brasília: INCTI/UnB, 2015. Resenha de: SILVA, Breno Trindade da. Montes Claros: Argumentos, v. 15, n. 2, jul./dez., 2018.

SANTOS, Antonio Bispo dos. Somos da terra. *Piseagrama*, Belo Horizonte, n. 12, p. 44-51, 2018.

SANTOS, Rodrigo S. P.; MILANEZ, Bruno. A RGP da Anglo American e Conflitos Socioambientais na Mineração de Ferro: valor, poder e enraizamento no Projeto Minas-Rio. In: *39º Encontro Anual da ANPOCS*, 2015. Caxambu/MG.

SERROa. Comarca do Serro, MG. Decisão Interlocutória nº 0671.19.001604-6. Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente e do Princípio da Participação Comunitária na Concretização da Política Ambiental.. Proponente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Réu: Município de Serro e Mineração CONEMP LTDA. Juiz: Fábio Henrique Vieira, 13 de agosto de 2019.

SERROb. Comarca do Serro, MG. Mandado de Segurança nº 00010-0000503-47.2019.8.13.0671. Impetrante: Federação das Comunidades Quilombolas do Estado de Minas Gerais-N'Golo. Impetrado: Paulo Sérgio Torres Procópio e Município do Serro. 10 jan. 2019.

STELZER, Juliana D.; LEITE, Matheus M.G.; VIANA, Marconi. Vídeo (14:31). *Mineração em Serro*. Publicado pelo canal TV Vale Diamantina do YouTube, 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=KrmX1bgFlkE. Acesso em 25 out. 2020.

SVAMPA, Maristella. *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina*: conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependências. Bielefeld Univ. Press, 2019.

TAVEIRA, Bruno H. T. *Direito minerário e conflitos socioambientais*: a utilização da teoria dos princípios para uma análise pós-positivista. 135f. Dissertação (Mestrado profissional em Justiça Administrativa) - Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, 2016.

TÔRRES, M. A. *Histórias de água e minério*: os efeitos do Projeto Minas-Rio em Água Quente, Conceição do Mato Dentro. 2014. (B.Sc.). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

VASCONCELOS, Alessandra M. C. *Análise do Relatório*: Proposta de atividades de retirada de minério de ferro. 2018. Disponível em: https://mamnacional.org.br/files/2020/08/1589211955927_PROJETO-SERRO-1-1-1.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

VIEIRA, Larissa P. O. *O projeto Minas Rio e a mineração em Conceição do Mato Dentro-MG*: uma análise a partir dos discursos, dos conflitos e da resistência. Dissertação (Mestrado em Arquitetura) - Escola de Arquitetura, Universidade Federal de Minas Gerais, 2015. 205p.

ZUCARELLI, Marcus C.; SANTOS, Ana Flávia M. Mineração e conflitos sociais no contexto urbano: o caso da mineração Minas-Rio, Brasil. In: ZHOURI, A.; BOLDOS, P.; CASTRO, E. (orgs.). *Mineração na América do Sul*: Neoextrativismo e lutas territoriais. São Paulo: Anablu, 2016.

APONTAMENTOS SOBRE ITINERÂNCIA JUNTO ÀS ATIVIDADES MINERADORAS EM MINAS GERAIS

Mara Magda Soares
Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense (UFF)
Niterói - Brasil
maramagda2004@gmail.com

Wilson Madeira Filho
Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense (UFF)
Niterói - Brasil
wilsonmadeirafilho@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A proposta dessa pesquisa é a de relacionar algumas das produções bibliográficas efetuadas pelas universidades federais ou instituições sem fins lucrativos, materiais diversificados de pesquisa sobre os externalidades negativas da mineração, as suas intervenções de depredação ambiental e social promovidas pelas mineradoras. O objetivo desse trabalho, portanto, foi obter um panorama geral de algumas atuações da sociedade civil organizada e das universidades federais, através das suas produções bibliográficas diversificadas de conscientização das ações predatórias das mineradoras.

Essa postura poderá desvelar quais são os múltiplos impactos causados e as suas consequências para a população atingida/afetada direta, ou indiretamente, tornando-se assim, essencial ampliar as bases de dados que produzem material de qualidade para que possam evidenciar as confluências causados pela mineração, fortalecendo assim, as suas causas e lutas sociais, construindo argumentos combativos na defesa dos territórios e das populações vulneráveis.

Esse tipo de ação em disponibilizar um conjunto de informações, contudo, não é homogêneo e torna-se, por consequência, um terreno de disputas discursivas. Veja-se, por exemplo, que se encontra no site da "Fundação Renova" (2020) uma base de dados onde estão alocados os documentos oficiais do

processo de reparação, relatórios e os trabalhos desenvolvidos ao longo da bacia do Rio Doce.

Além das organizações citadas acima, os autores, através do Laboratório de Justiça Ambiental (LJA) associado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense (UFF), participaram de pesquisa itinerante justamente para analisar o extrativismo mineral em Minas Gerais e seus efeitos sociais colaterais, observando as violações jurídicas presenciadas nas comunidades quilombolas e nas cidades atingidas pela mineração, em especial as duas cidades que centralizaram o rompimento das barragens: Mariana e Brumadinho.

Para haver uma maior disponibilização das informações relativas as atividades minerárias, será preciso organizar, guardar e disseminar as publicações bibliográficas, seja em qualquer formato, tratando esses dados tecnológicos e específicos, codificando-os e traduzindo-o numa linguagem acessível para os acionistas e cidadãos, construindo assim, um registro histórico, uma memória, um armazenamento das informações e dos fatos também obtidos, através das experiências ouvidas ou vividas. Uma construção temporal das atividades e ações das mineradoras, minimizando assim, os impactos causados pelas instalações minerárias.

1. Uma biblioteconomia de luta

A importância da transparência na divulgação das informações de qualidade e fidedignas podem desmitificar as complexidades envolvidas na implantação de uma empresa mineradora numa determinada região. Descrever e organizar essas informações pode ser uma tática combativa no registro das ações das mineradoras que possuem um aspecto muito importante, pois criam importante fonte de registro e reflexão a auxiliar em campos interdisciplinares. Assim, criar um conteúdo verificável, ajustado a cada região, respeitando as suas peculiaridades, poderá minimizar o modo de produção de conflitos, desvelar as violações dos direitos humanos, as ameaças e evitar a expulsão da população local da sua região.

> ...é comum em empreendimentos minerais de grande porte a necessidade de retirada de um contingente de indivíduos das terras que ocupam para construir um ordenamento territorial propício ao funcionamento da atividade mineradora. Essas populações são em muitos casos desconsideradas pelas empresas e pelo Estado, ficando à mercê da pressão

> e das estratégias do capital sobre suas terras e modo de vida (WANDERLEY, 2009, p.1).

Nesta pesquisa bibliográfica que descreve as ações de grupos organizados, acredita-se haver uma possibilidade que esse acervo ampliará a instrumentalização das populações locais, possibilitaria um maior questionamento sobre a implantação das mineradoras, o fortalecimento das lutas socias, a construção de uma rede forte de formação cidadã, evitando assim, as violações dos direitos humanos promovidos pelas mineradoras. Para os acionistas seria uma reavaliação de tomada de decisão na aquisição dessas ações minerárias.

A qualidade das informações deve ser precisa, especialmente num Estado como Minas Gerais que tem cadastradas por volta de 698 barragens em sua extensão. Cada barragem possui a sua periculosidade e particularidade E três delas tem risco de rompimento eminente, como ocorreu em 2015 e em 2019, duas grandes tragédias-crime nas cidades de Mariana e Brumadinho, passando por vários municípios e chegando até o Estado do Espírito Santo, tudo isso, promovido pelas empresas mineradoras internacionais (MINAS GERAIS, 2019, p. 29).

Ainda não temos estudos suficientes que comprovem os efeitos a médio e longo prazo das consequências desses desastres para as vidas das comunidades tradicionais, quilombolas, indígenas, camponesas, populações urbanas empobrecidas, trabalhadores, fauna e flora impactados, pois alguns em estudos disponíveis estão sendo promovidos e financiados pelas empresas mineradoras. Pontos controversos são assinalados, como, por exemplo, quando estudos permitem que em alguns trechos dos rios, o uso das águas seja liberado, entretanto quem conhece a região, diz que as águas não são mais saudáveis, depois da chegada da mineração (GRUPOS POEMAS, 2020).

Na disciplina itinerante promovida pelo PPGSD - Justiça Ambiental II - Extrativismo mineral em Minas Gerais e seus defeitos sociais colaterais - foram entrevistados vários atores sociais que relataram a problemática da violação dos direitos fundamentais e humanos dos atingidos, isso faz parte das estratégias que as empresas utilizam para evitar as reparações; justificar as invasões nos territórios, não pagamento das indenizações e o não cumprimento das promessas midiáticas. Nesse cenário, houve uma mobilização da sociedade civil no fortalecimento das ações coletivas, da participação social, das parcerias com lideranças locais, com o apoio da defensoria pública, até mesmo, uma maior

aglutinação dos grupos competitivos e os demais associados aos coletivos de resistência que contribuiriam para impedir o silenciamento e a divisão dos atingidos, em suas ações judiciais, comunitárias versus ações judiciais individuais.

A coletização de várias instituições unidas e instrumentalizadas, impediram que houvesse uma maior devastação em suas regiões, dirimindo os impactos sociais; minimizando assim, o racismo ambiental que violam regiões, onde as populações mais carentes são os negros; aumentando as pressões nas empresas mineradoras, através de um poder conjunto de associações, que poderão possivelmente sensibilizar os acionistas que possuem um distanciamento dessas operações, da realidade local, dos danos e impactos provocados por essas práticas minerárias, que são completamente diferentes daqueles documentos e relatórios apresentados em suas reuniões e alocados em seus sites (Grupos Poemas, 2020).

Nesse contexto, existem vários questionamentos fomentados pela experiência de campo: os territórios escolhidos pelas mineradoras têm uma relação com a cor da pele da população local? Existe um racismo ambiental na escolha dos territórios? Por que as mineradoras sonegam as informações relevantes sobre a sua prática minerária? Por que não há informações nos sites das mineradoras sobre reais proporções dos danos causados no meio ambiente e social promovida pelas atividades minerárias? Por que os dados são totalmente distorcidos das realidades locais dos impactados? Não seria uma incoerência que as mineradoras financiem a sua própria destruição?

Em nossa experiência da disciplina itinerante, a doutorando e pesquisadora Larissa Pirchiner de Oliveira Vieira do PPGSD-UFF está analisando a interseccionalidade entre território, negritude, racismo ambiental e pobreza, essa investigação, poderá concluir que a implantação das empresas mineradores em regiões aonde a população é mais fragilizada têm a predominância do povo negro, que são mais carentes de recursos e de conhecimento acerca das atividades minerárias.

Para tanto, todas essas indagações veem de encontro com proposta dessa pesquisa que é de instrumentalizar as populações mais vulneráveis, para que não sejam mais enganadas pelas empresas mineradoras, fortalecendo a sociedade civil na produção de comunicações que permitem o esclarecimento das ações e estratégias das mineradoras.

> Nesse sentido, os modelos de desenvolvimento geradores dos conflitos e das injustiças não estariam fora desse processo histórico, colocando em

> prática o mecanismo pelo qual as sociedades desiguais, do ponto de vista desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos sociais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários e às populações marginalizadas e vulneráveis. (DIAS; MADEIRA FILHO, 2019, p.351).

Para compreender as incertezas deste tema tão sensível, é preciso conceituar o termo "racismo ambiental" que foi inicialmente estabelecido pelo movimento negro dos Estados Unidos, na década de 1980, para explicitar a dimensão racista dos problemas ambientais naquele país (DIAS; MADEIRA FILHO: 2019, p.351.).

> Na definição original, traduzida para o português, "**racismo ambiental** é a discriminação racial na elaboração de políticas ambientais, aplicação de regulamentos e leis, direcionamento deliberado de comunidades negras para instalações de resíduos tóxicos, sanção oficial da presença de venenos e poluentes com risco de vida à comunidades e exclusão de pessoas negras da liderança dos movimentos ecológicos. Refere-se à qualquer política, prática ou diretiva que afete ou gere desvantagens de maneira diferenciada (seja intencional ou não) a indivíduos, grupos ou comunidades com base em raça ou cor" (LEGNAIOLI, 2020, p. 2).

Nesse contexto, em 2020 estamos passando por uma situação atípica, estamos diante de uma pandemia mundial, assim os cursos das universidades se multiplicaram ampliando assim, o acesso as informações sobre a mineração (BRASIL, 2020).

Esse fenômeno veio contribuir com as instituições com a força dos movimentos sociais, dos coletivos, das assessorias e das comissões, das universidade federais, em suas várias formas de enfrentamento, utilizam a internet como ferramenta combativa, desenvolvem, elaboram, confeccionam, publicam vários tipos de materiais educativos, como cartilhas, produção de vídeos, construção de bases de dados com informações prioritárias sobre a mineração, criam perfis nas redes sociais (Youtube, Facebook, Instagram, WhatsApp), gravam *podcasts*, confeccionam bibliografias de conscientização sobre as atividades minerárias para instrumentalizar a população local, mas ainda com baixa capilaridade.

Essas produções bibliográficas sobre os danos reais causados pela mineração também poderiam ser mais específicas e serem voltados para os acionistas que poderiam ser influenciados a não consumirem esse tipo de ativo,

no entanto, é preciso fortalecer a divulgação dessas publicações, através de editais de fomento à pesquisa, ou de apoio às atividades dos direitos humanos conduzidos pela sociedade civil.

2. Disciplina itinerante

Na rota da expansão mineral, as empresas mineradoras não disponibilizam todo o material contendo as informações cruciais de todos os tipos de violações ambientais e sociais que a mineração gera. O direito ao acesso a essas informações é fundamental para os afetados, essa ação de maquiar relatórios e não relatar de fato os problemas causados pela mineração, faz parte da sua estratégia empresarial, uma articulação que escamoteia os impactos negativos dessa atividade sobre o meio ambiente; os povos originários; as comunidades rurais; os quilombolas; os pescadores; os ribeirinhos; os próprios trabalhadores da mineração, ou seja, as populações potencialmente expostas (Grupos Poemas, 2020b).

A pesquisa in loco nas cidades atingidas e as entrevistas dos atores sociais envolvidos que nos apresentou uma realidade completamente diferente das produzidas nos sites das mineradoras lá encontram-se relatórios que não condizem com a realidade local das áreas mineradas vivenciada em nossa imersão.

Essa ação faz parte da linha de pesquisa - Conflitos socioambientais e urbanos e rurais - criado assim, a disciplina - Justiça Ambiental II - Extrativismo mineral em Minas Gerais e seus defeitos sociais colaterais[1] - integrando os outros conteúdos interdisciplinares aprendidos em sala de aula , com um roteiro pré-estabelecido, numa visita *in loco*, com uma agenda inicial de visitas aos órgãos, passando por instituições, movimentos sociais, comunidades e empresas

[1] A disciplina de campo, ministrada pelo Prof. Wilson Madeira Filho, ocorreu no período de 10/05 a 17/05 do ano de 2019 e contou com a presença dos/as seguintes alunos/as: Bruno Henrique Tenório Taveira (doutorado), Larissa P O Vieira (doutorado), Lilian Regina Furtado Braga (mestrado), Luiza Alves Chaves (doutorado), Mara Magda Soares (mestrado), Marcelino Conti de Souza (doutorado), Marina Marçal do Nascimento (doutorado), Patrícia de Vasconcellos Knöller (doutorado), Thaís Henriques Dias (mestrado) e Ubiratan Alves da Silva (especialização).

envolvidas nos desastres ambientais, sociais, humanos e não humanos nas seguintes cidades afetadas pela mineração: Projeto Minas Rio, em Alvorada de Minas e Conceição do Mato Dentro, Projeto da Serro da empresa Herculano, no município do Serro (ainda em fase de implementação), desastre da Vale que afetou o município de Brumadinho e o Rio Paraopeba (Bacia do São Francisco) e desastre da Samarco que afetou o município de Mariana, de Barra Longa e demais municípios ao longo da Bacia do Rio Doce. A equipe visitou algumas comunidades que foram expostas e inseridas numa área de influência[3], que perpassaram a rota da mineração, tais como, a Comunidade do Jassem em Alvorada de Minas; Comunidade Passasete; Quilombo Queimadas; Comunidade Parque da Cachoeira; Serro; Comunidade de Gesteira; Comunidades Rio Doce e Santa Cruz do Escalvado.

A equipe, num esforço interdisciplinar, se propôs a compreender o direito coletivo dos atingidos e afetados pela mineração. Os discentes possuíam várias formações acadêmicas que conversaram entre si, tais como, direito, biblioteconomia, antropologia e administração. Essa vivência proporcionou ao grupo de pesquisadores uma maior compreensão, aproximação e uma interpretação das realidades locais. Entendemos que cada região possui a sua especificidade, mas tendo uma relação de causalidade bem parecidas. Vivenciando, assim, as consequências que a mineração trouxe para as muitas comunidades, visitando as várias cidades, numa rota intensa; reunindo-se com várias instituições, órgãos públicos, movimentos sociais, empresas e comunidades, envoltos em várias atividades, na busca da construção dos direitos para a população local, sendo assim, parte integrante, na busca de uma reparação justa para os atingidos pelas barragens.

A rota fora ajustada, num tempo curto, participando de várias reuniões, ouvindo as narrações emocionadas e ainda traumatizadas da população local, tudo isso, apresentou uma visão bem realista do que a mineração pode causar na vida de tantas pessoas. Observou-se que muitos dos atingidos não receberam as suas casas; não receberam as devidas indenizações; alguns corpos ainda não foram achados e, as empresas não assumiram o crime ambiental devastador que promoveram e que ceifou centenas de vidas no rompimento das Barragens do Córrego do Feijão no município de Brumadinho em 25 de janeiro de 2019 e na Barragem de Mariana, destruindo os distritos de Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo em 5 de novembro de 2015.

Os discentes puderam experienciar, sentir, ver, ouvir os relatos dos atingidos para tentar compreender quais foram os impactos socioambientais negativos que afetaram a vida das comunidades. As narrativas e testemunhos das tragédias-crime se assemelhavam, todas expressavam as práticas insustentáveis (ACIONISTAS CRÍTICOS, 2020).

Houveram várias influências no modo de viver e na qualidade de vida da população local com a chegada da mineração e depois o angustiante resultado das barragens rompidas. Existe um antes e um depois da chegada da mineração.

Nessa experiência, os discentes analisam as consequências dessas operações das mineradoras na vida dos atingidos, numa dinâmica interativa de saberes locais e acadêmicos. Ouvimos os relatos dos envolvidos, sobre as muitas ambiguidades, violações e controvérsias nas operações das empresas mineradoras, logo após a magnitude dos desastres ambientais ocorridos em Minas Gerais, os atingidos nos relataram a "invasão" da sociedade civil organizada e as universidades nas cidades envolvidas nos rompimentos de barragens, com isso, houve uma forte sensibilização da mídia, noticiando as imagens, exibindo vídeos enviados pela população local, sobre os acidentados e a devastação causada pelas empresas mineradoras. Anteriormente, havia um escamoteamento, uma romantização da mineração, pouco conhecimento sobre as verdades sobre a mineração, sua agressão violenta o meio ambiente e o seu imprevidente desequilíbrio.

Principalmente em Minas Gerais, que possui o seu nome e economia vinculados na mineração, antes não eram compreendidos os impactos e as violações com tanta profundidade, as violações promovidas pela mineração, o acesso as informações prioritárias ao público geral e muito menos aos acionistas que compram essas ações (SILVA, 1995).

3. Uma realidade escamoteada

No curso do Grupo Poemas (2020a), os pesquisadores relatam que as perversidades vivenciadas pelos atingidos, geralmente são as mesmas, as mineradoras apresentam aos acionistas as benesses do empreendimento minerário, o desenvolvimento local, criação de empregos, os números, as projeções dos lucros, os benefícios econômicos para cada região, uma falaciosa preservação da natureza com projetos paliativos de recuperação ambiental.

Quando acessamos os sites das mesmas, vemos uma preocupação com o meio ambiente, mas na prática, os relatórios não mostram os verdadeiros impactos provocados que poderão causar nessa região, quais as possíveis violações, tais como, a remoção compulsória e cheia de ameaças a essas comunidades locais, quais são as mudanças na paisagem, na saúde que é prejudicada por doenças infecto contagiosas, com a diminuição da qualidade da água e do solo que cai significamente, trazendo assim, doenças nunca vistas anteriormente à implantação das mineradoras; também são afetados a fauna local que é expulsa, desalojada do seu espaço; construindo uma ocupação desordenada, próximo ao empreendimento, numa aproximação forçada e conflituosa da mineradora e com a população local, trazendo riscos diariamente. (GRUPOS POEMAS, 2020b).

As empresas de minerações sempre prometem um crescimento econômico, uma melhoria na qualidade de vida da cidade, tanto social quanto material, ou seja, não relatam de fato todas as possíveis consequências, impactos e violações que as mineradoras trazem para cada região (MAIA; MALERBA 2019).

As consequências ambientais e sociais em seus múltiplos impactos decorrentes da atividade mineral sobre os territórios dos atingidos as transformações causadas na saúde, no trabalho, economia e na cultura são o empobrecimento do solo mudanças drásticas nos modos de vidas da população local historicamente construída (MILANEZ, 2017).

Para tanto, um exemplo das estratégias de burlar a justiça com uma documentação que apresenta várias falhas em sua confecção, ilegalidades, com várias inconsistência atrelado ao possível respaldo de alguns membros da governança e da justiça mineira para a obtenção de autorização para minerar, proporcionou um desastre, um crime ambiental sem precedentes, a empresa responsável não apresentou com clareza quais eram os possíveis impactos sociais, ambientais, materiais sob a região, obtiveram uma autorização uma licença para minerar, construindo assim, uma barragem que rompeu na cidade de Mariana, nos distritos de Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo, ocorrido no dia 5 de novembro de 2015, que ceifou vidas e devastou toda a região em Minas Gerais (SERRA: 2018, p. 104-124).

Serra (2018, p. 104 - 124), acompanhou de perto essa tragédia, descreveu em seu livro, como foi o processo de licenciamento das empresas envolvidas, um procedimento obrigatório para que todas as atividades que possam causar

degradação ambiental, assim a documentação não atendia a legislação vigente, sendo reescrito várias vezes, passando por três técnicos e mesmo assim foi autorizado executar os seus trabalhos operacionais, contudo o fizeram.

> Todas as apurações apontaram que a causa imediata do rompimento foi aliquefação dos rejeitos. Há controvérsia, porém, entre engenheiros geotécnicos, professores e especialistas, sobre quais os fatores preponderantes que levaram à liquefação. As falhas, equívocos e omissões na administração da barragem são bastante extensos. Causa espanto a incapacidade e a inoperância dos órgãos de fiscalização para tomar providências que prevenissem ou corrigissem as irregularidades. Documentos internos, laudos, relatórios de consultores e atas de reunião de diferentes instâncias de governança da Samarco mostram que os problemas da estrutura eram do conhecimento de diretores e gerentes, eque eles receberam vários alertas sobre anomalias em Fundão (SERRA, 2018).

A investigação também mostrou que o projeto inicial teve várias alterações e foram usados vários materiais diferentes dos inicialmente previstos, ou seja, um rebaixamento no custo operacional.

> Serra (2018, p. 124), descreve em sua obra que a investigação do Ministério Público em Minas Gerais sobre o licenciamento da barragem em Mariana, jogou uma luz sobre o ambiente político-institucional em que o megaempreendimento com potencial poluidor consegue autorização para funcionar, ignorando ou contornando exigências legais e contando para isso com a complacência e a ineficiência dos que deveriam zelar pela segurança da população e pela proteção ao meio ambiente.

Para Soares (2017), recentemente com a gestão atual do Governo Federal, houve um afrouxamento na legislação ambiental, proposições recentes que alteram o processo de demarcação territorial indígena e quilombola, enfraquecendo o aparelhamento da FUNAI e o esvaziamento do Conselho Nacional de Política Indigenista, construindo assim, um novo marco temporal com relação à demarcações territoriais.

4. Força coletiva

Vivemos um momento histórico único e angustiante, fomos acometidos por um vírus mortal que está assolando o mundo, o COVID 19, enquanto aguardamos uma solução global para sua eliminação, estamos cumprindo as medidas de segurança impostas pelos órgãos reguladores, entre elas estamos

quarentenados há 7 meses em nossas casa, ou com carga horária reduzida de trabalho, ou em home office, mas essa situação não impediu que as novas configurações de lutas ressurgissem, vários grupos contrários a mineração/ e ou as suas formas de atuação, criaram vários tipos de sistemáticas de trabalho, entre elas, a criação intensificada de cursos de extensão com curta duração nas variadas tipos de plataformas *on line* para continuarem as lutas darem voz ao atingidos e continuar as suas pesquisas.

Existem vários grupos de pesquisa que estão espalhados por toda Minas Gerais, que promovem variadas discussões e debates sobre essa temática, em 26 de outubro aconteceu um debate sobre transparência, controle social e *accountability* na gestão pública de Brumadinho no "Encontro entre saberes: diálogos extensionistas para a superação da minério-dependência em Brumadinho", realizado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Universidade Aberta - PUC Minas e Brumadinho).

O Centro de Direitos Humanos e Empresas (Homa) foi criado em 2012 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, com o apoio da Fundação Ford - Brasil, como centro acadêmico de pesquisa e extensão. O Seminário de Balanço do Rompimento da Barragem de Fundão é realizado nos dias 26/10 a 29/10 de 18h às 20h, com os seguintes tópicos: Painel 1 - Quem é atingida/o?; Painel 2 - Governança versus Judicialização; Painel 3 - Assessorias Técnicas versus Representação de atingidas/os. O objetivo de apresentar informações sobre o desastre-crime de Mariana - Rio Doce e criar um espaço para intercâmbio entre a academia, as pessoas atingidas e as entidades envolvidas na defesa dos seus direitos, discutindo de forma ampla a situação dos territórios afetados pelos rejeitos provenientes da barragem de Fundão. (HOMA, 2020).

Em 13 a 17 de julho de 2020, das 17h às 19h, foi promovido o Curso de Extensão Economia Política da Mineração, transmitidas pelo Canal do PoEMAS no Youtube. O Grupo PoEMAS é formado por pesquisadores de várias universidades federais, possuem uma expressiva produção acadêmica, são atores ativos na conscientização das ações das mineradoras, também estão construindo uma forte rede de informações na internet, através de redes sociais, canal do Youtube, sites e nas bases de dados com as suas publicações acadêmicas científicas (GRUPO POEMAS, 2020b).

No primeiro dia do curso, na Unidade 1 - Economia Política da Mineração, a pesquisadora Maíra Sertão Mansur, relata no trecho do vídeo que a Articulação Internacional dos Atingidos e Atingidas pela Vale (AIAAV) realiza

todo ano uma intervenção nas assembleias dos acionistas, geralmente no mês de abril, no Rio de Janeiro, na sede da empresa, centrada na intervenção e participação de acionistas críticos na Assembleia Geral dos Acionistas da Vale. Os articuladores entram nas reuniões, fazem o voto, contestam as atividades das mineradoras, fazendo o confronto direto com a empresa e também com a diretoria (ACIONISTAS CRÍTICOS, 2020).

> A Articulação Internacional dos Atingidos e Atingidas pela Vale (AIAAV) é uma rede Sul-Sul que congrega, desde 2009, representantes de movimentos sociais, sindicalistas, ambientalistas, ONGs, associações de base comunitária, comunidades em geral, grupos religiosos e acadêmicos do Brasil e do mundo. Seu objetivo central é contribuir com o fortalecimento das comunidades em rede, promovendo estratégias de enfrentamento dos impactos socioambientais relacionados à indústria extrativa da mineração, sobretudo daqueles vinculados à empresa Vale (ACIONISTAS CRÍTICOS, 2020).

Entretanto já nas reuniões internacionais com os seus acionistas, Mansur relata que as empresas mineradoras tratam os casos das tragédias em Minas Gerais, por exemplo, como superado. Há uma manipulação dos dados e das informações para que as ações sejam compradas e vendidas, utilizando de estratégia de convencimento, para que os investidores e acionistas continuem suas aquisições, mantendo assim, o mercado de ações das mineradoras em alta. Relata ainda que os materiais são produzidos pelos movimentos sociais e organizações, mas que não conseguem chegar ao grande público. (Grupo Poemas, 2020a).

O pesquisador Rodrigo Santos (GRUPO POEMAS/UFRJ, 2020a), na Unidade 1 - Economia Política da Mineração, aponta como os acionistas se informam sobre o comportamento empresarial, a fonte de informação dos mesmos são os consultores de negócios da própria empresa que escamoteia as ações predatórias da mineração, estimulando a compra das ações pelos acionistas e investidores, mantendo o modelo de financeirização atual, pois os mesmos estão longe dos impactos que as mineradoras causam nos territórios, são geralmente idosos, professores aposentados que querem investir os seus fundos de pensão em ações com grande potencial de valorização, na esperança de construir um patrimônio futuro para a sua família, eles não são os "vilões", são pessoas que pensam no futuro das suas famílias, sem ter conhecimento que elas poderão não ter um futuro se as ações predatórias das mineradoras continuarem explorando o mundo. (GRUPO POEMAS, 2020a).

Considerações finais

Os apontamentos dessa pesquisa propõe equilibrar a balança discursiva de informações sobre desastres da indústria extrativista minerária, ampliando o acesso aos depoimentos dos atingidos, mesmo no sentido de pesquisa-ação, transformando a realidade, de maneira a instrumentalizar posturas críticas, ampliando a reparação real dos danos provocados por mineradoras aos locais defraudados; construir e fortalecer mais a participação social; ampliar os grupos de pesquisa sobre a temática da mineração; criar soluções mais sustentáveis e diversificadas que possam dirimir os impactos causados na exploração da natureza; conjugar as novas tecnologias, as práticas milenares utilizadas pelos povos originários e pelos quilombolas que sempre promoveram a rápida recuperação da terra, sendo guardiões dos seus territórios.

Precisamos criar novas técnicas mais sustentáveis de extração de recursos naturais, pois estamos num ponto crítico da exploração da natureza. É urgente a ampliação dos investimentos em pesquisas para minimizar e eliminar a exploração da terra e dos seres humanos e não humanos.

REFERÊNCIAS

ACIONISTAS CRÍTICOS: os 10 anos de atuação da articulação internacional dos atingidos e atingidas pela Vale. Articulação Internacional dos Atingidos e Atingidas pela Vale. MANSUR, Maíra Sertã; CHERNICHARO Luciana Peluzio. Disponível em: https://atingidospelavale.files.wordpress.com/2020/04/relatorio_acionistas_criticos_completo.pdf. Acesso em: 27 out. 2020.

DIAS, Thaís Henriques; MADEIRA FILHO, Wilson. Racismo ambiental: reflexões iniciais sobre seus usos em casos de comunidades atingidas por mineração. 8º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito: Universidade à luz de velas: ensino, pesquisa e extensão em tempos de contingenciamento na educação. Niterói, 2019. **Anais...**Universitária Federal Fluminense: Editora do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2019. 1143 p.

HOMA. **Seminário de Balanço do Rompimento da Barragem de Fundão.** Balanço de 5 anos do rompimento da Barragem do Fundão. 26-29 out. das 18h às 20h. Youtube, 8h. Disponível em: http://homacdhe.com/balancobarragemfundao/?page_id=123. Acesso em: 14 nov. 2020.

GODEIRO, Nazareno (Org.). **Vale do Rio Doce**: nem tudo que reluz é ouro: da privatização à luta pela reestatização. São Paulo: Sundermann, 2007. 154 p.

GRUPO POEMAS**. Curso de Extensão Economia Política da Mineração.** Economia Política da Mineração - Unidade 1. 13 julho 2020 das 17h às 19h. Youtube, 1h 40min 30 segundos. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=7ddNStNXGI4. Acesso em: 27 out. 2020a.

GRUPO POEMAS (Grupo Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade). Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em: https://www.ufjf.br/poemas/. Acesso em: 27 out. 2020b.

FUNDAÇÃO RENOVA. **Arquivos e Relatórios.** Disponível em: https://www.fundacaorenova.org/arquivos-e-relatorios/. Acesso em: 14 nov. 2020.

LEGNAIOLI, Stella. Ecycle. **O que é racismo ambiental e como surgiu o conceito**. Disponível em: https://www.ecycle.com.br/8123-racismo-ambiental.html. Acesso em:15 nov. 2020.

MAIA, Maiana; MALERBA, Julianna. **A mineração vem aí...E agora?** Um guia prático em defesa dos territórios. Rio de Janeiro: Fase | Poemas. 45 p. Mineração: para quê? Para quem? Caderno 1.

MILANEZ, Bruno. Mineração, ambiente e sociedade: impactos complexos simplificação da legislação. **Boletim regional, urbano e ambiental**, n.16, jan.-jun. 2017.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. **Comissão Parlamentar de Inquérito para, no prazo de 120 dias, apurar como fato determinado as causas do rompimento de barragem de rejeitos da mineradora Vale S.A., em 25 de janeiro de 2019, no Município de Brumadinho.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/56a-legislatura/cpi-rompimento-da-barragem-de-brumadinho/documentos/outros-documentos/relatorio-final-cpi-assembleia-legislativa-mg. Acesso em: 20 nov. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do sul.** Coimbra: Edições Almedina, 2009. 518 p.

SERRA, Cristina. **Tragédia em Mariana.** Rio de Janeiro: Record, 2018. 461 p.

SILVA, Olintho Pereira da. A mineração em Minas Gerais: passado, presente e futuro. **Revista Geonomos**, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, v.3, n.1, p. 77-86. Acesso em: 13 set. 2020. Disponível em: file:///C:/Users/Magda/AppData/Local/Temp/11523-Article%20Text-30838-1-10-20181207.pdf

SOARES, Leonardo Barros. Ciclos de protesto e repertório de ação do movimento indígena brasileiro entre 2009 e 2016: o caso da PEC 215. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 24, p. 191-222, dec. 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522017000300191. Acesso em: 12 set. 2020

WANDERLEY, Luiz Jardim de Moraes. Deslocamento compulsório e estratégias empresariais em áreas de mineração: um olhar sobre a exploração de bauxita na Amazônia. **Revista IDeAS**, v. 3, n. especial, p. 475-509, 2009. Disponível em: https://www.ufjf.br/poemas/files/2015/08/Wanderley-2009-Deslocamento-compuls%C3%B3rio-e-estrat%C3%A9gias-empresariais-em-%C3%A1reas-de-minera%C3%A7%C3%A3o-um-olhar-sobre-a-explora%C3%A7%C3%A3o-de-bauxita-na-Amaz%C3%B4nia.pdf. Acesso em: 27 nov. 2020.

TODO SÓLIDO, TODO GÁS E TODO LÍQUIDO:
o enfrentamento à pandemia em terras indígenas em Rondônia

Nathalia Maria Gonzaga de Azevedo Accioly
Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF)
acciolynathalia@gmail.com

Wilson Madeira Filho
Professor Titular da Faculdade de Direito e do PPGSD-UFF
wilsonmadeirafilho@hotmail.com

Resumo: A partir de uma entrevista com uma jovem liderança karitiana, o presente trabalho contrapõe um fragmento de uma cultura indígena que quase chegou à extinção e macromodelos políticos e tardo-ideológicos etnofóbicos. Nesse sentido, o atual Presidente da República prometeu quenão haveria "um centímetro a mais para demarcação", referindo-se às disputas e conflitos em terras indígenas. Com algumas medidas, essa política desestrutural vem sendo aplicada, com Projetos de Lei que permitem a exploração econômica das terras indígenas e com a nomeação para instituições governamentais de pessoas ideologicamente contrárias aos princípios constitucionais de defesa destes povos. Com a ocorrência da pandemia, estes processos entraram em aceleração.A inação do Governo Federal no enfretamento ao COVID-19 dentro das terras indígenas as colocou em risco iminente, sobretudo pela maior vulnerabilidade desses povos aos contágios. No Estado de Rondônia, as primeiras vítimas indígenas desta doença foram lideranças karitianas, cujos rituais fúnebres exigem especificidades culturais, em certa mediada destoantes dos protocolos sanitários específicos. Estava marcado o conflito, onde uma política de desconsideração identitáriae a ausência de especificidades sanitárias ameaçou se transformar em eventual etnocídio e em potencial genocídio.

Palavras chave: Coronavírus; Populações indígenas;Karitianas; Conflitos socioambientais; Rituais fúnebres.

INTRODUÇÃO

Um índio descerá por uma estrela colorida, brilhante
De uma estrela que virá numavelocidade estonteante
E pousará nocoração do hemisfério sul
Na América, num claro instante...
("Um índio", Caetano Veloso)

A rede é também uma mortalha, que enreda o corpo e prepara seu descanso para a grande caçada simbólica. Ali, onde o grande banquete ritual é elaborado e as rezas e o sumo do caule auxiliam a abrir os caminhos, prepara-se o coletivo para o momento da devolução à natureza circunspecta dessa força que a respeitou. O milho redistribui os valores da terra, que dá e que agora recebe. E a casinha final, endereço último do corpo, é a caricatura simpática do sonho do homem, que o vento e a chuva vão tão logo também resgatar.

A pandemia provocada pelo vírus SARS-CoV-2, ou simplesmente COVID-19, trouxe à tona a situação de vulnerabilidade em que se encontravam as comunidades indígenas no Brasil, e os problemas que já vinham sendo enfrentados diante de constantes perdas de direitos sobre suas terras nos últimos anos.

Desde a invasão das terras brasileiras o povo indígena sofreu e também apresentou resistência diante dos processos de colonização. Foram séculos de luta até obterem o reconhecimento e autodeterminação do seu modo de vida, cultura, produção e reprodução. Com a promulgação da constituição de 1988 superou-se o modelo integracionista previsto no Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), passando-se a compreender a importância da proteção e respeito aos costumes e culturas indígenas.

Nesse sentido, não cabe mais falar em "atrasos" civilizatórios, mas, outrossim, da concorrência de povos e de culturas num contexto constitucional complexo e plural:

> Os povos indígenas, desse ponto de vista, eram apenas membros de uma cultura que se perdera nos meandros do tempo, congelada no passado por alguma contingência, e que deviam ser conduzidos ao caminho do desenvolvimento pelas sociedades mais avançadas (SOUZA: 2015, p. 10)

A constituição traz um olhar exclusivo ao indígena, mas o que por si foi e é insuficiente dentro de uma sociedade colonizadora, estruturalmente etnofóbica e sob a égide de ummodelo oligárquico que opera junto ao sistema capitalista e desfralda a ideologia desenvolvimentista.

Apesar dos avanços legais em direção ao reconhecimento de sua diferença cultural, os conflitos entre indígenas e ocupantes de terras têm-se ampliado nos últimos anos e sido marcados por episódios de extrema violência. Este cenário tem se agravado diante da morosidade na demarcação das terras indígenas, aliado à crescente judicialização e, em muitos casos, à anulação de atos

administrativos de demarcação por parte do Poder Judiciário e, por fim, com as propostas de alteração constitucional em curso no Congresso Nacional as quais, se implementadas, implicarão na supressão das garantias conquistadas pelos povos indígenas em 1988.

Vale referir que, nos últimos anos, especialmente após as eleições de 2014, que colocou uma grande bancada ruralista no Congresso Nacional e, em 2018, com a eleição de Jair Messias Bolsonaro, a população indígena tem sofrido ataques e perdas de direitos que haviam sido conquistados com muita luta e resistência. Sob uma promessa de campanha racista, que afirmava que não haveria nenhum centímetro a mais de terra para os índios, e com aliados na intitulada bancada ruralista, o governo federal foi eleito e o projeto de política anti-indígena foi implementado.

E é neste cenário, justamente, que demanda pela resistência destes povos, quando o mundo atravessa uma pandemia, que essa situação de liminaridade cívica torna-se ainda mais grave, pois exige o distanciamento social para frear a contaminação e controlar a doença.

Com o avanço da doença e principalmente com a sua interiorização criou-se uma preocupação extra, sobre como este vírus atingiria as comunidades indígenas. Pudemos observar, durante a pandemia de COVID-19, que o vírus teve um índice de mortalidade mais alto entre as pessoas acima de 60 anos, o que provocou mais um alerta às sociedades indígenas, dada a grande relevância de seus idosos para toda comunidade. São estes justamente os principais representantes das aldeias e verdadeiros guardiões de seus saberes. Os responsáveis por sua memória através da transmissão dos conhecimentos que foram perpassados por seus ancestrais para as próximas gerações, como forma de garantir a continuidade e sobrevivência de suas etnias.

Considerando que a maioria das etnias indígenas possuía tradição da transmissão do saber oral, acumulado e guardado por essas figuras mais velhas que são como receptáculos dos ecos do mundo, observa-se que, por consequência, possuem rituais fúnebres e períodos de luto muito distintos daquelas da sociedade média urbana. Cada morte representa a passagem de saberes milenares, a interagir nas forças elementares da natureza circundante.

Em Rondônia, os indígenas da etnia Karitiana perderam o seu líder Gumercindo Karitiana, de 66 anos, e a sua mãe, a anciã Enedina Karitiana, de 86 anos. Para além do sentimento de perda de pessoas muito queridas pelo povo

Karitiana, suas mortes foram muito sentidas, especialmente em razão das dificuldades enfrentadas para conseguir enterrar os seus parentes em sua terra.

De acordo com as recomendações do Ministério da Saúde não seria permitido o retorno dos corpos à aldeia, e isto ocasionou um conflito entre os Karitianas, os quais tiveram de acionar o Ministério Público Federal (MPF) para encontrar soluções para realizar os seus rituais com o seu parente morto e assim não ferir a história e a memória do seu povo.

1.ENFRENTAMENTO AO CORONAEM TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

O primeiro caso confirmado de contaminação por Covid-19 entre indígenas brasileiros foi de uma jovem de 20 anos do povo kokama, no dia 25 de março de 2020, no município amazonense de Santo Antônio do Içá. (Comitê Nacional de Vida e Memória Indígena, 2020)

O contágio foi feito por um médico vindo de São Paulo a serviço da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), que estava infectado.

O Amazonas foi o primeiro estado federativo a ter a confirmação de indígenas contaminados. Importar ressaltar o fato da SESAI ter sido um dos principais vetores de expansão da doença dentro dos territórios indígenas, alcançando a região com maior número de povos isolados do mundo: o Vale do Javari.

Além disso, os dados apresentados pela SESAI são questionados pelas lideranças indígenas, especialmente pela Associação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) que decidiu contabilizar os casos de contágio e morte independentemente da secretaria. A diferença entre as duas contagens ocorre em razão da SESAI não registrar e não prestar atendimento aos indígenas que vivem em territórios tradicionais e em áreas urbanas e rurais.

Até 09 de outubro de 2020 a SESAI havia contabilizado 456 óbitos por corona vírus em indígenas. No entanto, de acordo com balanço da APIB, em 02 de outubro o número real de indígenas que faleceram em decorrência da Covid-19 foi de 828, além dos 33.412 foram infectados, tendo atingindo diretamente 158 povos.

O Censo IBGE 2010 revelou que das 896 mil pessoas que se declaravam ou se consideravam indígenas, 572 mil, ou 63,8%, viviam na área rural e 517 mil, ou 57,7%, moravam em Terras Indígenas oficialmente reconhecidas. Além disso, do total de indígenas brasileiros 36,2% residem em área urbana.

Neste sentido, a decisão da SESAI de contabilizar o contágio e mortes por Covid-19 somente de indígenas aldeados invisibiliza as mortes e contaminação de mais de 324 mil indígenas que se encontram em perímetro urbano.

Após a interiorização do vírus, e consequente contaminação de populações indígenas, surgiram inúmeros problemas para implementação de medidas e políticas públicas de ajuda e apoio a essas comunidades.

Faltam profissionais de saúde em locais mais distantes, onde ficam as terras indígenas, uma situação que havia sido controlada com o programa mais médicos, com a contratação de médicos, brasileiros e cubanos, para atender a essas populações em vulnerabilidade que viviam em locais de difícil acesso, mas o programa foi encerrado logo no início do mandato do Presidente Bolsonaro.

Em abril de 2020, quando a pandemia já havia chegado nos povos indígenas, a FUNAI publicou a Instrução Normativa nº9, de 16 de Abril de 2020, que disciplina o requerimento, análise e emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites em relação a imóveis privados.

A instrução normativa foi severamente criticada, pois permite a regularização de terras por grileiros, posseiros e invasores em áreas de terras indígenas, trazendo a intensificação de conflitos fundiários e legitimando a ação dos inimigos dos povos que vivem na floresta.

Diante disto, lideranças políticas indígenas e indigenistas mobilizaram-se junto ao poder judiciário e ao Congresso Nacional para tentar diminuir os impactos dos projetos de governo (por ações e negligência) nos ataques as comunidades indígenas. Foi apresentado o projeto de Lei nº 1.142, de 2020, que dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas, criando um Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos Territórios Indígenas, o qual foi aprovado no Congresso Nacional e no Senado Federal, mas sancionado com 16 vetos. Dentre estes, foram vetadas as partes que previam o acesso das aldeias à água potável, materiais de higiene, leitos hospitalares e respiradores mecânicos. (Governo Federal, 2020)

Além disso, a APIB propôs a ADP 709, que tem como objeto as falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias, a qual foi recepcionada em parte e garantiu a articulação e participação dos indígenas nos processos relativos ao enfrentamento ao COVID-19 entre os seus povos.

Neste momento de pandemia, todo o mínimo existencial que vem sendo alcançado para as populações indígena o tem sido através de luta e resistência, e apesar de todas as ações anti-indígenas do Governo Federal.

2. OS KARITIANAS, UM POVO DELUTA

O povo indígena karitiana encontra-se dividido em seis aldeias, sendo cinco destas no perímetro da cidade de Porto Velho, e uma no Município de Candeias do Gamaria primeira referência a esse grupo data de 1909, pelo capitão Manoel Teophilo da Costa Pinheiro, um dos membros da Comissão Rondon; em 1910 o próprio Marechal Rondon menciona os Karitiana, então nas imediações do médio rio Jaci-Paraná: estes são os dados anotados por Curt Nimuendajú no seu Mapa Etno-histórico.

Entrevistamos, em 22 de setembro de 2020, em Porto Velho, Cledson Karitiana, presidente da Associação do Povo Indígena Karitiana Akot Pytim Adnipa, o qual, com 26 anos, tornou-se uma liderança para o seu povo. Apesar de sua pouca idade, demonstra ter chegado a esta posição por ser parte importante na luta de seu povo. Seu pai era professor, começou a estudar na aldeia, mas na sua época só tinham até a 4ª série (5º ano) do ensino fundamental, e a fez duas vezes para não parar de estudar, por isto veio morar na cidade de Porto Velho, onde continuou seus estudos até o ensino médio e mudou-se para o interior para cursar engenharia de pesca na Universidade Federal de Rondônia, campus de Presidente Médici.

Cledson Karitiana afirma que dentro da Universidade, enquanto acadêmico, conseguiu olhar criticamente para as suas lideranças, pois visualizava que elas estavam se afastando e não buscando o interesse da comunidade, e diante disto resolveu que iria candidatar-se à presidência da Associação. Foi necessário recorrer à advogados para dialogar com as lideranças, e após muita resistência

dos que estavam nos cargos e eram mais velhos conseguiu se eleger com apoio da comunidade Karitiana.

Cledson afirma que hoje os Karitianas são mais de 400 (quatrocentos), mas que houve época eles quase foram extintos. De acordo com suas narrativas, os Karitianas experimentaram um brutal declínio demográfico após o contato com os brancos. Nesse sentido, Darcy Ribeiro considerou-os extintos em 1957, tendo dados que contabilizam somente 64 Karitianas em 1970.

Hoje a maior luta dos Karitianas é relativa às consequências das barragens hidrelétricas que transformaram o Rio Sapoti o qual é de extrema importância para agricultura, caça e pesca desta sociedade. De acordo com o entrevistado, após a construção das usinas hidrelétricas de Santo Antônio e Jirau, o rio Sapoti, que passava ao lado da sua casa, praticamente secou e, nas épocas de estiagem, o rio desaparece, o que provoca além da escassez do peixe, a impossibilidade da agricultura, obrigando este povo a ir cada vez mais distante para buscar alimentos para a aldeia.

A aldeia Caracol enfrenta a maior dificuldade, o rio não passa mais no local, e o poço amazônico construído na aldeia, em determinadas épocas, fica completamente seco, e para solucionar isto eles lutam para que a SESAI construa um poço artesiano, mais profundo que o amazônico, para trazer novamente a soberania da água para este povo.

> Nós temos poço amazônico na aldeia Caracol, Juari e Rio Candeias, e no tempo de verão esses poços amazônicos secam, e hoje então é necessário o poço artesiano. Na nossa aldeia central nós temos até um pouco de água, mas não era como aquele rio que a gente costumava ter, só no tempo de inverno que tudo volta (CledsonKaritiana).

Diante dessas diversas violências sofridas em razão do empreendimento hidrelétrico que os atingiu, a Associação dos povos Karitianas propôs a ação de nº1001655-48.2017.401.4100, na Justiça Federal, para que as atrocidades que os acometeram fossem reparadas na única forma possível, financeiramente.

Cledson afirma que os projetos de melhorias e de reparação dos danos causados iriam começar no ano de 2020, mas que, em razão da pandemia, tudo teve que ser postergado, estando assim a comunidade em vulnerabilidade. Todavia, essa luta já tem quase uma década e até hoje nada foi pago.

> Em 2018 quando nós assumimos a presidência, o nosso foco foi isso, que a [usina hidrelétrica] Santo Antônio e a FUNAI executem essa compensação. Aí a gente tentou já com o MPF, e estava tudo paralisado.

> Se tivesse uma liderança buscando, tudo já teria acontecido, não foi fácil. A gente buscou dialogo com MPF, mandaram antropólogo, tudo, a gente tinha que entrar em todas aldeias pra entrar com essa ação. Ai a desculpa era a FUNAI, não quer assinar, não estava autorizando. Aí chegava em Santo Antônio, eles não autorizavam também. Aí conversamos entre nós, aí fomos ao MPF e quem ficou à frente primeiro foi o Dr. Daniel Lobo, e depois a Dra. Gisele, e essa Dra. é muito atuante e ela ajudou muito nosso povo, e ela ajuizou. Fizemos ano passado a audiência na aldeia, e estava tudo certo pra este ano. Nós íamos receber, eram 3 etapas, e a primeira nem começou, então nós temos muito recurso pra receber ainda, não só os karitianas, mas também os karipunas e os kaiçaras, que foram os mais atingidos. Era pra ser executado em maio, mas aí veio essa pandemia e estragou tudo. Ai agora vamos ver ano que vem. Esse ano praticamente acabou já.

A água é uma grande preocupação para a liderança Karitiana, para quem sem comida até se vive, "mas sem água"? Vale dizer, a maior luta enfrentada pelos Karitiana no momento é garantir o abastecimento de água em suas aldeias e, em consequência, a soberania de seu povo.

3. OS KARITIANAS E O CORONAVÍRUS

Tão logo chegou o vírus do COVID-19 nas aldeias dos Karitianas estes perderam dois parentes, o seu líder Gumercindo Karitiana, de 66 anos, e a mãe deste, Enedina Karitiana, de 86 anos.

Cledson Karitiana afirma que, ao saberem do vírus, as aldeias foram avisadas sobre a necessidade do distanciamento social, tendo sido determinado que os indígenas deveriam permanecer isolados nas aldeias, sem irem para a cidade, em razão dos riscos de contaminação.

No entanto, apesar dos esforços feitos pelos líderes, eles não conseguiram impedir a chegada do vírus em suas aldeias, e para a liderança a contaminação chegou em razão da busca pelo auxilio emergencial nos bancos de Porto Velho.

> O governo federal começou a lançar esse auxilio emergencial, aí o pessoal começou a fazer inscrição e quando foi no banco e teve contato com pessoal contaminado, voltou e contaminou a aldeia. O primeiro caso que nós tivemos foi na aldeia Caracol, foram 3 casos. Quando nós ficamos sabendo disso, aí foi um desespero total. Aí como quando começou esse contato, praticamente 80% da aldeia foi contaminada. Em todas as seis aldeias (CledsonKaritiana).

A Caixa Econômica Federal foi a única instituição financeira responsável, pela distribuição e organização do auxilio emergencial, sendo esta a principal medida de apoio econômico à população durante a pandemia. Em razão da crise econômica, e do aprofundamento das desigualdades sociais no Brasil, centenas de pessoas passaram a aglomerarem-se diariamente nos bancos da Caixa Econômica para sacar o auxílio oferecido.

O fornecimento deste auxílio não veio acompanhado de um projeto de logística para evitar a aglomeração destas pessoas, que já se encontravam em situação de vulnerabilidade, e tiveram de ir ao banco e se expor. No caso dos indígenas, nada foi feito para evitar o deslocamento destes na busca do auxilio, então estes tiveram de ir até as cidades, onde foram aos bancos que já estavam sobrecarregados com vários grupos em situação de vulnerabilidade.

Cledson Karitiana afirma ter recebido apoio dos órgãos de saúde indígena, mas que foi insuficiente e lembrou-se disso ao lamentar a morte da primeira vítima, Seu Gurmercindo:

> Ele era ex-cacique, o pessoal falou que quando ele veio pra cá, ficou nem dez dias, acho que foi cinco dias, e ele morreu. Nossa, foi triste pra nós. A gente falou tanto pra comunidade que não era pra vir na cidade, pra permanecer na aldeia, e chegou esse vírus e, depois de dez dias, chegou mais uma notícia ruim, que era a mãe dele. Tem o Elivar, que é do conselho indígena, ele foi quem batalhou mais pra conscientizar a comunidade, por que é uma responsabilidade nossa né? Aí foi chato pra nós, mas nós avisamos, fomos nas aldeias, fomos juntos com a saúde indígena, conversar com pessoal, conversar sobre o vírus, através do SESAI. Eles deram transporte e fizeram toda logística, com assistente social, enfermeiras, fizeram testagem, entregamos panfletos.

O sentimento de luto e culpa pela perda dos seus parentes, fez com que as lideranças mudassem em relação ao enfrentamento do vírus, optaram então por utilizar os conhecimentos de seus ancestrais sobre ervas e plantas medicinais.

> O nosso ancião começou a se virar, por que falaram que não tinha cura e não tinha vacina. Aí começamos a tomar nossos remédios tradicionais, e agora o nosso povo não tem mais contaminação, nós zeramos. Hoje os Karitianas até duvidam do vírus, eles nem querem usar mais máscara. Aí o pessoal fala mais assim, quando o pessoal vem na cidade eles intubam né, então eles pensam que não era pra o nosso ancião ter morrido, eles acham que se ele tivesse ficado ele teria sobrevivido (Cledson Karitiana).

Esta afirmação vem diante de uma experiência do entrevistado, que afirma ter passado o vírus para sua mãe, e que ela chegou a quase morrer, mas que não quiseram deixá-la ir para cidade no hospital.

> Minha mãe quase faleceu, vou te contar a história dela. Meu pai falou que minha mãe não tava conseguindo nem mais andar, ela mora lá na aldeia, tava ruim, mas ruim mesmo, daí meu pai falou, chamou até o carro para buscar ela. Aí uma enfermeira falou assim, o nome dele é Nelson, ai ela falou bem assim: Nelson, se tu autorizar tua esposa a ir pra cidade, tu não vai ver mais tua esposa, nem teus filhos vão mais vê-la. Ela quis dizer que ela ia falecer, né? Aí meu pai falou: não, se for assim, então não vou deixar minha esposa ir, vou deixá-la falecer aqui, perto de mim. Meu pai não estava mais aguentando a dor da minha mãe, era falta de ar, dor no corpo, fraqueza total, minha mãe já é gordinha, então ela já tem esse problema, aí meu pai não aguentou mais o sofrimento, quis mandar ela pra cidade. Aí a enfermeira falou isso pra ele, e aí ele decidiu ficar lá.

A permanência na aldeia, bem como a utilização das ervas medicinais, foram, na opinião de Cledson, essenciais para a sobrevivência de sua mãe, como também de todo o resto da aldeia. Uma destas ervas é a quina-quina, a qual possui propriedades anti-inflamatórias, vinda da casca de uma árvore.

> Aí, depois disso, eles começaram a tomar as ervas medicinais, uma delas é a quina-quina, tem vários remédios nossos, chás, plantas. Ixê, eles tomaram banho, então através disso nosso povo está salvo. [...]Só morreram esses dois primeiros, o Gurmercindo e a dona Enedina. Nosso povo ficou praticamente tudo na rede, Nathalia. Não tinha mais ninguém sadio, todos passando mal, todos com sintomas, fraqueza, falta de ar, dor no peito, tudo. Daí eu falei: meu deus do céu, agora nós vamos morrer tudinho. Aí nosso pessoal começou a tomar os remédios caseiros, com isso a o pessoal começou a não ter mais sintomas.A gente acredita nos nossos remédios. Hoje a gente fala´, se tiver alguém doente na cidade, manda pra cá que nós vamos cuidar deles, manda pra cá que nós curamos! Aí nós vamos comprovar se funciona, se a gente curar essas pessoas aqui, a gente tem remédio. O pessoal fala isso.

Diante de um governo federal que propagava o negativismo científico, observa-se que os Karitianas respondem com seu conhecimento tradicional enquanto paradigma científico concorrente, a demonstrar, na prática, a importância da autodeterminação destes povos nas escolhas de seus tratamentos de saúde, e a relevância de seus sentimentos e identificação com seus próprios conhecimentos relativos às plantas e raízes medicinais.

4. O LUTO PARA OS KARITIANAS - A BEBIDA, A CAÇA, A LUTA E O DESCANSO

O processo de luto, a representação da morte e da vida, possuem especificidades nas diversas sociedades do mundo. É uma forma de lidar com a disrupção ocorrida, com o esfacelamento de expectativas, e com todos os sentimentos gerados pela perda de alguém próximo e com isso compreender as diversas práticas funerárias aplicadas por grupos humanos por todo o mundo. E é também por isso que, por mais variadas que sejam essas práticas de tratamento dos mortos, a sua existência é também um fenômeno universal à humanidade. (Beltrão, 2015. p. 207-208)

Para os indígenas Karitianas o processo de luto não é algo simples. Após a morte de um dos seus, o ritual funerário atravessa um total de cinco dias, existindo várias fases necessárias para que o espírito possa ir embora, em paz. O enterro dos karitianas é feito numa rede, para o descanso do corpo. No local onde o corpo será enterrado é construída um tipo de casinha, e são colocados juntos ao corpo também uma planta e um arco-e-flecha e, após tudo isso, os parentes iniciam suas rezas.

O processo, que dura cinco dias, reúne toda a aldeia para tomar chicha, uma bebida fermentada e comum a vários povos indígenas, feita a partir da fermentação do milho, a qual é deixada ao lado do corpo. Os caçadores da aldeia saem para caçar, trazem a caça e a deixam próxima ao corpo, para que o espírito possa ser alimentado. De acordo com a crença dos karitianas, o espírito vem e come tudo aquilo para só depois poder ir embora.

A relevância deste processo do luto para os Karitianas, em que participa toda a comunidade, é demonstrada pelo cuidado com o aquele parente[1] morto, bem como pela complexidade deste ritual, considerando cada uma de suas etapas e cada um de seus significados.

Para os Karitianas, as mortes inesperadas de seus líderes e sábios provocaram um luto coletivo, um sintoma de perda que ultrapassa a individualidade da família, sendo um momento difícil para todos eles. Elvira Karitina, vice-presidente do Conselho de Saúde Indígena do Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI) de Porto Velho, exemplifica o pesar da situação:

[1] O entrevistado karitiana utiliza este termo para se referir ao conjunto dos indígenas.

> Gumercindo era uma enciclopédia de saber, contava histórias, muito habilidoso no trabalho com as mãos, era o nosso engenheiro e arquiteto. Ele num instante levantava uma casa, nem fazia anotações no papel. Se precisava abrir uma estrada, tomava a frente e liderava os mais jovens. Nosso povo está muito sentido com sua partida, abalou muito a gente. É como se uma árvore imensa que fazia sombra para muitos, tivesse sido cortada, e de uma hora pra outra ficamos no sol quente (BRAGA, ELIZEU 2020).

Diante destas mortes, os corpos não poderiam ser enterrados em sua terra, e iriam seguir para o cemitério público da cidade, o que gerou uma grande revolta do povo Karitianas.

> A regra da prefeitura era não deixar levar de jeito nenhum, ai nós ficamos pensando. Nossa comunidade não aceita! Não aceita enterrar nosso corpo aqui na cidade, tem que ser enterrado na aldeia. Aí nós tivemos que lutar, junto com pessoal grande, pra levar nossos corpos pra aldeia. O Elivar ligou pra mim e falou: Cledson, como nós vamos fazer agora? A prefeitura não vai deixar a gente levar o corpo pra aldeia. Aí eu falei: e agora? Então liguei pra Dra. Gisele [Procuradora da República – MPF], e expliquei a situação. Eu disse: a gente não vai aceitar enterrar nossos parentes aqui na cidade, temos que levar eles pra nossa terra, pra nossa aldeia. Aí a Dra. falou: é impossível, é a regra do COVID, tem medidas. Daí eu falei: Dra. nós não vamos aceitar, se não for por bem, nós vamos levar por mal (CledsonKaritiana).

A situação gerou um grande mal-estar na comunidade. A simples ideia de ter um dos seus parentes enterrado longe da sua terra, em um caixão, sem qualquer tipo de cerimônia apavorava as lideranças que estavam à frente da luta.

Cledson revela ter ficado uma madrugada inteira acordado e, com auxilio da Dra. Gisele, conseguiu contatos em Brasília para tentar solucionar a questão. Foi, assim, atendendo parcialmente ao direito cultural específico, permitido aos Karitianas levar seus corpos para aldeia, mas com uma condição:os corpossegueiriam em caixões fechados, para que não houvesse risco de contaminação.

As condições foram aceitas, e os corpos foram levados para aldeia em caixõeslacrados, para serem realizadas as cerimônias. Ainda assim, foi difícil para os parentes Karitianas aceitar as condições dos procedimentos, tendo sido papel das lideranças acalmar os ânimos. Quando os corpos chegaram à aldeia houve grande comoção, bem como questionamentos sobre a veracidade da existência de corpos nos caixões. Cledson afirma que a aldeia foivítima das notícias falsas

propagadas nas redes sociais. Eles diziam que havia sido noticiado que os caixões estriam recheados com pedras, e que portanto eles deveriam abrir para verificar.

> Nós levamos os corpos na aldeia, nós fizemos o procedimento, fizemos todo procedimento sem abrir... Foi muito triste pra nós, os familiares chorando, querendo ver os corpos, por que chegou a ver no jornal que não estavam sendo enterrados corpos, estavam sendo enterradas pedras. E aí eles queriam ver e abrir, queriam abrir caixão por que o corpo não tava ali. Só que eu falei: o corpo está aqui, está aqui dentro, o filho dele viu o corpo, conferiu e ele falou pra mãe: mãe, o corpo do pai tá aqui, eu vi tudo e acompanhei. Aí a família se acalmou e acreditou no filho, né (Cledson Karitiana).

Era um difícil momento, um contraponto. Na medida em que exigências sanitárias visavam finalmente tutelar a saúde daquele povo, sua cultura se via ameaçada, eis que a cosmologia da morte entre os Karitianas perfazia outro compasso. Enterrar corpos "sem rosto" é afinal como enterrar pedras. Como incorporar as forças do caçador ou a sabedoria do plantio do milho e seu preparo através do lacre? Como retesar o arco ou untar o mingau e transmitir o aprendizado dos gestos se não há a visão das mãos altaneiras? Como manter consigo um mundo que se vai?

> Todo procedimento nosso, nós temos ritual nosso, nós não enterramos com caixão, nós enterramos na rede, nós fazemos uma casinha pra ele, nós colocamos planta, arco-e-flecha, faz a reza. Nosso funeral é de cinco dias, entendeu? Aí tem tudo, nós fazemos chicha, no outro dia tem que matar caça, deixar a caça perto do corpo, a gente acredita que o espírito vem e o espírito come tudo aquilo lá, e depois ele vai embora. E se a gente não fizer isso, o espírito não vai embora, e ai o espírito pode não gostar e fazer mal pra família. Por isso que fazemos tudo isso. Nós fizemos todo procedimento, não teve aglomeração, o corpo chegou e foi logo pro enterro, fizemos o ritual mesmo assim, só ficou ruim não ver ele na hora de enterrar. Nós colocamos o caixão na rede, colocamos o arco-e-flecha em cima do caixão. Aí, nos outros dias, fizemos a caça, a chicha.

Gurmercindo da Silva Karitiana foi o primeiro indígena a morrer com Covid-19 em Rondônia. O corpo do líder indígena foi enterrado na aldeia onde vivia, da forma como foi possível, e deixou um sentimento de muita tristeza toda a sua comunidade.

Importa ressaltar que a luta dos Karitianas em Rondônia culminou na Recomendação nº 21/2020, do Ministério Público Federal, a qual traz

determinações e orientações, para que todos os povos indígenas de Rondônia sejam auxiliados pela SESAI e pelo DSEI, permitindo que seus corpos sejam enterrados em suas respectivas terras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aparentemente a promessa etnocida de Jair Messias Bolsonaro, quanto à eliminação das terras indígenas e supressão dos seus direitos foi intensificada durante o período que as pessoas encontram-se voltadas para os problemas relativos à pandemia. As diversas medidas anti-indígenas que foram tomadas pelo Governo Federal e por instituições que deveriam estar em defesa do índio, como a FUNAI, sofreram resistência e enfrentamento tanto através do poder judiciário como pelos órgãos independentes (Ministério Púbico, Defensoria) como pelos próprios indígenas, quanto através de representações parlamentares.

É necessário considerar, que houveram perdas significativas de direitos para estas comunidades, pois o conflito se deu em um momento de alta vulnerabilidade, marcado pelas exigências do distanciamento social.

Ainda assim, as políticas de enfrentamento ao COVID-19 dentro das comunidades indígenas só foram possíveis em razão da luta e determinação de suas lideranças, que se movimentaram para que seus povos resistissem e que os conflitos fossem amenizados.

Em Rondônia os karitianas, etnia de luta e resistência, que quase foi exterminada no passado, viu importantes figuras de suas aldeias, logo no início da pandemia, serem vítimas deste vírus. É perceptível a existência de um sintoma de medo de aniquilação das suas histórias, das suas vivências e de seus conhecimentos, mas, além disso, também existe uma forte noção da necessidade de luta por suas culturas, desde processos para a garantia de enterro dos corpos dos seus mortos em suas terras, às proteções com barreiras sanitárias e tentativas de arrecadação de produtos de segurança, leitos e todo necessário para o enfrentamento da pandemia.

É possível perceber o sentimento de unidade dentro da luta do povo Karitianas e o interesse pelo bem-comum de toda etnia, quando se utiliza sempre do pronome nós para relatar qualquer questão da aldeia, bem como quando se conta que foi preciso ameaçar a ordem para que os corpos dos seus fossem levados para suas terras.

É fácil constatar esta unidade no sentimento de culpa em razão das mortes que ocorreram, como se elas fossem de responsabilidade de toda a aldeia, mesmo tendo sido outras pessoas que contaminaram por virem até a cidade, e principalmente por culpa do despreparo do Governo Federal ao não coordenar a ação de pagamento do auxílio às populações em vulnerabilidade.

Considerando que a luta é coletiva, e os frutos desta também, podemos notar que a resistência, as conquistas e as perdas dos Karitianas puderam ultrapassar os seus e reverberar para que fosse criada a Recomendação do MPF, permitindo que as outras etnias do Estado também pudessem enterrar os corpos dos seus, com auxílio dos órgãos indígenas competentes.

Na noite dos tempos, se garantiu o trajeto das estrelas. Mas, por cautela, estão lá também, no espaço fúnebre, o arco e a flecha.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Elizeu. Coronavírus: memória acesa nas perdas de mãe e filho Karitiana, em Rondônia. Amazônia Real. 27 de junho de 2020. Disponível em: <https://amazoniareal.com.br/coronavirus-memoria-acesa-nas-perdas-de-mae-e-filho-karitiana-em-rondonia>. Acesso em: 30 ago. 2020 12:55:00.

COMITÊ NACIONAL DE VIDA E MEMÓRIA INDÍGENA. Emergência indígena. Panorama geral da Covid-19. Disponível em: <http://emergenciaindigena.apib.info/dados_covid19/> Acesso em: Acesso em: 02 de out. 2020, 17:15:00.

HERRERO, Mariana Marcela. Um olhar sobre o envelhecer numa aldeia indígena.*In*: **Mais 60 estudos sobre Envelhecimento**. Vol. 29. Número 97. Editora: SESC. Dez. de 2018. p. 86-97.

KARITIANA, Cledson Kitana. Entrevista concedida a Nathalia Maria Gonzaga de Azevedo Accioly, em 22 de Setembro de 2020, Porto Velho - RO.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Boletim epidemiológico especial. Doença pelo Coronavírus COVID-19. Semana Epidemiológica 34. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/October/08/Boletim-epidemiologico-COVID-34.pdf> Acesso em: 10 de out. 2020, 12:40:00

PASCHOAL, Guto. Anciãos transmitem cultura indígena. *In*: **Revista IdadeAtiva**. SBPC/Labjor. Brasil, 2002.

SOUZA, Márcio. **Amazônia indígena**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2015. 1ª Edição. p 10.

VELDEN, Felipe. Povos Indígenas em Rondônia: Karitianas. 2003. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Karitiana#Hist.C3.B3rico_do_contato> Acesso em: 28 de set. 2020 às 16:40:00.

IBGE. Os indígenas no Censo Demográfico 2010. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf> . Acesso em 10 de fev. 2020, 15:00:00

GOVERNO FEDEDERAL. Vetos ao Projeto de Lei nº 1.142, de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2020/julho/vetos-ao-projeto-de-lei-n-1.142-de-2020>. Acesso em: 03 de set. 2020, 11:20:00.

BELTRÃO, Jane Felipe. VIDA & MORTE ENTRE POVOS INDÍGENAS. Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 9, n. 1, jan./jun. 2015, p. 206-238.

MPF. RECOMENDAÇÃO Nº 21/2020, 31 DE AGOSTO DE 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/ro/sala-de-imprensa/docs/Recomendao212020PRRO00029289.2020.pdf> Acesso em: 25 de set. 2020 09:45:00.

8

PAINEL 8
Democracia e totalitarismo nas questões de gênero e sexualidade

PAPEL DAS REGRAS INFORMAIS NA SELEÇÃO DE MULHERES PARA AS LISTAS CANDIDATAS À ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA EM PORTUGAL

Anabelly Pontes Cavalcante
Universidade de Aveiro, mestranda em Ciência Política
anabellypontes@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo refletir a respeito do papel das regras informais do jogo político na na seleção de mulheres para as listas que concorrem às eleições legislativas em Portugal. O estudo sistemático dessas normas não escritas no âmbito dos processos de recrutameto e seleção de candidatos surge nos anos 2000, sendo considerado recente na esfera da Ciência Política. Pesquisas mais recentes apontam duas regras informais predominantes que criam barreiras para o acesso das mulheres a posições elegíveis nas listas apresentadas pelos partidos políticos: o clientelismo e o networking informal. Este artigo apresenta alguns estudos das regras informais no âmbito dos processos partidários de recrutamento e seleção e faz uma breve análise do caso português a respeito dos partidos que se firmaram no cenário político após a redemocratização, em 1974; da influência do sistema eleitoral e da adoção da Lei de Quotas na representatividade política feminina a fim de compreender o cenário político em que as regras informais operam e como podem influenciar na ascensão das mulheres nas cadeiras do Parlamento.

Palavras-chave: Igualdade de gênero na política; Regras informais; Recrutamento e Seleção de candidatos; Networking informal; Clientelismo, Partidos políticos, Poder Legislativo,

Introdução

A igualdade de gênero é apontada na literatura contemporânea como uma das premissas para medir a qualidade de um regime democrático, além de outros componentes como eleições livres e justas, direitos fundamentais, liberdades civis, independência judicial, liberdade de imprensa, entre outros [1]. Nesse sentido, Lijphart (1999) , que influenciou diversos estudos na área da

[1] Instituto independente V-Dem[1]: referência internacional em indicadores da democracia: https://www.v-dem.net/en/about/about-v-dem/

ciência política a respeito de modelos democráticos, defende que a taxa de participação feminina nos parlamentos é um indicador relevante da qualidade democrática.

Dados de 2020 da organização internacional Inter-Parliamentary Union, "Women in Parliament" (IPU)[2] mostram que no universo de 193 países, somente 24 alcançaram a paridade entre homens e mulheres nas cadeiras da câmara baixa, com representação feminina a partir de 40%, que significa uma representação paritária de acordo com o critério de Dahlerup & Leijenaar (2013) aplicado à representação política. A constatação de que em apenas cerca de 12% dos países democráticos existe a paridade entre homens e mulheres no Parlamento mostra que a desigualdade de gênero na política é uma questão que merece atenção mundial.

Diante dos diversos fatores que impedem as mulheres de acessar o poder, Inglehart & Norris (2001) constroem uma tipologia que serviu de base para diversos estudos sobre a representatividade feminina no campo político. As autoras dividiram os fatores-chave em três categorias: socioeconômica, com análise de dados como escolaridade, condição social, proporção de mulheres em cargos de chefia, entre outros; cultural, que tem a ver com o modo como é visto o papel da mulher na sociedade, tradicionalmente limitado à esfera privada; e institucional, que vem ganhando cada vez mais importância na literatura uma vez que a atuação das instituições criam as condições para o acesso aos órgãos de decisão. (Costa, 2017).

O foco deste estudo está na esfera institucional, tendo como principais atores os partidos políticos, visto que o funcionamento do regime democrático nos moldes atuais depende destes atores, considerados a ponte para acessar a esfera do poder institucional. São eles que decidem *de facto* quem serão os deputados (Norris & Lovendusky, 1995). Diante do papel central dos partidos políticos no processo eleitoral, há um consenso na literatura de que a seleção de candidatos é um fator imprescindível para compreender a desigual representação política feminina nos países democráticos (Caul 1999, Dahlerup 2007, Matland 2005, Norris and Lovenduski 1993). Pesquisas mais recentes se debruçam no entendimento de como processos de recrutamento e seleção para listas candidatas podem influenciar o acesso das mulheres às esferas de poder político (Bjarnegård, 2013; Bjarnegård & Kenny, 2015, 2016; Cheng & Tavits, 2011;

[2] IPU: https://data.ipu.org/women-ranking?month=10&year=2020

Franceschet & Piscopo; Hinojosa, 2012; Kenny and Verge 2013; Krook 2009; Lovenduski and Norris, 1993; Murray, 2010a; Norris and Lovenduski, 1995; Verge and de la Fuente 2014).

Os processos de recrutamento e seleção de candidatos são determinados por critérios formais e informais. No âmbito formal, existem as leis que regulam o funcionamento dos partidos políticos, no caso de Portugal, a Lei dos Partidos Políticos determina em seu artigo 34º que haja "igualdade de oportunidades e imparcialidade no tratamento de candidaturas" [3]. Além disso, a Lei da Paridade, aprovada em 2006 e revista em 2019, determina 40% da representação mínima de cada sexo nas listas eleitorais de candidatos apresentados para a Assembléia da República, para o Parlamento Europeu, para os órgãos eletivos das autarquias locais e para as listas de candidatos a vogal das juntas de freguesia[4]. A literatura reconhece a importância de medidas de discriminação positiva como a introdução das quotas de gênero para o avanço da representatividade das mulheres nos Parlamentos. Apesar de algumas falhas em termos legais e de algumas divergências partidárias com relação à aplicação das quotas de gênero, é inegável que elas tiveram um papel importante ao levar para o centro de discussão a seleção de mulheres processos de recrutamento partidários. Os partidos se viram obrigados a "colocar o gênero na mesa "(Bjarnegård & Kenny, 2016, p.373).

Ainda na esfera formal, as regras escritas nos estatutos partidários também desempenham um papel importante na determinação de critérios de seleção de candidatos. Duas dimensões relevantes apontadas pela literatura com relação a estas regras formais estatutárias são os níveis de burocratização e de centralização. Estudos apontam que quanto mais burocratizado for o processo seletivo, mais normas escritas estarão disponíveis e mais claras serão as regras e requisitos, o que permite traçar estratégias que sejam favoráveis à seleção de mulheres. Com relação à centralização, também há um entendimento de que

[3] Lei dos Partidos (Lei Orgânica n.º 2/2003, de 22 de agosto : artigo 34.º Procedimentos eleitorais: 1-b) https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/Legislacao_Anotada/LeiPartidosPoliticos_Anotado.pdf

[4] Lei da Paridade nos Órgãos Colegiais Representativos do Poder Político: Lei Orgânica n.º 3/2006, de 21 de agosto (TP) https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/Legislacao_Anotada/LeiParidade_Simples.pdf

quanto mais centralizado, o processo pode favorecer a seleção de candidatas uma vez que a direção nacional dos partidos tende a seguir as normais formais partidárias. Portanto, geralmente, uma seleção centralizada e burocratizada tende a assegurar uma representação mais equilibrada, o que favorece as mulheres e demais grupos minoritários (Costa, 2017).

No entanto, os critérios formais não atuam sozinhos e estão sempre interagindo com as normas informais, foco deste estudo. As normas formais e informais que regem os processos de recrutamento e seleção de candidatos dos partidos políticos vêm ganhando notoriedade da literatura das últimas duas décadas de modo a explicar a representação desigual de género na esfera política (Bjarnegård & Kenny, 2015; Gallagher & Marsh, 1988; Hazan & Rahat, 2001; Kenny & Verge, 2016). Importante ressaltar que o caráter informal e "oculto" que permeia os processos partidários de seleção de candidatos torna difícil o acesso às informações a respeito desses procedimentos internos (Bjarnegård & Kenny, 2016). Piscopo (2016) chama atenção para o fato de que as regras informais não estarem escritas não significa que são invisíveis. A autora destaca que práticas informais que excluem as mulheres dos processos de seleção ou resultam na concentração de candidatas em posições inelegíveis nas listas é um fator reconhecido pelos atores políticos

Portanto, para atingir objetivo do projeto de pesquisa em questão no sentido de avançar na compreensão do papel das normas informais na seleção de candidatas para a Assembleia da República em Portugal, optou-se pelo método de análise documental dos estatutos dos partidos para perceber o nível de burocratização e de centralização dos processos de seleção de candidatos de cada partido político analisado. Já para compreender a informalidade nos processos de seleção partidários e responder a questão principal de investigação, será utilizado o método qualitativo de entrevistas semiestruturadas. Estas entrevistas serão realizadas com dois grupos de militantes dos partidos: candidatas eleitas e candidatas não eleitas presentes nas listas partidárias das três últimas eleições para que seja feita uma análise longitudinal neste escopo temporal. Os partidos políticos analisados serão: PS, PSD, BE, PCP e CDS-PP. Estes são os cinco partidos com maior representatividade na Câmara no período dos três últimos mandatos legislativos: XIV Legislatura (2019 - atual); XII Legislatura (2015-2019); e XII Legislatura (2011-2015).

Neste artigo, será apresentada a literatura mais recente a respeito da influência das normas informais na seleção de mulheres para os órgãos de decisão

política assim como a relevância que este tema vem ganhando na área da Ciência Política. O artigo também traz uma breve análise do caso português após a redemocratização e os principais partidos que se firmaram no cenário político, assim como a relevância do sistema eleitoral adotado no país na representatividade feminina. Em seguida, será abordada a metodologia proposta para o projeto de pesquisa em questão, que ainda está e andamento, na fase de realização das entrevistas de campo. Portanto, o objetivo deste artigo é apresentar o projeto de pesquisa que se propõe a responder a questão de investigação já apresentada, mostrar o estado da arte, o contexto português, a metodologia em curso e, por fim, o contributo deste estudo para compreensão da desigualdade de gênero nas esferas do poder político.

1. REGRAS INFORMAIS NO JOGO POLÍTICO

As normas informais ganham destaque na ciência política recentemente como um fator relevante para compreender o funcionamento das instituições democráticas. Helmke & Levitsky (2004) foram pioneiros no estudo sistemático das instituições informais , as quais definem como normas "compartilhadas socialmente, geralmente não escritas, que são criadas, comunicadas e aplicadas fora dos canais oficialmente sancionados" (p.727). Portanto, essas regras não cumprem nenhum princípio de transparência e tampouco estão disponíveis ao acesso público pelos canais oficiais, o que as tornam, muitas vezes, instituições invisíveis, difíceis de serem identificadas. Segundo os autores, as instituições informais estão presentes em todas as sociedades, em diferentes formas, e se beneficiam da fraqueza das instituições formais.

A partir dos anos 2000, as normas informais do jogo político começaram a ser reconhecidas como um fator importante para explicar a subrepresentação política das mulheres e alguns estudos sistemáticos começaram a surgir sob essa ótica. Especificamente as instituições informais presentes nos processos de recrutamento e seleção têm recebido uma atenção particular em estudos mais recentes (Bjarnegård, 2013; Bjarnegård & Kenny, 2015, 2016; Cheng & Tavits, 2011; Franceschet & Piscopo, 2014; Hinojosa, 2012; Kenny, 2013; Murray, 2010a; Verge & Claveria, 2016). Algumas pesquisas se dedicam em examinar como as quotas de género, consideradas novas regras formais, interagem com as práticas informais que influenciam os processos de recrutamento e de seleção (Kenny and Verge 2013; Krook 2009; Verge and de la Fuente 2014).

No entanto, Piscopo (2016) chama atenção para o fato de que as regras informais não estarem escritas não significa que são invisíveis. A autora destaca que práticas informais que excluem as mulheres dos processos de seleção ou resultam na concentração de candidatas em posições inelegíveis nas listas é um fator reconhecido pelos atores políticos. Além disso, uma vez selecionados por processos informais, esses candidatos se tornam oficiais quando registrados junto aos órgãos reguladores eleitorais (p.490). Ou seja, as normas informais que retiram as mulheres de posições elegíveis conseguem de, alguma forma, ter sua legitimidade formal quando a lista de candidatos se torna oficial, comprovando a simbiose entre formalidade e informalidade nesses processos de seleção partidários.

Embora as regras informais possam legitimar e fortlacecer alguns procedimentos formais, elas também atuam frequentemente como uma barreira para a interpretação das regras escritas para regras em uso (Helmke e Levitsky 2006b; Bjarnegård e Kenny 2015). Se as normais informais tiverem um elevado nível de institucionalizaçao comparado com a dimensão formal, elas conseguem, até mesmo, corromper processos formais como as quotas de género legislativas a exemplo do México, no caso das Juanitas. Portanto, as práticas informais presentes no recrutamento partidário que resultam em uma segmentação de género ganham atenção especial da literatura ao tentar revelar a "caixa preta" ou o "jardim secreto" que são desconhecidos do eleitorado (Annesley 2015; Bjarnegård 2013; Bjarnegård & Kenny 2015; Cheng & Tavits 2011; Franceschet & Thomas 2015; Johnson 2016; Verge 2015; Verge & de La Fuente 2014). Ao começamos a revelar as regras informais, "precisamos começar a perguntar a quem essas regras informais servem e protegem, e por quê" (Bjarnegård & Kenny, 2015, p.752).

Nesses estudos mais recentes que analisam especificamente as instituições informais presentes nos processos de seleção e recrutamento partidários percebemos que algumas regras informais aparecem com mais frequência como barreiras enfrentadas pelas aspirantes femininas. O clientelismo é um exemplo clássico e, em muitos países, uma rede clientelar forte é um pré-requisito informal para se tornar um candidato , reafirmando a premissa de que o mais importante é "quem você conhece" (Bjarnegård 2013; Franceschet and Piscopo 2014). Bjarnegård (2013) analisa o caso da Tailândia e mostra que o clientelismo favorece candidatos masculinos assim como a tendência "homosocial" em que candidatas levam desvantagem em uma estrutura patriarcal

partidária na qual tanto aspirantes femininas quanto masculinos geralmente precisam negociar com homens para acessar o poder.

O caso da Tailânda é comparado ao da Escócia em estudo de Bjarnegård & Kenny (2016). As autoras exploram os aspectos informais e suas consequências no desequilíbrio de género dos processo de seleção de candidatos e identificaram que em ambos os países o *networking* informal cria um ambiente desfavorável para as mulheres, já que os homens estão em posição de decidir as regras do jogo, principalmente a nível local. Nos dois contextos também há uma contradição entre a centralização partidária formalizada e a prática descentralizada informal na tomada de decisões, que tem implicações no processo de seleção de candidatos. O *networking* informal também é apontado como uma barreira enfrentada pelas candidatas na Argentina (Franceschet & Piscopo, 2014).

Ao analisar o caso do Uruguai, Johnson (2016) identificou que não existem regras formais na maioria dos processos de seleção de candidatos dos partidos uruguaios, o que favorece a manutenção da hegemonia masculina. De acordo com o estudo, o modelo dominante é o que Norris e Lovenduski (1995) chamam de recrutamento patronal, com base em julgamentos informais e subjetivos levando em consideração se o aspirante é "um de nós". A autora conclui que a introdução de lei de quotas não implicou em uma mudança automática nas práticas de seleção de candidatos em que os homens continuam a gozar de uma posição privilegiada já que são os responsáveis por definir as regras. Com relação à posição de quem detém o poder de escolha no recrutamento, Cheng & Tavits (2011) observaram que a composição de gênero dos selecionadores desempenha um papel crucial para incentivar ou desencorajar mulheres a se candidatarem ao analisarem potenciais influências informais no processo de recrutamento de candidatos no Canadá.

O estudo comparativo dos partidos da Catalunha realizado por Verge & de La Fuente (2014) aponta cinco principais tipos de práticas informais que contribuem para sustentar a dominância masculina sobre as mulheres no âmbito partidário: os rituais genderizados nas atividades diárias dos partidos, como, por exemplo, fazer referências às ideias de militantes do sexo masculino para legitimar algum argumento apresentado por uma mulher ; a vigilância excessiva da performance das mulheres; sanções informais genderizadas; *networking* informal; e o tempo, sempre enfatizado que este é um recursso mais escasso para as mulheres, que sofrem de fato com a má distribuição de tarefas em casa e

geralmente não estão disponíveis para os encontros informais fora das reuniões partidárias (P.72–73).

Já Piscopo (2016) traz um caso excepcional em que mulheres dos partidos políticos no Mexico conseguem, por meio de práticas informais, ultrapassar o *status quo* de exclusão feminina dos processos de seleção de candidatos e impor mudanças nesses processos em seu favor. As elites femininas construíram redes informais e partidárias que, em colaboração com reguladores governamentais, eliminou práticas de alocar mulheres em posições menos elegíveis, mostrando que as regras informais também têm poder de reverter o desequilíbrio de género.

Apesar do avanço mais recente dos estudos com relação às regras informais no âmbito de recrutamento e seleção partidária e sua influência na representatividade política das mulheres, a literatura sobre o tema ainda reduzida se comparada à abordagem das normas formais até por conta da maior dificuldade em acessar informações a respeito de normas que não estão escritas, que são práticas fomentadas e perpetuadas por determinados grupos, muitas vezes, difíceis de serem identificadas. Por isso, o processo seleção de candidatos é chamado de "caixa preta" por Kenny & Verge (2016) e de "jardim secreto da política" por Gallagher & Marsh (1988).

No contexto sociopolítico em que as mulheres estão em posição de desvantagem com relação aos homens, a informalidade pode contribuir, e muito, para a reprodução e manutenção dessa desigualdade de género nas esferas do poder político. Portanto, pretende–se avançar um pouco mais na compreensão desta lacuna com o estudo de caso de Portugal, já que, até o presente momento, ainda não há um estudo sistemático mais dedicado especificamente à identificação das intituições informais que permeiam os processos de recrutamento e seleção dos principais partidos portugueses e como isso afeta o acesso das mulheres em lugares elegíveis nas listas de candidatos.

1. CASO PORTUGUÊS

O direito ao voto é o primeiro passo na esteira da cidadania e está diretamente relacionado à representatividade nas democracias modernas. Ao analisarmos o caso português, observamos que o direito ao voto sem restrições foi concedido tardiamente às mulheres portuguesas, sendo Portugal o último país no âmbito europeu a alcançar o sufrágio universal, em 1974 (Freire, 2011). Foi

após a redemocratização que as portuguesas passaram a usufruir de seus direitos civis plenos, o que inclui o direito de votar sem restrições e de serem eleitas em todas as esferas políticas.

Apesar da participação das mulheres na luta pela retomada da democracia com a Revolução de 1974, elas ficaram de fora quando foi desenhada a Constituição de 1976, formulada pela elite política partidária composta esmagadoramente por homens. "A igualdade produzida pela Revolução foi uma igualdade formal, sem a voz das mulheres, por isso uma igualdade armadilhada" (Ferreira, 2000b). Nesse cenário, os partidos políticos começam a se institucionalizar como uma potência hegemônica que domina todo o espaço de mobilização social, absorvendo outros movimentos e deixando de lado suas ligações com as bases e com grupos sociais (Jalali, 2007).

Essa característica de distanciamento entre cidadãos e partidos políticos é característica das democracias que surgiram na chamada terceira vaga[5] na qual Portugal foi pioneiro. Os partidos políticos que surgem nessa vaga, iniciada na década de 1970, não são mais os partidos de massas como eram nas democracias anteriores. Eles passam a abrir mão de uma forte identidade ideológica para agradar o maior número de eleitores possível, transformando-se em partidos *catch-all*[6]. De acordo com Jalali (2017), nas democracias de terceira vaga há uma relação menos sólida entre partidos e cidadãos. "(...) temos partidos ideologicamente mais flexíveis e organizacionalmente menos densos, resultando num enraizamento social mais fraco" (p.67). Os partidos portugueses seguiram essa mesma lógica de natureza *catch-all*, com exceção do Partido Comunista Português (Jalali, 2017, p.68).

Nas primeiras eleições democráticas para a Assembleia Constituinte, em 1975, e nas legislativas, em 1976, dois partidos dominaram a cena política: à esquerda, o Partido Socialista (PS) e, com um espectro programático de centro-esquerda, o Partido Social Democrata (PSD)[7], que após esse momento inicial do

[5] Termo cunhado por Huntington (1993) que define "vagas" ou "ondas" democráticas quando há um aumento significativo do número de países democráticos num determinado momento histórico.

[6] Partidos catch all: terminologia de Otto Kirchheimer (1966) para definir os partidos que surgem após a II Guerra Mundial com interesse em atrair o maior número de eleitores possível, independente da linha ideológica, ao contrário da estratégia política dos partidos de massa.

[7] A história da criação do PSD corrobora com essa estratégia catch all: "Na verdade, embora o objectivo principal da sua criação tivesse sido a ocupação do espaço político

pós-revolução se firmaria como um partido de direita. O sistema partidário[8] português configurou-se em torno desses dois eixos centrais de competição (Jalali, 2017). Tradicionalmente, PS e PSD costumam ocupar juntos cerca de 80% dos assentos na Assembleia da República (Espírito-Santo & Verge, 2014, p.5).

Apesar do PS e PSD dominarem a arena política se alternando no poder e ocupando tantos assentos ao longo dos anos, outros partidos políticos acabam por ter representação relevante a nível de poder de decisão ao longo dessa era democrática. Podemos destacar o Partido Comunista Português (PCP), o Centro Democrático e Social (CDS), o Bloco de Esquerda (BE), fundado na década de 1990, e mais recentemente, nas legislativas de 2019, o Partido Animais e Natureza (PAN), que conquistou quatro cadeiras das 230. Com isso, o sistema partidário português pode ser considerado multipartidário, até mesmo pelo sistema eleitoral de Representação Proporcional (RP) adotado no país.

Ao falarmos de sistemas bipartidários, esses são formados por sistemas eleitorais cuja conversão de votos em mandatos é feita pelo método maioritário, segundo as leis de Duverger (1972). Já o sistema eleitoral português, de RP, tem um mecanismo de contagem de votos que permite mais partidos acessarem o poder, formando um sistema multipartidário, de acordo com as mesmas leis de Durverger. Isso reflete uma maior representação dos diversos grupos da sociedade nos cargos políticos, incluindo as mulheres. Há um consenso na literatura de que o sistema de RP é o mais favorável à eleição feminina, principalmente nos países ocidentais cujas democracias são consolidadas (Lijphat 1999; Norris 2000; Rule 1994).

No âmbito do sistema eleitoral de representação proporcional há, ainda, um outro fator relevante que é a modalidade das listas de candidatos ofertadas pelos partidos políticos, que pode ser aberta para a escolha livre do candidato pelo eleitor ou fechada em duas categorias: bloqueadas e não-bloqueadas /

mais à direita deixado livre pelo PS, na convicção de que essa seria a tendência natural do eleitorado português, a conjuntura revolucionária levou a que adaptasse o seu programa ao «centro-esquerda» o que lhe permitiu aceder, ainda que de forma limitada, ao poder político, participando em 5 dos 6 Governos Provisórios ao lado dos socialistas e dos comunistas" (Costa, 2010, p.83)

[8] Sartori define sistema partidário a partir das premissas de interação e competição, sendo um sistema partidário não somente um conjunto de partidos em um sistema político, mas a interação entre eles em um cenário de competição (1976, p. 43-44).

flexíveis[9]. Nas listas fechadas bloqueadas, como é o caso de Portugal, os partidos políticos determinam a ordem dos candidatos e o eleitor não pode elencá-los por sua ordem de preferência, ou seja, votam na legenda partidária. Nessa categoria, as mulheres têm uma chance ainda mais elevada uma vez que os partidos políticos podem elencar as candidatas femininas nas primeiras posições das listas. Muitos estudos apontam que o conjunto que engloba o sistema eleitoral de representação proporcional com listas fechadas em círculos de grande magnitude favorece a eleição feminina (Caul 1999; Reynolds 1999; Matland 2005; Paxton, Hughes e Painter 2010; McAllister e Studlar 2002).

De acordo com Espírito-Santo (2006), o sistema eleitoral vigente em Portugal pode ser classificado como "um dos mais favoráveis às mulheres", porém, apresenta algumas características que impedem o país de ser o modelo mais benéfico à representação política feminina, justamente pelo desenho dos círculos eleitorais de pequena magnitude.

> Se não fosse o facto dos doze dos vinte e dois círculos em que o território eleitoral está dividido serem de pequena dimensão e da fórmula eleitoral utilizada ser do método de Hondt, que é a menos proporcional dentro das fórmulas proporcionais, poder-se-ia dizer que Portugal dispunha das condições institucionais ideais para eleição de mulheres (Espírito-Santo, 2006, p. 27).

Um aspecto importante a ser considerado é que sistema eleitoral em si ser favorável à eleição de mulheres não garante uma maior representatividade feminina na política. Para que as regras do sistema eleitoral sejam otimizadas no sentido de trazer mais candidatas para posições elegíveis nas listas é fundamental a ação dos partidos políticos, que decidem de facto quem entra e quem sai da disputa eleitoral. Peculiarmente no caso português, em que as listas são fechadas e bloqueadas, o poder dos partidos ainda é maior do que nos sistemas de eleição em que as listas são abertas ou flexíveis. Portanto, é preciso que os partidos estejam comprometidos em equilibrar suas listas para que homens e mulheres tenham as mesmas chances de vencer a disputa eleitoral já que , de acordo com Moser (2011), os efeitos benéficos do sistema eleitoral para a representação política feminina podem ser enfraquecidos pela atuação dos partidos políticos.

[9] Nas listas fechadas não-bloqueadas ou flexíveis há um ordenamento prévio realizado pelos partidos politicos mas os eleitores têm a chance de enumerar os candidatos de acordo com suas preferências.

Outro fator relevante no cenário protuguês foi a aprovação da Lei da Paridade, em 2006, com revisão em 2019. Os efeitos da Lei da Paridade em Portugal têm sido objeto de diversos estudos (Amâncio & Santos, 2012; Espírito-Santo, 2015; Espírito-Santo & Verge, 2014). Em 2018, a Secretaria de Estado encomendou uma pesquisa para a Comissão de Cidadania e a Igualdade, que analisou a evolução da presença de mulheres e homens na política nos diferentes níveis de governo a fim de averiguar o impacto da Lei de Paridade desde a sua implementação, em 2009. Segundo conclusões do estudo, os resultados são positivos no âmbito das eleições europeias e a lei tem sido cumprida, em seus critérios mínimos, nas eleições legislativas. Porém, no nível autárquico, foi identificado, ainda, o descumprimento da lei por muitos partidos.[10]

A implementação das quotas é um marco importante na mudança de comportamento dos partidos políticos e isso tem efeito direto nos processos de recrutamento e de seleção de candidatos. Os partidos precisam preencher suas listas candidatas com um maior número mulheres do que estavam habituados antes da implementação da Lei da Paridade. Esses critérios de seleção de candidatos, por sua vez, são permeados por critérios formais e, principalmente, por normas informais, objeto de estudo do projeto de pesquisa.

3. METODOLODIA DO PROJETO DE PESQUISA

O objetivo desta pesquisa é identificar qual o papel das regras informais na seleção de mulheres para a lista candidata para a as eleições para a Assembleia da República. Em pesquisas mais recentes a respeito das normas informais em contextos de outros países, duas regras informais aparecem com mais destaque como barreiras enfrentadas pelas candidatas no âmbito do recrutamento partidário. São elas o clientelismo e o networking informal (Bjarnegård, 2013; Bjarnegård & Kenny, 2015, 2016; Cheng & Tavits, 2011; Franceschet & Piscopo, 2014; Hinojosa, 2012; Kenny, 2013; Johnson (2016) ; Murray, 2010a; Verge & Claveria, 2016).

Diante deste cenário, as hipóteses giram em torno destas duas barreiras informais que são mais recorrentes na literatura. Vale salientar que o estudo das

[10] Pesquisa intitulada "Balanço da implementação da Lei da Paridade em diferentes níveis de governo: análise longitudinal". Fonte: https://www.cig.gov.pt/2018/03/balanco-da-implementacao-da-lei-da-paridade-diferentes-niveis-governo-analise-longitudinal/

regras informais no âmbito da ciência política surge nos anos 2000 (Helmke & Levitsky, 2004). O estudo sistemático destas normais não escritas como obstáculos para a acessão das mulheres aos órgãos de decisão política é mais recente ainda, a partir dos anos 2010 (Bjarnegård, 2013; Bjarnegård & Kenny, 2015, 2016; Cheng & Tavits, 2011; Franceschet & Piscopo, 2014; Hinojosa, 2012; Kenny, 2013; Johnson, 2016; Murray, 2010a; Verge & Claveria, 2016). Como em Portugal ainda não há um estudo sistemático da influência destas regras informais na exclusão de mulheres no âmbito do recrutamento partidário, o objetivo desta pesquisa é avançar na compreesão desta lacuna.

Portanto, em princípio, serão averiguadas quatro hipóteses. A primeira será confirmar se as regras informais têm um papel importante na exclusão de mulheres das listas candidatas nos principais partidos políticos em Portugal (os cinco partidos com maior representatividade na Câmara). A segunda pretende averiguar se o clientelismo e o networking informal são predominantes na esfera do processo de recrutamento dos partidos analisados e se tendem a favorecer a seleção de homens em detrimento de mulheres. A terceira hipótese é baseada em estudos anteriores que apontam que quanto mais burocratizado for o processo de seleção de candidatos, maior a chance das mulheres serem selecionadas para as listas candidatas em posições elegíveis. Já a quarta hipótese pretende verificar se quanto mais centralizado o processo de seleção de candidatos, maior a chance das mulheres serem selecionadas para as listas candidatas em posições elegíveis, conforme apontam alguns estudos anteriores.

Para checar as hipóteses e responder à questão de investigação, optou-se pelo método qualitativo de pesquisa com a realização de entrevistas semiestruturadas e também pelo método de análise documental dos estatutos dos partidos. As entrevistas serão realizadas com dois grupos de militantes dos partidos: candidatas eleitas e candidatas não eleitas presentes nas listas partidárias das três últimas eleições em uma análise longitudinal. Os partidos políticos analisados serão: PS, PSD, BE, PCP e CDS-PP. Estes são os cinco partidos com maior representatividade na Câmara no período dos três últimos mandatos legislativos: XIV Legislatura (2019 - atual); XII Legislatura (2015-2019); e XII Legislatura (2011-2015).

Como o objetivo é observar as regras informais que permeiam os processos de seleção de candidatos nestes partidos com maior representatividade na Câmara, o método de entrevistas semiestruturadas permite que o entrevistado tenha espaço para falar mais abertamente sobre as suas percepções. As

entrevistas serão guiadas por pautas, com uma lista de temas a serem abordados. De acordo com Gil (1999), este tipo de entrevista, com certo grau de estruturação e com os pontos de interesse ordenados pelo entrevistador, acaba por deixar o entrevistado mais à vontade para falar livremente. Há, ainda, espaço para o entrevistado introduzir questões que sejam relevantes e que possam complementar os temas já abordados.

As entrevistas serão realizadas preferencialmente via internet, pelas plataformas de videoconferência, de forma sincronizada e em tempo real. A escolha de realizar-se entrevistas on-line deve-se ao atual cenário pandêmico causado pela Covid-19. Com relação às entrevistas via on-line, algumas barreiras são apontadas na literatura como as dificuldades de acesso à internet pelo entrevistado ou mesmo limitações pessoais de acessar alguns aplicativos de videoconferências (James & Busher, 2012). No entanto, estas barreiras não devem se aplicar às entrevistadas em questão já que a própria atividade parlamentar exige conexão com a internet e, diante da pandemia, este grupo já deve estar muito familiarizado com as plataformas on-line de reunião. Existe, no entanto, o risco de perda de conexão com a internet durante a conferência, o que seria prejudicial para a recolha de dados. Por este motivo, o tempo das entrevistas será previamente acordado e cronometrado de modo a cumprir o cronograma de perguntas e respostas em um limite de tempo que minimize tais impactos.

No que diz respeito às questões éticas, o anonimato será garantido às interlocutoras. Elas deverão autorizar a gravação de áudio de suas falas tendo em vista garantir a credibilidade das informações fornecidas, sob prerrogativa de que o uso deste conteúdo será exclusivo para fins desta pesquisa. Esta condição também garante a legitimidade das informações e as gravações e transcrições podem ser apresentadas como provas materiais em casos de alguma contestação por parte dos entrevistados.

Partidos analisados

De acordo com dados atualizados em outubro de 2020 pela Comissão Nacional de Eleições[11], Portugal tem hoje 25 partidos políticos registrados. Para a abordagem desta pesquisa, optou-se por escolher os cinco partidos com maior

[11] Fonte: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/pp_contactos/pp_contactos_partidos_inscritos_tc.pdf

representatividade política na Assembleia da República nas últimas três legislaturas: XIV Legislatura (2019 - atual); XIII Legislatura (2015-2019); e XII Legislatura (2011-2015). Segundo Jalali (2003), quatro partidos dominam continuamente o cenário político no parlamento português desde a democratização, em 1974: " (...) à direita, o Partido do Centro Democrático Social-Partido Popular (CDS-PP); no centro-direita, o Partido Social-Democrata (PSD); no centro-esquerda, o Partido Socialista (PS); à esquerda dos socialistas, o Partido Comunista Português (PCP)" (p.549).

Além dos quatro partidos citados por Jalali (2003), o Bloco de Esquerda (BE) também será analisado nesta pesquisa. O BE despontou no cenário político português em 1999[12] e nas últimas três legislaturas tem ocupado número de cadeiras que lhe dá algum poder de decisão no Parlamento.

Composição do Parlamento - XIV Legislatura

PARTIDO	MANDATOS
PS	**108/230**
PPD/PSD	**79/230**
BE	**19/230**
PCP	**10/230**
CDS/PP	**5/230**
PAN	**4/230**
PEV	**2/230**
IL	**1/230**
L	**1/230**
CH	**1/230**

Fonte: Assembleia da República[13]

[12] Fonte: Website do Bloco de Esquerda: https://www.bloco.org/o-bloco/hist%C3%B3ria.html

[13] Disponível em: https://www.parlamento.pt/Parlamento/Paginas/ResultadosEleitorais.aspx

Composição do Parlamento - XIII Legislatura

PARTIDO	MANDATOS
PPD/PSD	89/230
PS	86/230
BE	19/230
CDS/PP	18/230
PCP	15/230
PEV	2/230
PAN	1/230

Fonte: Assembleia da República[14]

Composição do Parlamento - XII Legislatura

PARTIDO	MANDATOS
PPD/PSD	108/230
PS	74/230
CDS/PP	24/230
PCP	14/230
BE	8/230
PEV	2/230

Fonte: Assembleia da República[15]

Análise de dados

Após realizadas as entrevistas, e as respectivas transcrições na íntegra de cada uma delas, a análise de dados será feita com base nos discursos, comparando as similaridades e diferenças de abordagem dos trechos mais relevantes de cada

[14] Disponível em: https://www.parlamento.pt/Parlamento/Paginas/ResultadosEleitoraisAnteriores.aspx

[15] Disponível em: https://www.parlamento.pt/Parlamento/Paginas/ResultadosEleitoraisAnteriores.aspx

tópico proposto na pauta de entrevista. Ao analisar os discursos, estes serão elencados e comparados com a literatura existente sobre regras informais que criam barreiras para as mulheres no âmbito dos processos de recrutamento e seleção de candidatos. Portanto, haverá uma categorização por temas em que serão cruzados os dados de todas as entrevistadas para análise qualitativa.

Considerações Finais

O direito das mulheres de participarem ativamente da política lhes foi vedado logo no momento em que nascia a democracia, com o grito de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Em 1789, no primeiro ano da Revolução Francesa, a Assembleia Constituinte aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo texto fundou e inspirou as democracias modernas. No entanto, as mulheres não estavam contempladas no que se compreendia por "cidadão" e tampouco seus direitos estavam garantidos nesta era democrática que se anunciava. Atenta à contradição do lema revolucionário e à nova constituição que não contemplava os direitos das mulheres, a dramaturga Olympe Gouges pediu, na altura, a palavra na tribuna, onde somente os homens tinham voz, e solicitou a aprovação da "Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã", redigida por ela. Esse texto, que pedia representatividade das mulheres na Assembleia Nacional assim como a extensão ao sexo feminino dos benefícios do nova lei, foi considerado extravagante pelos legisladores, que defendiam uma diferença "natural" de género em que cabia às mulheres o cuidado da família e aos homens, o governo da esfera pública[16]. Poucos anos mais tarde, em 1793, Olympe morreria na guilhotina condenada por sua atuação política. Assim, neste contexto em que "Igualdade" contemplava somente os do sexo masculino, começava a se construir o modelo de democracia representativa que hoje conhecemos.

Mais de 230 anos se passaram após a Revolução Francesa e milhares de mulheres no mundo foram mártires da mesma luta por direitos iguais. Hoje, após dois séculos de lutas feministas e movimentos sufragistas, as constituições dos países de regime democrático garantem às mulheres o direito de votar e de serem

[16] O pensamento de que a mulher deveria permanecer fora do espaço de vida pública era defendido por pensadores e filósofos influentes da época como Jean-Jacques Rousseau. Mais informações em: Schmidt, J.(2012). As Mulheres na Revolução Francesa. Revista Thema.

eleitas. Porém, elas ainda são minoria nos órgãos de poder político e a desigualdade de género ainda persiste nas nossas tribunas modernas.

Dados de 2019 mostram que 53% da população portuguesa é composta por mulheres[17]. Porém, em termos de representação legislativa na Assembléia da República, as mulheres ocupam 40% das cadeiras, sendo Portugal o 23º país no ranking mundial do IPU[18] que mede a porcentagem de mulheres nos parlamentos de 193 países democráticos.

Sabemos que ações de discriminação positiva, como a Lei da Paridade em Portugal, trouxeram avanços importentes em termos de representatividade numérica feminina. Estudos apontam que a maioria dos países democráticos que evoluiu no sentido de ter mais mulheres em cargos políticos introduziu algum tipo de quota eleitoral (Dahlerup et al. 2008). Porém, sabemos também que as leis e normas escritas muitas vezes não são sufucientes para corrigir um probema estrutural como a desigual representatividade entre homens e mulheres nos órgãos de decisão política tanto em Portugal quanto a nível mundial, cujos números são ainda mais alarmantes.

Neste sentido, ao avançar na compreensão das normas informais do jogo político e entender o papel destas regras no âmbito do processo de seleção partidário pode ter um contributo de trazer para conhecimento público barreiras difíceis de serem identificadas e que podem estar prejudicando o avanço de um grupo da sociedade que precisa ser representado. Os espaços legislativos ocupados de forma majoritária por homens significa, também, que a perspectiva das mulheres, que inclui suas posições sociais e experiências de vida, pode não ser devidamente representada (Young, 2006).

Portanto, a contribuição do projeto de pesquisa apresentado neste artigo será avançar na percepção das normas não escritas na seleção de mulheres para as listas candidatas dos partidos políticos em Portugal de modo a colaborar na compreensão de um dos múltiplos fatores que ainda persistem em perpetuar a desigualdade de género nas esferas políticas comprometendo a qualidade da democracia.

---

[17] Fonte: PORDATA: População residente, média anual: total e por sexo. Disponível em: https://www.pordata.pt/Portugal/Popula%C3%A7%C3%A3o+residente++m%C3%A9dia+anual+total+e+por+sexo-6

[18] IPU: https://data.ipu.org/women-ranking?month=10&year=2020

REFERÊNCIAS

Amâncio, L. & Santos, M.H. (2012). Género e política : Análise sobre as resistências nos discursos e nas práticas sociais face à lei da paridade. Sociologia, Problemas e Praticas, V. 68 (79-101).

Ashe, Jeanette & College, Douglas (2017). Women's Legislative Underrepresentation: Enough Come Forward, (Still) Too Few Chosen. Canadian Journal of Political Science 597–613.

Baum, Michael & Espírito-Santo, Ana (2012). Portugal's Quota-Parity Law: An Analysis of its Adoption, West European Politics, 35:2, 319-342.

Bjarnegård, Elin. 2013. Gender, Informal Institutions and Political Recruitment: Explaining Male Dominance in Parliamentary Representation. Palgrave Macmillan.

Bjarnegård, E. and Kenny, M. (2016), 'Comparing Candidate Selection: A Feminist Institutionalist Approach', Government and Opposition, 51(3): 370–92.

Bjarnegård, Elin & Zetterberg, Pär (2019). Political Parties, Formal Selection Criteria, and Gendered Parliamentary Representation. Party Politics, vol. 25 (3) 325–335.

Caul, M. (1999). Women's Representation in Parliament: The Role of Political Parties. Party Politics, 5(1), 79–98.

Cheng, Christine & Tavits, Margit. (2011). Informal Influences in Selecting Female Political Candidates. Political Research Quarterly 64(2) 460– 471, Sage.

Costa, Edna. (2017). A Representação Política Feminina: Explorando os Caminhos do Poder. Variedades de Democracia na Europa do Sul. 255 – 301

Dahlerup, Drude. 2013. Atlas of Electoral Gender Quotas. Estocolmo: International IDEA.

Dahlerup, Drude, ed. (2006). Women, Quotas and Politics. New York: Routledge.

Dahlerup, Drude. (2007). Electoral Gender Quotas: Between Equality of Opportunity and Equality of Result. Representation, 43, 73–92.

Dahlerup, Drude & Lenita Freidenvall (2005). 'Quotas as a "Fast Track" to Equal Political Representation for Women: Why Scandinavia Is No Longer the Model', International Feminist Journal of Politics, 7:1, 26–48.

Duverger, Maurice (1972). Factors in a Two-Party and Multiparty System in Party Politics and Pressure Groups. (New York: Thomas Y. Crowell, 1972), pp. 23–32.

Flexner, Eleanor (1959). Century of Struggle: The Woman's Rights Movement in the United States. Belknap Press of Harvard University Press.

Espírito-Santo, Ana. (2006) Para além das cerejas...: as mulheres nos principais partidos politicos portugueses. Lisboa: Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa.

Espírito-Santo, Ana. & Verge,Tània. (2014). Interactions between party and statutory quotas: Gendered political recruitment after quota adoption in Portugal and Spain. ECPR Joint Sessions of Workshops, Salamanca.

Franceschet, Susan & Piscopo, Jennifer M. (2014). Sustaining Gendered Practices? Power, Parties, and Elite Political Networks in Argentina. Comparative Political Studies, Vol 47(1) 85–110.

Freire, André (2011). <<Eleições, Sistemas Eleitorais e Democratização>>, in André Freire (coord), Eleições e Sistemas Eleitorais no Século XX Português (Lisboa: Edições Colibri, Fundação Mário Soares, Instituto de História Contemporânea, 2011), pp.25-81.

Gil, A.C. (1999). Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 5 ed. São Paulo: Atlas.

Hazan, Reuven Y., and Gideon Rahat. 2010. Democracy within Parties. Candidate Selection Methods and their Political Consequences. New York: Oxford University Press.

Helmke, G. & S. Levitsky (2004) Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda. Perspectives on Politics, 2, 725–740.

Helmke, G. & S. Levitsky (2006) Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America. Baltimore, MD, John Hopkins University Press.

Jalali, C. (2003). A investigação do comportamento eleitoral em Portugal: história e perspectivas futuras, Análise Social, vol. XXXVIII (167), 545-572.

Jalali, Carlos (2007). Partidos e Democracia em Portugal – 1974-2005. Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais.

Jalali, Carlos (2017). Partidos e sistemas partidários. Fundação Francisco Manuel dos Santos.

Johnson, Niki (2016). Keeping Men In, Shutting Women Out: Gender Biases in Candidate Selection Processes in Uruguay. Government and Opposition, Vol. 51, No. 3, pp. 393–415.

Kenny, Meryl (2013). Gender and Political Recruitment: Theorizing Institutional Change. Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Kenny, Meryl & Verge, Tània (2016). Opening Up the Black Box: Gender and Candidate Selection in a New Era. Government and Opposition, 51, pp 351-369.

Kirchheimer, Otto. 1966. "The transformation of the Western European party systems". In: LaPALOMBARA, Joseph & WEINER, Myron (orgs.). Political parties and political development. New Jersey: Princeton University Press, p. 177-200.

Lijphart, Arend. (1999). Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries. New Haven: Yale University Press.

Norris, Pippa (2013) Recrutamento Político. Revista de Sociologia e Política, V.21, Nº46: 11– 32.

Norris, Pippa (2004). Electoral engineering. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Norris, Pippa, and Ronald Inglehart (2003). Rising tide: Gender equality and cultural change around the world. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Norris, Pippa, and Joni Lovenduski (1993). "If only more candidates came forward": Supply-side explanations of candidate selection in Britain. British Journal of Political Science 23 (3): 373-408.

Matland, Richard E. (2005). Enhancing Women's Political Participation: Legislative Recruitment and Electoral Systems. IN J. Ballington & A. Karam (Eds.) Women in Parliament: Beyond Numbers. Stockholm, International IDEA.

Matland, Richard E. (1998). Women's Representation in National Legislatures: Developed and Developing Countries. Legislative Studies Quarterly. Vol. 23, No. 1, pp. 109-125.

Meirinho,M. e Teixeira, C. (2005). *O Funcionamento dos Partidos e a* Participação das Mulheres na Vida Política em Portugal. Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres.

Piscopo, Jennifer (2016). When Informality Advantages Women: Quota Networks, Electoral Rules and Candidate Selection in Mexico. Government and Opposition, Vol. 51, No. 3, pp. 487–512.

Schmidt, J.(2012). As Mulheres na Revolução Francesa. Revista Thema.

Walque,D & Verwimp, P. (2010) The Demographic and Socio-economic Distribution of Excess Mortality during the 1994 Genocide in Rwanda, Journal of African Economies, Volume 19, Issue 2 (141–162).

A AGROECOLOGIA COMO FERRAMENTA DE EMANCIPAÇÃO DE GÊNERO:
protagonismo das mulheres do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra para a justiça social

Andreza Aparecida Franco Câmara
Universidade Federal Fluminense, Professora Adjunta do Departamento de Direito de Macaé, Pesquisadora FAPERJ, Macaé, Brasil,
andrezafranco@id.uff.br

Larissa César Zavatário
Universidade Federal Fluminense, Curso de Direito, Macaé, Bolsista FAPERJ, Brasil,
larissacz@id.uff.br

Paulo Brasil Dill Soares
Universidade Federal Fluminense, Professor Adjunto do Departamento de Direito de Macaé, Pesquisador FAPERJ, Macaé, Brasil,
paulobrasildillsoares@id.uff.br

Resumo: Embora os movimentos sociais, tenham, em certa medida, conseguido alguma democratização dos espaços, isso não é recorrente e é constante a luta por suas culturas e políticas de inclusão, contra a exclusão. Especialmente, quando se tem o recorte de gênero que, para além dos grupos e minorias de mulheres com demandas específicas, as mulheres, no geral, já sofrem exclusões diárias e enfraquecimento a partir do que o patriarcado dita há séculos. O que se busca é compreender a política organizacional dessa agroecologia como ferramenta de emancipação de gênero e sua atuação, enquanto precursora de políticas públicas em direitos humanos ao combate das desigualdades sociais e de gênero no campo. Assim, como impulsionadora de atividades sociais e de desenvolvimento, tanto para o grupo como para a sociedade em geral, à luz do sistema de garantias no qual nos encontramos inseridos. Parte-se da hipótese de que as maiores ou menores possibilidades de geração de novos direitos em uma sociedade relacionam-se à existência ou não de um Estado democrático de direito, que permita a sociedade civil se expressar com liberdade de voz, manifestar seus conflitos sociais e equacionar demandas materiais e simbólicas, por meio de movimentos sociais, grupos de pressão institucional e/ou representantes na própria esfera estatal. Destaca-se o estudo sobre o Movimento dos Trabalhadores sem Terra (MST), a partir do protagonismo e das reivindicações de gênero; da produção agroecológica limpa/sem agrotóxico; os embates sociopolíticos enfrentados, e sua atuação para promoção de justiça social e construção de cidadania. A metodologia empregada consiste na revisão de literatura e estudo de caso do assentamento ambientalmente diferenciado Osvaldo de Oliveira, que se constitui um Projeto de Desenvolvimento

Sustentável tendo como base a agroecologia, *locus* que serão realizadas entrevistas semiestruturadas com as mulheres assentadas.

Palavras-chave: Gênero; Mulheres trabalhadoras rurais; Agroecologia; Projeto de Desenvolvimento Sustentável; Cidadania.

INTRODUÇÃO

Os movimentos sociais, em certa medida, têm conseguido atuar nas esferas deliberativas, alcançando a democratização dos espaços – e por meio de suas bandeiras e lutas, tenham maior participação na sociedade, alcançando a ampliação de políticas públicas –, isso não é recorrente e é constante a luta para afirmação de suas culturas e políticas de inclusão: contra a exclusão, para a adesão em novas políticas públicas e para a manutenção dos poucos direitos já reconhecidos.

Em relação as questões socioambientais, os movimentos do campo, inseriram a bandeira protetiva do ambiente, não só contestando, no discurso, o modelo agrícola herdeiro da Revolução Verde, como também promovendo experiências concretas de produção e comercialização de produtos orgânicos, agroecológicos etc., em geral produzidos em forma cooperativa ou associativa. Muitas vezes, isso depende não só do movimento em si, como também do próprio engajamento social dos parceiros[1] que estão ao redor e apoiam as causas sociais.

A presente proposta analisará a luta assumida pelos movimentos de mulheres rurais, que, ao mesmo tempo em que participavam de movimentos pela reforma agrária e por políticas agrícolas diferenciadas para os agricultores familiares, construíam as suas reivindicações específicas o acesso e a manutenção de direitos previdenciários, pela titulação conjunta dos lotes, por crédito específico para elas, entre outras. Dentre essa gama de direitos postulados, para fins desse artigo, o recorte será à política de acesso à regularização fundiária introduzida pela Lei nº. 13.465/2017 e sua regulamentação por meio do Decreto

[1] A categoria parceria é empregada no artigo a partir da estrutural social redes organizacionais, de redes inter-organizacionais e de redes de movimentos e de formação de parcerias entre as esferas públicas privadas e estatais, que viabilizam cenários de governança com a transposição de fronteiras territoriais, articulando as ações locais às regionais e estas às nacionais.

n°. 9.309/2018. Pretende-se, ainda, compreender em que medida a narrativa do desenvolvimento sustentável para o campo e da política organizacional desses movimentos rurais ancorada em bases da agroecologia, como ferramenta de equidade, solidariedade e de emancipação de gênero atua enquanto precursora de políticas públicas em direitos humanos ao combate das desigualdades sociais e as mudanças nas relações de gênero.

Assim, parte-se da hipótese de que as maiores ou menores possibilidades de geração de novos direitos em uma sociedade relacionam-se à existência ou não de um Estado democrático de direito, que permita a sociedade civil se expressar com liberdade de voz, manifestar seus conflitos sociais e equacionar demandas materiais e simbólicas, através de movimentos sociais, grupos de pressão institucional e/ou representantes na própria esfera estatal (SCHERER-WARREN & LÜCHMANN, 2004).

Empregou-se como metodologia a revisão de literatura, análise de legislação federal sobre o tema e de documentos oficiais emitidos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), análise de discursos apresentados pelo MST em seu sítio eletrônico sobre a ferramenta tecnológica da agroecologia, estudo de caso sobre o Projeto de Desenvolvimento Sustentável (PDS) Osvaldo de Oliveira, primeira experiência no Estado do Rio de Janeiro de criação de um assentamento ambientalmente diferenciado, e entrevistas semiestruturadas com a agricultoras desse assentamento.

Observou-se com o estudo sobre o PDS Osvaldo de Oliveira e a base tecnológica da agroecologia adotada pelo MST que temas, além da igualdade de gênero, tangenciam questões de grande relevância social e que fazem parte de um "todo" dentro do movimento, como: fome zero e agricultura sustentável; erradicação da pobreza; trabalho decente; redução de desigualdades; consumo e produção responsável e educação de qualidade, este último observado quando da implantação da Escola Agroecológica e sua lógica – para o movimento e para a sociedade do entorno. Isso porque o movimento não poderia deixar de ser analisado com amplitude e com olhar para a importância de diversos assuntos que o permeiam; como também pela análise de suas históricas bandeiras: a reforma agrária.

1. Agricultura familiar, gênero e agroecologia: pontos de intersecção

No Brasil, apesar do processo de urbanização vivenciado a partir das bases da reestruturação produtiva do capitalismo, na década de 1970, que impulsionaram mudanças nos processos de produção do ambiente construído (HARVEY, 1992) e a categorização de noções como fragmentação, dispersão, cidades regiões, corredores urbanos, espaços "pós-urbanos", que tentam ampliar a ocupação urbana nesse território. No mundo do rural, apresenta-se um conceito chave para analisar o processo produtivo que se conecta a todo esse movimento: a agricultura familiar.

Tal sistema vem se reestruturando em sua composição, estrutura e relações de produção. O chamado das populações do campo para o ambiente urbano, levanta uma questão muito importante para se compreender esse processo: a atuação cada vez acentuada das mulheres em todas as etapas no processo de produção, comercialização e gestão do excedente.

O termo "agricultura familiar", apesar de controverso, passa a constar nos documentos governamentais e na literatura especializada a partir da década de 1990. De acordo com Schneider (2003), na esfera política, a expressão passa a ser empregada pelos movimentos sociais no campo, vinculados ao sindicalismo rural ligado à Central Única Trabalhadores (CUT) e à Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag). Essas organizações se valem do termo para defenderem seus interesses frente à constituição do Mercado Comum do Sul (Mercosul) (SCHNEIDER, 2003).

Durante os anos 90, o termo consagrou uma série de reivindicações de movimentos que buscavam políticas de preço e crédito diferenciados para os agricultores familiares, associado a inclusão do termo em legislação que instituiu o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), em 1996, no qual foram criadas políticas de crédito específicas para o setor.

Anteriormente a consagração do debate sobre a agricultura familiar, emergia no Brasil, na década de 1980, a teorização sobre a agroecologia enquanto movimento em oposição ao processo de modernização da agricultura que se intensificou na segunda metade do século XX.

A estratégia modernizadora fundamentou-se na chamada "revolução verde", em que a pesquisa e o desenvolvimento dos modernos sistemas de produção foram orientados para a incorporação de "pacotes tecnológicos", tidos

como de aplicação universal e destinados a maximizar o rendimento dos cultivos em situações ecológicas profundamente distintas daquelas encontradas na agricultura tradicional (SOARES, 2020, p. 30).

O objetivo era elevar ao máximo a capacidade potencial dos cultivos, alterando condições ecológicas naturais para outras ideais. Um dos recursos empregados foi o uso dos agrotóxicos, buscando eliminar os competidores e predadores naturais (SOARES, 2020). Outro meio foi o fornecimento dos nutrientes necessários sob a forma de fertilizantes sintéticos. A lógica subjacente é o controle das condições naturais por meio da simplificação e da máxima artificialização do ambiente, de forma a adequá-lo ao genótipo para que esse possa efetivar todo seu potencial de rendimento.

O debate sobre o antagonismo da modernização conservadora *versus* práticas agroecológicas sustentáveis se ampliou devido às consequências do modelo de desenvolvimento vigente. O surgimento do movimento social ambientalista resultou dos efeitos produzidos a partir dos conflitos sociais envolvendo questões públicas que decorreram da implantação de uma ordem mercadológica que permeia as relações públicas, o cenário internacional e as agendas políticas, ao longo das décadas de 70 e 80. O desafio passou a ser a conjugação dos valores ambientais com os econômicos, visando ao desenvolvimento sustentável (SOARES, 2020, p. 30).

Nos países latino-americanos, segundo Nilson Weisheimer (2013, p. 59), a partir do marco do neoliberalismo expresso no Consenso de Washington, consolida-se a dependência econômica daqueles países em relação ao centro do comando capitalista. Essa situação confronta-se com a estratégia de substituição de importações disseminada pela CEPAL que predominou até o fim dos anos setenta. O ajuste econômico e normativo do projeto neoliberal promove a liberdade e a mobilidade do capital financeiro e exige a restrição do poder regulador dos Estados Nacionais (SOARES, 2020, p. 30).

Brandenburg (2005) assinala que o mundo rural se encontra tencionado pelo modo de vida rural, que se manifesta tanto nas relações comunitárias locais quanto no sistema urbanizado, por meio de trocas que simbolizam valores universais da sociedade.

A categoria "desenvolvimento sustentável" se consagrou desde os anos 1990, diante da constatação da existência da crise socioambiental mundial, afetando as atuais e futuras gerações (SOARES, 2020). Na agricultura, o mundo

saiu da chamada "revolução verde" e entrou na "ecologização". As denúncias sobre efeitos indesejáveis de tecnologias, como a dos pesticidas, feriam, por certo, interesses das indústrias que se beneficiavam de sua difusão. Feriam, também, as crenças daqueles que viam na tecnologia a possibilidade de superação de problemas sérios, como a fome (SOARES, 2020).

Assim, diversos movimentos sociais no campo incorporaram a pauta ambiental em suas bandeiras e lutas reivindicativas, contestando o discurso herdado do modelo agrícola da Revolução Verde, como também induzindo e fortalecendo experiências concretas de produção e comercialização de produtos orgânicos, ecológicos, etc., em geral produzidos em forma cooperativa ou associativa (SILIPRANDI, 2007, p. 845). Nessa esteira, a agroecologia ganhou força na década 2000 com a realização do I Encontro Nacional de Agroecologia (I ENA) e a construção da Articulação Nacional de Agroecologia (ANA).

Os impactos dessa certificação pública no plano mundial ganharam força nos países latino-americanos, que incrementaram as políticas públicas voltadas para a produção agroecológica. No Brasil, por exemplo, historicamente a nomenclatura aparece pela primeira vez em documentos oficiais em 2003, por meio da Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural com recursos oriundos do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), embora nunca tenham sido executados. Apenas no ano de 2012 a agroecologia constitui um programa orgânico através do Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica, gestado pelos movimentos sociais campesinos, com o propósito de fomentar o "desenvolvimento sustentável e a qualidade de vida da população, por meio do uso sustentável dos recursos naturais e oferta e consumo de alimentos saudáveis" (CÂMARA INTERMINISTERIAL DE AGROECOLOGIA E PRODUÇÃO ORGÂNICA, 2013, p. 15).

Diante das múltiplas experiências calçadas nos modelos de produção agroecológicos, observa-se que esses são mais resilientes diante dos fenômenos ambientais. Além de favorecerem a relação de agricultores em toda a cadeia de produção (ANAP, 2012). É a partir desse enfoque que se analisará a relação dessa técnica ecológica de agricultura como ferramenta de emancipação das mulheres campesinas a partir da experiência do Projeto de Desenvolvimento Sustentável Osvaldo de Oliveira.

2. Trajetória: o Projeto de Desenvolvimento Sustentável

A partir do que se extrai da Instrução Normativa n° 99/2019, tem-se o conceito de Projeto de Desenvolvimento Sustentável (PDS), tido como um "Projeto de Assentamentos Ambientalmente Diferenciados e criados pelo INCRA, de interesse social e ecológico destinado a populações que baseiam sua subsistência no extrativismo, na agricultura familiar ou demais atividades de baixo impacto ambiental" (INCRA, 2019). O PDS inclui as áreas florestais locais, com o fim de preservação, no sistema de produção a ser desempenhado e para a manutenção da agrobiodiversidade – definida como componentes de relevância para a alimentação, agricultura e ecossistemas, já que guardam relação importante para a proteção do solo e dos recursos hídricos e microclima. Entende-se que atividades aplicadas de forma a degradar o meio ambiente não constituiriam produção sustentável, devendo a exploração econômica se dar de forma preservativa (ALY JÚNIOR, 2011).

> (...) O que se pretende com o PDS é criar as condições para que o modelo agrícola possa ser alterado, introduzindo-se uma maior preocupação com a distribuição de renda, a ocupação, educação, o emprego rural, a segurança alimentar e nutricional, a fomentação da cultura e organização local, o acesso a direitos fundamentais e a conservação e restauração do meio ambiente (OLIVEIRA, 2014).

Essa modalidade de assentamento ambientalmente diferenciado, embora tenha em sua origem a conciliação entre a prática sustentável tradicional, encontra obstáculos, em grande medida, impostos pelo modelo de agricultura convencional, como observa-se:

> (...) A modalidade de PDS é fruto da luta por novos referenciais produtivos e organizativos para a construção de Assentamentos da Reforma Agrária. Sua constituição enquanto modalidade diferenciada pelo INCRA não significa que existam melhores condições que garantam sua implantação. No PDS foram e ainda são muito os desafios enraizados na construção de diretrizes e olhares que superem a forma convencional de produção, mas, sobretudo, ultrapassem as barreiras encontradas nos arranjos sociais hegemônicos da sociedade (WIGG; *et. al.*, 2016, p. 143).

É na região serrana, distrito de Córrego do Ouro no Município de Macaé-RJ, norte-fluminense, que está localizado o Assentamento PDS Osvaldo de Oliveira; primeiro assentamento em modelo agroecológico do estado do Rio de Janeiro, onde ao mesmo tempo em que defende e preserva a biodiversidade

possui sua matriz agroecológica de modo a garantir a produção de alimentos livres de transgênicos e agrotóxicos e moradia para assentadas e assentados (MST, s.d.). O PDS encontra-se nas terras que outrora foram a Fazenda Bom Jardim, pertencentes à rádio Campos Difusora e ao empresário José Antônio Barbosa Lemos, sócio e proprietário dessa empresa. A propriedade possui 1.650 hectares (MST, 2015) e, conforme já explicitado, descumpria sua função social.

Na ocasião da Jornada Universitária em Defesa da Reforma Agrária (JURA) em 2019, uma assentada trouxe à luz todo o processo de formação do PDS Osvaldo de Oliveira. Ela relata que em 2010 a área de propriedade da rádio foi declarada de interesse social pelo INCRA e dado início a todo o processo de luta pela terra, com a consequente ocupação da área pelo MST onde hoje é o PDS, à época ainda na condição de acampamento. Passados alguns meses, o grupo recebeu uma ordem de despejo – a que ocasionou a ação com o enorme aparato policial que já foi narrada no item '1.1'. Saíram da Fazenda Bom Jardim e, no mesmo dia, foram para onde era o antigo parque de exposição em Macaé. Segundo a assentada Abóbora, lhes foi dito que o grupo ficaria lá: "cheguei a colocar umas coisas minhas numa baia de cavalo", disse ela. Mal chegaram e, em razão das tratativas infrutíferas com o prefeito, também não puderam ficar lá, saíram ao mesmo passou em que chegaram. Então seguiram tentando colocação. Conseguiram, com um padre da Igreja Católica do bairro Virgem Santa, em Macaé, que ficassem no pátio da igreja, e por lá permaneceram por cerca de 15 dias, com o fornecimento de comida e doações pela própria instituição (JURA, 2019).

Após este período, ocuparam a BR 101, "perto do trevo", que com pouco tempo sofreram outro despejo, "ali era área de troca de pneu de caminhão, a gente saiu dali", relatou a acampada, à época assentada. Cerca de 50 ou 100 metros depois do trevo, ainda na BR 101, no KM 171, às margens da BR, onde era um antigo posto de gasolina desativado, é que se estabeleceram acampados durante 2 anos. Desse local, transferiram-se para a Comunidade Califórnia, onde era a linha férrea em Rio das Ostras (JURA, 2019). Foi em fevereiro de 2014, por decisão do Juiz Federal Dr. Eduardo Aidê Bueno de Camargo, nos autos do processo n° 0000767-04.2012.4.02.5116, de desapropriação ajuizado pelo INCRA em face da Campos Difusora Ltda., que foi deferida a imissão do INCRA na posse do imóvel denominado "Fazenda Bom Jardim".

Por conseguinte, a partir de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) da Seção de Macaé, houve outra tentativa de retomada da

área do PDS Osvaldo de Oliveira em 2015, mas que culminou na suspensão dos efeitos da decisão de reintegração de posse pelo magistrado, mantendo a posse e ocupação das famílias na área. Foi no findar de 2019 que o MST foi surpreendido pelo voto de um desembargador por nova desocupação das terras na análise da remessa necessária em sede da Ação Civil Pública, tendo sido opostos embargos de declaração com pedido de efeito suspensivo contra a decisão proferida (TRF, 2020) – os embargos de declaração é o recurso cabível que pode atacar uma decisão tida como desfavorável a quem deseja recorrer, e está previsto no artigo 1022 do Código de Processo Civil. Outrossim, o efeito suspensivo se presta a suspender a eficácia da decisão (CPC, 2015), no caso, fazendo com que as famílias não tenham que sair às pressas até que se decida do referido recurso. Infelizmente, em novembro de 2020, quando do fechamento deste trabalho, a decisão do recurso foi proferida e determinou o despejo das 63 (sessenta e três) família, cabe tal ordem ser executada pelo juízo de primeira instância. A questão ainda está pendente de análise de outros recursos em instâncias recursais superiores (processo de n° 0000773-11.2012.4.02.5116 (2012.51.16.000773-2) (TRF, 2020).

Atualmente, o PDS conta com cerca de 63 famílias e as terras foram divididas em áreas produtivas (lotes), contando com áreas particulares para a construção de casas a cada família e seu plantio e com áreas comuns, onde acontecem as reuniões, assembleias e atividades. Os assentadas e assentados permanecem ininterruptamente na localidade do PDS Osvaldo de Oliveira realizando suas ações desde 2014, quando da imissão na posse, e seguem acompanhando os processos judiciais (JURA, 2019; EIV, 2019), igualmente seguem no trabalho com a terra em prol da produção agroecológica e sustentável.

3. Políticas públicas no contexto do MST: fortalecimento das mulheres e do grupo

Como se percebeu até aqui, muitos são os embaraços e dificuldades para que movimentos sociais se estabeleçam como tal, especialmente, no caso em estudo. A título de exemplo, no âmbito do MST, constituir-se como assentamento, passando pela fase do acampamento, que prescinde a ocupação da área e os enfrentamentos abordados a partir de então configura uma dificuldade. Neste sentido, busca-se analisar neste momento do trabalho o fortalecimento do

grupo por meio de políticas pública: o que são, o que visam e como poderia contribuir em favor do movimento.

Dentre os muitos conceitos existentes de políticas públicas, adotou-se o conceito em que, ao reconhecer as características próprias da sociedade geradora de demandas bem particulares em relação a cada grupo e evidenciar que por vezes essas diferenças ocasionam conflitos e necessitam de ser administrados, a atividade política surge como uma forma de resolução pacífica (RUA, 1997) – ou ao menos deveria ser – que o faz por procedimentos formais ou informais e por meio de seus atores políticos, que podem ser públicos ou privados. Passando a definir política pública como resultante dessa atividade política, que tem como fruto a "decisão política, que corresponde a uma escolha dentre um leque de alternativas, conforme a hierarquia das preferências dos atores envolvidos, expressando em maior ou menor grau - uma certa adequação entre os fins pretendidos e os meios disponíveis" (RUA, 1997, p. 2).

Os atores públicos consistem em quem exerce função pública, como políticos provenientes de mandatos eletivos e que mobilizam recursos para este exercício; e os atores públicos de carreira pública, que são os que ocupam cargos públicos que exigem conhecimentos especializados, controlando recursos de autoridade e informação. Os atores privados, por sua vez, influem nas políticas públicas de alguma forma, são os empresários, por afetarem a economia; são os trabalhadores, incluindo os servidores públicos, cuja ação organizada se dá seja por sindicatos, ocasionalmente ligados a partidos, ONGS ou igrejas, e que atuam como forma de pressão, exarando determinado poder sobre a tomada de decisão ocasionada pela situação problema; os agentes internacionais; e os detentores dos meios de comunicação, que embora não atuem diretamente, são formadores de opinião que ocasiona em mobilização para determinado fim (RUA, 1997).

A política pública nasce a partir de um interesse, a partir de uma intenção para a resolução de uma problemática, e, por sua vez, se distingue pelo processo decisório que envolve ações estratégicas para implementar o que foi decidido em prol do 'público' naquela resolução dada pelos atores políticos e sua implementação se dá com o conjunto de ações realizadas por grupos ou indivíduos dotados dessa natureza pública ou privada – os atores políticos, para a consecução dos objetivos perquiridos a partir da tomada de decisões. Para a política pública acontecer, alguma coisa tem que estar em jogo, interesses são afetados por essa tomada ou não de decisões e ações (RUA, 1997).

Existe uma situação, um 'estado de coisas' como coloca autora, uma insatisfação de alguns ou muitos indivíduos que começam a se mobilizar, para mobilizar autoridades e mudar isso que incomoda, a sociedade passa a exigir políticas públicas para dirimir àquela problemática, o que é buscado é uma resolução para determinada situação (RUA, 1997) , de modo que enquanto não existe implementação de políticas públicas, não há resolução do conflito e nem resguardo do grupo que carece de sua implementação.

É possível inferir que essas situações problemas que demandam políticas públicas se perpetuam por longos períodos se não convergirem com os interesses de quem possa resolvê-las, os atores políticos (RUA, 1997); e talvez seja por essa razão que algumas problemáticas se resolvem em um mandato de quatro anos – conforme apraza a Constituição Federal/1988, e outras como a reforma agrária, se perpetuam em pendência por pelo menos um século, se considerado o período de criação do MST em 1984, dando início à luta pela reforma agrária e ainda sem plena e definitiva resolução. E que os movimentos sociais, sobretudo o MST, ao mesmo tempo em que se mostram como ator político, a partir dos conceitos trazidos de Marias das Graças Rua (1997), também influem nas políticas públicas, assim como carecem dos resultados delas.

No contexto do MST, em um panorama geral, verifica-se enorme esforço em implementação de políticas públicas para o campo e reforma agrária, visando ainda atender demandas como saúde, educação, acessibilidade, assistência social, infraestrutura, geração de renda, viabilização de plena comercialização e escoamento dos produtos agrícolas, constituindo grande importância a constante implementação das ditas políticas públicas. Tais necessidades foram verificadas das pesquisas realizadas e do próprio envolvimento do grupo, que constantemente trazem suas demandas.

O MST articula com a sociedade e ajuda na formulação das políticas públicas, que garante um projeto democrático e de igualdade à sociedade e consequentemente da autonomia dos indivíduos para o fim de uma vida digna (SOARES, 2004).

Já no âmbito do PDS Osvaldo de Oliveira, propriamente, em relação às políticas públicas, é possível verificar uma dupla face em que se tem o assentamento como demandante social para implementação dessas, por sua atuação enquanto ator político em manifestações, atos políticos, ocupação dos espaços e todas as demais atividades que desenvolvem; das feiras agroecológicas a participações políticas no contexto de Macaé, marcando presença em

discussões na Câmara, por exemplo[2]. E ainda como próprio executor de políticas públicas em promoção de alimentação, viabilizando diversidade e produção alimentícia e de qualidade, quando da distribuição de alimentos em doação no período de pandemia do COVID-19 (MST, 2020).

Em relação às políticas públicas implementadas por governos, muitas são ofertadas, mas no caso do assentamento Osvaldo de Oliveira, temos como exemplo sua participação no PNAE[3], instituído pela Lei n° 11.947/2009, que prevê a compra de alimentos pelo poder público provenientes da agricultura familiar em ao menos 30% do total de repasses feitos ao programa, para o fornecimento às escolas públicas e utilização no preparo da merenda escolar, promovendo garantia e segurança alimentar e nutricional (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO, 2013).

O PDS teve acesso ao programa pela primeira vez em 2017, ocasião em que entregaram apenas feijão e aipim. Atualmente, envia entorno de 16 (dezesseis) produtos ao PNAE, totalizando cerca de 1 tonelada de alimentos por semana, dentre eles aipim, feijão, abóbora, batata-doce, hortaliças e outros, viabilizando a garantia de renda para as famílias do assentamento (MST, 2019)[4] e fortalecer o grupo em sua totalidade como movimento e como indivíduos trabalhadores.

Das políticas públicas governamentais existentes, algumas o assentamento Osvaldo de Oliveira goza dos benefícios, e muitas ainda precisam ser implementadas – já que o assentamento em questão não é beneficiário -, e outras precisam ser criadas, sobretudo quando o assunto é combate à desigualdade social e de gênero.

O Ministério do Desenvolvimento Agrário, elencou em um documento as políticas públicas existentes para agricultura familiar, das 12 citadas na cartilha intitulada Políticas Públicas para Agricultura Familiar, apenas uma tangencia o tema de gênero: o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar para Mulher (PRONAF MULHER). O Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), grosso modo, é um programa de crédito que libera recursos financeiros para o desenvolvimento agrário, podendo beneficiar,

[2] Grupo do PDS Osvaldo de Oliveira buscam apoio na Tribuna da Câmara de Macaé. (CÂMARA DE VEREADORES DE MACAÉ, s.d.)

[3] Geralmente, a compra é feita por meio de chamadas públicas, com dispensa de licitação (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO, 2013).

[4] Referente ao acordado para 2019.

dentre os grupos eleitos de agricultores familiares, assentados da reforma agrária, que acessariam esse financiamento com taxas de juros abaixo da inflação.

Dentre as linhas de crédito do PRONAF é que está a linha de crédito PRONAF MULHER, consistente em linha exclusiva para mulheres, independente do estado civil, para investimentos em atividades no meio rural do interesse da mulher agricultora (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO, 2013).

Ou seja, sequer trata-se de uma política pública amplamente voltada ao gênero, refere-se apenas a uma linha de crédito pessoal para o gênero. Não fosse o preconceito, poderia estar na regra geral, e a mulher poderia buscar crédito como qualquer outro homem do assentamento buscará. Talvez essa singularização de um crédito específico para mulher demostre, na verdade, uma diferenciação, quer dizer, foi preciso o poder público especificar em uma política pública que as mulheres poderiam obter linha de crédito para seus projetos rurais, enquanto deveria estar implícito que podem, assim como é para os homens. É importante haver tal crédito para transferência de renda para mulheres, mas a necessidade dessa distinção só demonstra que a igualdade de gênero ainda não foi superada e sempre precisa ser evidenciada nos processos que os envolvem.

Essa evidente ausência de políticas públicas amplas e concretas às mulheres perpassa a necessidade de fortalecimento da perspectiva de gênero nas políticas públicas em todos os âmbitos, desde os governos a outros atores políticos, públicos ou privados que visem implementar políticas públicas, mesmo porque reconhece-se que o acesso igualitário a recursos para a produção entre agricultoras e agricultores tem potencial para aumentar em até 4% a produção agrícola (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2018).

> (...) É preciso um novo olhar para se poder perceber que a "desigualdade" entre homens e mulheres em nossa sociedade se reflete em pequenas (e grandes) discriminações, em pequenas (e grandes) dificuldades enfrentadas pelas mulheres em seu cotidiano, em dificuldades de inserção no mercado de trabalho, em dificuldades de acesso a serviços, em um cotidiano penoso na esfera doméstica. As ações governamentais, as políticas públicas e os programas desenvolvidos por governos podem exercer um papel importante diante deste quadro de desigualdades (FARAH, 2004, p. 128).

É preciso utilizar a implementação de políticas públicas para fortalecimento do grupo, mas principalmente em favor das mulheres, como

contributo para a redução da desigualdade de gênero, seja por ações governamentais ou não governamentais. Ações que tenham em vista políticas de construção de igualdade voltadas para mulheres, procurando reforçar sua força e voz e que ajudem a promover a organização dessas em busca de transformar sua realidade, de modo a romper as construções rotineiras de preconceitos e discriminações em relação a elas (SOARES, 2004).

> (...) O Estado nas suas ações não é neutro em relação às desigualdades presentes na sociedade e ao assumir, dentro se sua organização, um lugar para a construção de políticas que visem a igualdade (...) talvez este tipo de raciocínio seja uma das explicações das dificuldades que os gestores públicos têm em compreender a necessidade das políticas públicas que incorporem as dimensões de gênero e raça e do papel que jogam estes mecanismos do aparelho do Estado (SOARES, 2004, p.114).

Nesse sentido, verifica-se o papel de responsabilidade do Estado, mais até do que outros atores políticos, pois constitui determinante na construção de combate à desigualdade como agente de mudanças culturais e de condições de vida das mulheres, além, é claro, de leis que coíbam a discriminação (Idem). Entretanto, mormente em políticas a incorporar dimensões de gênero, faz-se necessário reconhecer em primeiro turno que o Estado deve antes de tudo admitir a existência dessas desigualdades e distinguir que são demandas específicas das mulheres. Porque "quando mulheres e homens não têm chances iguais de ser social e politicamente ativos e influenciar leis, as políticas e instituições tendem a favorecer sistematicamente os interesses daqueles que têm mais influência" (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2018, p. 75).

As políticas de equidade seriam úteis a enfrentar eixos que impõem a desigualdade, como "a falta de autonomia pessoal e econômica, a desigualdade na divisão sexual do trabalho, na família, a autonomia do corpo e a sexualidade, o racismo e os preconceitos e romper com o silêncio e a invisibilidade das vozes das mulheres" (SOARES, 2004, p. 117). Afinal, restrições e falhas institucionais que nutrem as desigualdades de gênero tem menor probabilidade de serem tratadas e corrigidas se perpetuada a existência dessas disparidades (MINSITÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2018).

4. Questão de gênero na agricultura familiar e trabalho

Está certo que o que se tem por gênero é uma construção do processo de socialização, construção social mesma que instituiu diferenças entre esses gêneros; distinções hierárquicas, de identidade, e da construção social do que é ser homem e do que é ser mulher[5], e em que este ser homem possui maior *status* social. Já com este entendimento, o gênero – identidade sexual[6], designa pessoas e seus papeis, direitos e oportunidades em uma sociedade, o que explica em muito as grandes desigualdades entre pessoas (PASTORE, 2005; SOARES, 2004). Assim, existe uma:

> (...) necessidade de construir uma nova ordem nessas relações entre homens e mulheres, como parte substantiva de uma ordem social, mais plural e democrática. Uma ordem que não se sustente na subordinação e na dependência das mulheres, mas na igualdade e, consequentemente, em relações sociais mais justas, mais democráticas e mais plurais (SOARES, 2004, p. 116).

Quer dizer, "falar em igualdade de gênero é romper com um universo restrito do não reconhecimento da alteridade, do outro, da diferença, para caminhar em direção ao espaço de equidade, da emancipação e do pertencimento" (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2018, p. 113), e participação nos espaços, reconhecimento e valorização da mulher em pé de igualdade com os homens nas esferas política, social, econômica, laboral, pessoal e familiar (Idem). A ideia de equidade de gênero se relaciona completamente como sendo um direito humano, e é termo para o alcance do desenvolvimento sustentável e a redução da pobreza (FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019). Apesar de certa ascensão protagonizando alguns espaços, no modo de se organizarem e viverem a agricultura familiar, com mais autonomia econômica, política e social, proveniente de uma longa e interminável

[5] Por óbvio que as questões atinentes à etnia, raça e classe social são outras categorias construídas socialmente e que influenciam na hierarquia imposta entre homens e mulheres. Ocorre que por razões meramente de abordagem o recorte deste trabalho se atém à questão de gênero, independente das diferenciações existentes nesta mesma categoria a respeito de raça, por exemplo e todas as outras questões que de certa maneira 'ditam' a ocupação de espaços por pessoas em suas características singulares.

[6] Sexo se refere às diferentes características biológicas e fisiológicas entre homens e mulheres (DICIONÁRIO CRÍTICO FEMININO, 2009).

busca, muitos são os desafios ainda a serem atravessados (SILVA; NASCIMENTO; GORES, 2015).

Concluiu-se de suas idas a campo que, a consciência das mulheres rurais pesquisadas, a respeito da existência dessas desigualdades de gênero, já era de certa maneira percebida por elas desde a infância ou em outra toada, percebida aos poucos a partir de experiências, tendo sido justamente essa percepção, por meio da construção de cada uma como mulher ao longo de sua trajetória, que as levaram à militância em um movimento de mulheres (SILIPRANDI, 2009). E conclui que, de toda forma, tendo ou não entrado nos movimentos motivadas ou influenciadas pela "existência de 'questões de mulheres', todas se depararam, no decorrer da militância, com experiências de discriminação de gênero" (SILIPRANDI, 2009, p. 182), desde a escassa participação das mulheres agricultoras na maioria dos espaços, principalmente nas direções, tendo a busca de igualdade, sido um outro motivador para também se manterem nos movimentos.

Na agricultura familiar, existe também a desigualdade no que tange ao trabalho, privilegiando o homem enquanto as mulheres cuidam da casa ou atividade de produção tidas como 'menores', a exemplo de pequenas criações e das hortas, referenciando-as apenas como "ajudantes", o que gera uma desvalorização do trabalho das mulheres, já que o que desempenha acaba por não ter valor econômico de renda para a casa.

Em igual sentido, entende-se que o "desempenho das mulheres nessas atividades não é considerado como trabalho, uma vez que não se inclui no mercado de bens e serviços e, assim, não envolve a circulação de recursos monetário" (BRUMER & ANJO, 2008, p. 9). É reconhecido pelo próprio Ministério do Meio Ambiente (2018) que, em que pese de certa maneira, a mulher venha se inserindo no mercado de trabalho, isso não veio acompanhado pela inserção do homem com participação ativa na vida e tarefas familiares e no âmbito do lar e acabam vendo-se em situação outra vez desigual, pois passaram a acumular tarefas domésticas com a do trabalho agrícola, por exemplo.

Essa relação de "reconhecer a mulher como 'ajudante' as condiciona a uma situação de 'invisíveis' do ponto de vista social" (SILVA; NASCIMENTO; GORES, 2015, p. 136) e esse entendimento tendo o trabalho feminino apenas como 'ajuda' faz com que elas acumulem as atividades doméstica com as da agricultura, conciliando permanentemente essas tarefas e sem o devido reconhecimento e espaço (PASTORE, 2005). Isso decorre da construção

patriarcal em que o homem é tido como um representante dos interesses da casa, com poder decisório e a mulher o ajuda, e gere os serviços domésticos. Aqui está configurada a chamada divisão sexual do trabalho, onde o trabalho do homem é mais valorizado e há distinção entre 'trabalho de homem' e 'trabalho de mulher' e, é nesse momento que as mulheres começam a se mobilizar politicamente para terem reconhecidas suas identidades de trabalhadoras rurais – agricultoras (SILIPRANDI, 2009).

A agricultura familiar representa importância na reforma agrária e mais especificamente é fonte de renda para milhares de agricultores, que no cuidado com a terra buscam sustento para a família – que detém a produção de alimentos, mantenedor de sua subsistência e envio para o comércio para geração dessa renda; promoção e preservação do meio ambiente e mantenedora das relações sociais no campo, demonstra como atributo a gestão, a propriedade e o trabalho familiar (SILVA; NASCIMENTO; GORES, 2015).

A partir dessas questões, entende-se que a promoção da inclusão ou, de direito iguais em gênero, carrega elementos cruciais para promover e manter essa equidade nos âmbitos econômico, social e ambiental. Isso porque, se a mulher tem acesso adequado a recursos, ou se há um programa eficiente de transferência de renda, elas participam e aproveitam como iguais da vida econômica e progresso econômico. De igual modo, já na dimensão social, compreende-se a igualdade de gênero como requisito para o alcance da justiça social – que tem o acesso e a participação das mulheres em espaços de forma equitativa, como aspecto/elemento fundamental para seu convívio social de forma igualitária.

Na esfera ambiental, as mulheres da agricultura que se preocupam com o desenvolvimento sustentável devem ter a oportunidade e a possibilidade de participar do processo decisório relativo ao meio ambiente de modo a não o negligenciar e para reforçar a proteção do meio ambiente, principalmente porque são as mulheres as mais inclinadas à sustentabilidade, seja na produção ou no consumo de produtos que visam a preservação do meio ambiente (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2018).

No caso da agricultura familiar sob o aspecto da igualdade de gênero, ela traz grandes impactos sobre a produtividade, sobretudo em relação às agriculturas que não detêm segurança da posse de suas terras, o escasso acesso a crédito para demanda femininas, por exemplo, seja para insumos ou para dar mecanismos que dê eficiência a terra ou ajude no escoamento de produtos,

evitando a redução de produção, possibilitando a vazão de produtos e evitando que estrague, já que perecíveis MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2018).

Assim, por meio da ausência de investimentos e dessas considerações, a desvalorização do trabalho da mulher no campo se apresenta ainda mais acentuada, além da dificuldade imposta na participação por mulheres em locais de fala essencialmente construídos e mantidos por homens, decidindo questões, assumindo direções e desconsiderando a voz dessas mulheres nas decisões *do* e *para* o campo que incentivam uma insegurança por parte delas (PASTORE, 2005), que então passam, inclusive, a "terem medo de falar" ou preferem dizer que "ajudam os homens a discutir em casa e depois eles expõe as ideias" no grupo (PASTORE, 2005, p. 9). Demonstrando que as desigualdades se perpetuam em âmbito rural por conta desses valores conservadores entranhados (PASTORE, 2005).

Embora seja possível reconhecer algum avanço na esfera rural, ainda que seja nos debates sobre gênero[7], ainda persiste o questionamento sobre a emancipação dessas mulheres que vivem da agricultura familiar em relação à atividade agroecológica, já que ainda resta certa restrição da autonomia dessas mulheres (SILIPRANDI, 2007).

5. Agroecologia e mulher como agente de transformação – protagonismo das agricultoras do PDS

O MST tem em suas pautas de reinvindicação questões ambientais na busca de desenvolvimento sustentável e fundada na agroecologia, não apenas contestando um modelo depredatório do meio ambiente, como a Revolução Verde e sua forma de industrialização da agricultura, mas para promover a busca de mudanças sociais e políticas – que incluem relação de gênero, solidariedade,

[7] O termo correto para essas discussões seria *ordem patriarcal de gênero*. Não apenas por se tratar de um termo mais completo, mas porque pelo que se observa das relações, o problema não está detido apenas no gênero – termo genérico, mas a uma subordinação das mulheres supostamente devida ao homem e que culmina nessa desvalorização da mulher, impondo-se mesmo como uma "ordem" do patriarcado ao gênero mulher (SAFFIOTI, 2011). Tal conceituação não será possível discutir no presente trabalho com tamanha profundidade que merece, mas vale o registro dessa outra forma de classificação do que queremos abordar, que é a desigualdade entre homens e mulheres em diferentes esferas da vida pública e particular.

inclusão social e equidade, bem ainda como experiências concretas de produção e comercialização de produtos orgânicos, campanhas contra o uso de agrotóxicos e organismos geneticamente modificados (SILIPRANDI, 2007). Sendo relevante evidenciar o conhecimento do MST em alternativas de produção harmônica com o meio ambiente e de conservação dos bens e recursos naturais (WIGG; *et. al.*, 2016), na forma de plantio, cultivo, manejo e proteção da terra.

Para a transição de um modelo de agricultura insustentável para um modelo sustentável, é que a agroecologia se impõe. Por sustentável, tem-se o potencial em que os processos agrícolas precisam ter para manter as características ecológicas do ambiente, sem deixar de viabilizar vida digna para os envolvidos, isso porque o desenvolvimento humano não deve se limitar ao crescimento econômico e assim sendo, o protagonismo de agricultores e agricultoras será central na construção agroecológica (SILIPRANDI, 2009).

O conceito de agroecologia, embora controverso, será adotado como sendo o de uma agricultura ecológica e sustentável, que influencia tanto em questões ambientais como econômicas, produtivas e culturais, alternativamente à agricultura convencional, com preocupações voltadas à preservação ambiental, manejo sustentável e o conhecimento dos trabalhadores rurais (PASTORE, 2005; INCRA, 2020), para um "melhor manejo dos recursos naturais, desenvolvendo atividades mais compatíveis com a preservação do meio ambiente, com produção de alimentos mais "limpos" e com maior renda para as famílias rurais" (PASTORE, 2005, p. 4).

A agroecológica também se coloca como "promotora de equidade de gênero e de manutenção das relações produtivas na agricultura familiar (...) em que se verifica a existência de uma atuação cada vez maior das mulheres em todas as etapas no processo de produção e comercialização" (SILVA; NASCIMENTO; GORES, 2015, p. 133).

Nesse sentido, vale fazer um apanhado histórico das fases das lutas por espaço promovidas pelas mulheres, para que então se possa discutir seu papel de transformação social, que já vem a ser demonstrado desde as árduas lutas e conquistas. Para GOHN (2007, *apud* ALVAREZ, 2000; KNIBIEHLER, 2007), são três as ondas do feminismo, a primeira no início do século XX, com a luta pelo reconhecimento legal do direito ao voto e ao trabalho. Uma segunda onda, entre 1960 e 1980, pela luta por igualdade em relação aos costumes – aos corpos, a sexualidade e ao mercado de trabalho, não se limitando a igualdade apenas legal, como no início do século, fazendo surgir a categoria "gênero". E a terceira fase,

em 1990, consistente na construção da imagem feminina nos meios de comunicação em massa.

Quanto ao "conceito de gênero, trata-se da existência e reconhecimento de processos sexuados de exclusão entre os homens e as mulheres, construídos socialmente, e produtores de diferentes subjetividades" (SILIPRANDI, 2009, p. 21).

Essa trajetória trouxe conquistas importantes, e atualmente, como contínua às que se buscam desde o outro século, tem-se que a organização das mulheres rurais tem estado também em grupos de produção, na criação de centros de formação e na formação de espaços de comercialização, cooperativas e associações, uma vitória, já que é importante ter em mente que na maioria dos assentamentos pelo Brasil as mulheres não participavam das associações (SILIPRANDI, 2009).

Entende-se que, em que pese a histórias pessoal de cada mulher e sua família, o contato com a agroecologia abriu-se como uma nova perspectiva de relação com a agricultura, como forma de melhoria de condição de vida e, de por meio da agricultura, exercitarem sua capacidade de observação e experimentação assim como de sua criatividade. A agroecologia não abarca somente os sistemas agroalimentares e ambientalmente sustentáveis, mas desempenha também o papel de construção de poder, redistribuição de renda e promoção de justiça social para as mulheres, fazendo valer suas opiniões e serem vistas como sujeitos sociais e, também políticos (SILIPRANDI, 2009).

Essas mulheres, como transformadoras sociais, em que pese todas as dificuldades e enfrentamentos, têm mostrado com suas ações que é possível resistir, denunciar e organizar-se. Mesmo com as exclusões socioeconômicas e de pouco ou nenhum prestígio social, as mulheres vêm construindo-se como sujeitos políticos em movimentos sociais, e não se conformam com o destino injusto, reservado a elas se dependessem do desejo do patriarcado. Elas buscam sempre se reinventar e libertar-se, ganhando e criando espaço como atrizes principais de uma nova possibilidade na recomposição das relações sociais (GOHN, 2007; SILIPRANDI, 2009). As mulheres são maioria nos movimentos populares por melhores condições de vida e trabalho, possuem alto índice de participação e são organizadas em suas demandas (GOHN, 2007), o que confronta em muito com a necessidade de terem que buscar constantemente por direitos e reafirmação deles.

Parece contraditório ocuparem espaços e mesmo assim não os terem e continuarem a buscar por espaço. Isso só evidencia o domínio das atividades políticas pelo homem e a necessidade contínua de mulheres terem de reafirmar seu papel como sujeitas políticas, sociais e de direitos, para que não retornem a serem submetidas a dominações, outrora ocorrida pelo público masculino nas tomadas de decisões.

Apesar disso, elas seguem buscando lugar, e possuem papel crucial como protagonistas e autoras nas lutas do movimento. É graças a elas que se debatem a questão de gênero e a tomada de espaços nas mais diferentes searas; que denunciam, com fundamento na igualdade de gênero, toda vez que desvalorizam sua participação. Diz-se que o MST, longe de ser linear, compõe o cenário de histórias concretas que se constroem no "movimento do real", e em três dimensões da vida no processo de "luta pela terra e na terra": a de classe, a de gênero, e a étnica/racial, que influenciam a estruturação de representações de gênero (VAZ, 2017; FARIAS, 2011, p. 7).

Quanto ao PDS Osvaldo de Oliveira, pelas experiências com as atividades realizadas, tem-se com predominância nas feiras e na JURA a atuação das mulheres, que possuíam plena intimidade com o microfone, sempre demonstrando muito engajamento, força para a luta, resiliência com a situação jurídica enredada do assentamento e amor à terra. Ocorre que quanto aos processos políticos de formação, não foi observado tanto engajamento assim, podendo significar um reflexo da dominação masculina, traduzindo a necessidade de ainda construir-se um espaço igualitário – não que não ocorra, uma assentada mesmo em seu discurso na JURA afirmou que "não tem esse negócio de homem manda mais que a mulher, o mesmo que o homem pode lá eu posso como mulher, então nós vivemos direitos iguais lá dentro" (JURA, 2019).

No entanto, a problemática por vezes é implícita, mesmo que todos queiram, e até tentem materializar uma igualdade plena entre homens e mulheres, horizontalizar o movimento e promover equacionamento de espaço, no fim, o que acontece é o que se registra no capítulo 1, parte 1.3, que é o mesmo que se denotou a partir do estudo de Vaz (2017): que mesmo com o discurso de igualdade existe subestimação no trabalho feminino desempenhado pelas assentadas. Há descrédito implícito em manifestações de mulheres em reuniões. Isso justifica a não estabilização de direitos para as mulheres, importando na luta diária pela desconstituição de desigualdades, na conquista da terra – como luta

de todo o movimento; e por igualdade de gênero – como luta adicional e particular atribuída às mulheres.

Em que pese as tentativas de debate e de plena inserção das mulheres nos espaços que desejassem participar, ainda há elementos que evidenciam que não é sempre assim. As mulheres protagonizam as feiras, os espaços de fala em rodas de conversa, as tarefas gerais do campo, mas a frente política permanece masculina. Eles é quem vão às frentes políticas e jurídicas, levam a fama de quem "resolveu" uma situação ou a "fez acontecer". Isso significa, que a luta pela terra com uma perspectiva emancipatória do trabalho, sobretudo das trabalhadoras, "deve reconhecer a existência socialmente construída do patriarcado, do machismo, da divisão sexual do trabalho e enfrentá-las, a fim de que se alcance os objetivos de sua luta" (VAZ, 2017, p. 51) e sigam na busca por desconstrução de desigualdade. É necessário o constante engajamento para sempre ampliar a participação das mulheres nos espaços de poder e decisão que significa a consolidação e aperfeiçoamento da democracia (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2018), para a mudança de vida e ocupação de qualquer que seja e queiram o local que desejem as mulheres ocuparem.

CONCLUSÕES

Compreender melhor o funcionamento e os anseios do MST é entender suas dificuldades, enfrentamentos e glórias, em que os trabalhadores e trabalhadoras clamam e lutam por si - pelo movimento rural dos sem-terra. Quanto ao PDS Osvaldo de Oliveira como um todo, longa é a trajetória e ainda pendente de conclusão, principalmente na esfera judicial, como restou demonstrado, que ainda se encontra em trâmite a decisão da definição de desapropriação da terra em que hoje se encontram.

O que se infere, já foi até mesmo colocado expressamente no decorrer do texto, o MST como movimento social precisa de mais espaço para concretizar plena democratização de seus direitos, assim como carece da ampliação de políticas públicas. Esse mesmo movimento, porém, como coloca Vaz (2017, p. 71) "que trava a luta pela terra com vistas à emancipação humana, precisa reconhecer as formas de opressão de gênero". Pois igualmente colocado no trabalho, percebeu-se que a questão de gênero nem sempre teve espaço no movimento, e necessário é o debate para cada vez estarem mais perto de real igualdade.

As mulheres do movimento devem ser reconhecidas como cidadãs plenas, sujeitas de direitos, possuindo papel chave na econômica familiar; necessitam de políticas públicas específicas de gênero para ultrapassar obstáculos que as impedem ao direito à terra, à renda, à opinião e ocupação de espaços – inclusive de liderança, segundo suas próprias vontades e interesses. Só por meio desse enfrentamento é que as mulheres poderão se colocar ativamente na luta pela terra e por suas próprias demandas e vontades. Que viabilize serem sujeitas políticas ou sociais, como queiram, e que proporcionem sua libertação do patriarcado e dos ditames da sociedade sexista.

É salutar a participação das mulheres onde se colocam atualmente. Elas se emancipam participando das feiras, das jornadas universitárias, tomando o microfone, expressando-se e sendo atrizes da agroecologia no âmbito da agricultura familiar no movimento. É importante e inclusivo. De nenhuma maneira quer-se desmerecer tais participações. Entretanto, as sutis diferenciações são perigosas para a plena construção de democráticas de espaços femininos, em que possam, de verdade, participarem e opinarem onde quer que seja, não passando a falsa impressão de plena democratização de espaços. O que foi possível inferir, foi a importância de certa tomada de reconhecimento e emancipação, mas isso não deve ser levado ao contentamento, devendo-se ser repisados todos os dias. Para que assim, um dia, exista plena liberdade e que ela seja substancial, grande e considerável.

REFERÊNCIAS

ALY JUNIOR, O. Projetos de Desenvolvimento Sustentável (PDS's) e os Desafios na Construção de novas Políticas de Assentamento. *Revista Eletrônica Retratos de Assentamentos*, v. 14; n. 2, São Paulo, 2011.

BARBOSA, J; CÂMARA DOS VEREADORES DE MACAÉ. *MST defende continuidade do assentamento Osvaldo de Oliveira***.** Disponível em: <http://www.cmmacae.rj.gov.br/mst-defende-continuidade-do-assentamento-osvaldo-de-oliveira/>. Acesso em 27 jul. 2020.

Brandenburg*,* A. Ciências sociais e ambientais rural: principais temas e perspectivas analíticas. *Ambient. soc. [online]*. 8(1), p. 51-64, 2005. Disponível em: <http://www. redalyc.org/articulo.oa?id=31780104>.

BRASIL. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. *Direito humano à alimentação adequada e soberania alimentar*. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/artigos/2014/direito-

humano-a-alimentacao-adequada-e-soberania-alimentar#:~:text=O%20direito%20humano%20%C3%A0%20alimenta%C3%A7%C3%A3o%20adequada%20consiste%20no%20acesso%20f%C3%ADsico,na%20sua%20compreens%C3%A3o%20e%20realiza%C3%A7%C3%A3o.>. Acesso em 17 jul. 2020.

_____. *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária*. Assentamento. Criação. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/assentamentoscriacao>. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. Lei n° 11.947, de 16 de junho de 2009. *Programa Nacional de Alimentação Escolar*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11947.htm>. Acesso em 13 jul. 2020.

_____. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 4 jul. 2020.

_____. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Políticas públicas para agricultura familiar,* Brasília/DF, 2013.

_____. Ministério do Meio Ambiente. *Curso: Igualdade de gênero e desenvolvimento sustentável*. [s.l.], 2018.

_____. Tribunal Regional Federal. *Ação de reintegração de posse, processo n° 2010.21.16.000821-1*. CAMPOS DIFUSORA X INCRA, 2010.

_____. Tribunal Regional Federal. *Ação de desapropriação, processo n° 0000767-04.2012.4.02.5116*. INCRA X CAMPOS DIFUSORA, 2012.

_____. Tribunal Regional Federal. *Ação de nulidade do procedimento de desapropriação, processo n° 0000856-95.2010.4.02.5116 (2010.51.16.000856-9)*. CAMPOS DIFUSORA X INCRA.

_____. Tribunal Regional Federal. *Ação civil pública, processo n° 0000773-11.2012.4.02.5116 (2012.51.16.000773-2)*. MPF X INCRA.

BRUMER, A.; ANJOS G. dos. Gênero e reprodução social na agricultura familiar. Projeto mulheres agriculturas: reprodução social e representação política. *Revista Nera*, v. 11, n. 12, p. 6-17. Presidente Prudente, 2008.

CÂMARA, A. A. F. *et. al.* As feiras enquanto espaços de representação da agroecologia: um estudo sobre produção e reder técnicas e políticas do projeto de desenvolvimento sustentável Osvaldo de Oliveira. *31a Reunião Brasileira de Antropologia*. Brasília, 2018. Disponível em: < http://www.evento.abant.org.br/rba/31RBA/files/1539035829_ARQUIVO_ASFEIRASEN

QUANTOESPACOSDEREPRESENTACAODAAGROECOLOGIA-ABA.pdf>. Acesso em 6 jul. 2020.

CÂMARA, A. A. F.; ZAVATÁRIO, L. C. A atuação do movimento dos trabalhadores rurais sem terra em políticas públicas de direitos humanos: protagonismo e participação de gênero. *In*: *V Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais. Anais* v. II, p. 9-21. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2020.

COLLIN, F. Diferença dos sexos. *In*: *Dicionário crítico do feminismo*. p. 59-66. São Paulo: Unesp, 2009.

DELPHY, C. Patriarcado (teorias do). *In*: *Dicionário crítico do feminismo*. p. 173-178. São Paulo: Unesp, 2009.

FAO. *Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura no Brasil*. Disponível em: <http://www.fao.org>. Acesso em 1 ago. 2020.

FARAH, M. F. S. Políticas pública e gênero. In: GODINHO T.; SILVEIRA M. L. da. *Políticas públicas e igualdade de gênero*. Coordenadoria especial da mulher, p. 127-142. São Paulo: Secretaria do Governo Municipal, 2004.

FARIAS, M. de F. L de. Mulheres no movimento dos trabalhadores rurais sem terra (MST). *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História*. São Paulo, 2011.

GOHN, M. da G. Mulheres – atrizes dos movimentos sociais: relações político-culturais e debate teórico no processo democrático. *Revista Política & Sociedade*, n. 11. p. 41-70, 2007.

HARVEY, D. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992.

MST. *A produção de alimentos saudáveis é uma das grandes contribuições que o MST pode dar ao país*. Disponível em: <https://mst.org.br/2016/ 06/17/a-produção-de-alimentossaudaveis-

e-uma-das-grandes-contribuicoes-que-o-mst-pode-dar-ao-pais-diz-engenheiraagronoma/>.

Acesso em: 27 jun. 2020.

____. *Assentamento do RS recebem estudantes universitários para o EIV*. Disponível em: <https://mst.org.br/2019/02/21/assentamento-do-rs-recebem-estudantes-universitarios-para-oeiv/>.

Acesso em 28 jun. 2020.

____. *Despejo ameaça entrega de uma tonelada de alimentos saudáveis em escolas públicas*. Disponível em: <https://mst.org.br/2019/09/24/despejo-ameaca-entrega-de-umatonelada-

de-alimentos-saudaveis-em-escolas-publicas/>. Acesso em 27 jul. 2020.

____. *Educação popular é tema de debate em feira da reforma agrária no DF*. Disponível em: <https://mst.org.br/2017/08/05/educacao-popular-e-tema-de-debate-em-feira-da-reformaagraria-

no-df/>. Acesso em 14 jul. 2020.

77

____; LIMA, W. *Educação do Campo: conquistas e resistência popular*. Disponível em: <https://mst.org.br/2019/05/13/educacao-do-campo-conquistas-e-resistencia-popular/>.

Acesso em 12 jul. 2020.

____; MELO, M. *Mais do que nunca, se o campo não planta, a cidade não janta*. Disponível em: <https://mst.org.br/2020/07/09/mais-do-que-nunca-se-o-campo-nao-planta-a-cidade-naojanta/>.

Acesso em 10 jul. 2020.

____. *Nossa história*. Disponível em: <https://mst.org.br/nossa-historia/inicio/>. Acesso em 13 jul. 2020.

____. *No Rio de Janeiro, acampamento do MST participa de projeto e vira unidade pedagógica em agroecologia*. Disponível em: <https://mst.org.br/2019/02/06/no-rio-dejaneiro-acampamento-do-mst-participa-de-projeto-e-vira-unidade-pedagogica-em-agroecologia/>. Acesso em 28 jun. 2020.

____. *PDS Osvaldo de Oliveira (RJ) resiste a ameaça de despejo com solidariedade*. Disponível em: <https://mst.org.br/2020/07/08/pds-osvaldo-de-oliveira-rj-resiste-a-ameacade-

despejo-com-solidariedade/>. Acesso em 27 jul. 2020.

____; PINA, R. *No Brasil, 2 mil latifúndios ocupam área maior que 4 milhões de propriedade rurais*. Disponível em: <https://mst.org.br/2018/07/26/no-brasil-2-millatifundios-ocupam-area-maior-que-4-milhoes-de-propriedades-rurais/>. Acesso em 14 jul.

2020.

OLIVEIRA, D. M. da S. C. de. *O Projeto De Desenvolvimento Sustentável (PDS) e os Desafios para a Construção de Novas Formas de Assentamento: O caso do Assentamento Osvaldo de Oliveira em Macaé (RJ)*. Rio das Ostras: Universidade Federal Fluminense, 2014.

PASTORINI, A. *A categoria questão social em debate*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

PASTORE, E. *Relação de gênero na agricultura ecológica*. Grupo Interdisciplinar de estudos sobre trabalho. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2005.

RUA, M. das G. *Análise de políticas públicas: conceitos básicos*. INDES, [s.l.], 1997.

SAFFIOTI, H. I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.

SCHNEIDER, S. *A pluriatividade na agricultura familiar*. Porto Alegre, Editora da UFRGS, 2003.

SCHERER-WARREN, I.; LÜCHMANN, L. H. H. Situando o debate sobre movimentos sociais e sociedade civil no Brasil. *Política & Sociedade*, n. 5. p. 13-35, 2004.

SILIPRANDI, E. Agroecologia, agricultura familiar e mulheres rurais. *Revista Brasileira de Agroecologia*. [s.l.], v. 2, n. 1, 2007.

_____. *Mulheres e agroecologia: a construção de novos sujeitos políticos na agricultura familiar*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

SOARES, P. B. D. (2020). *Projeto de Desenvolvimento Sustentável – PDS – e o caso Osvaldo de Oliveira*. 241f. Tese de Doutorado defendida no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. Niterói.

VAZ, L. L. *Margaridas em Luta*: *a questão de gênero e a luta pela terra no Assentamento PDS Osvaldo de Oliveira em Macaé/RJ*. Rio das Ostras: Universidade Federal Fluminense, 2017.

VIA CAMPESINA; Osvaldo, L. Agricultura Camponesa para a soberania alimentar. *Revista ALAI*, n. 502, [s.l.], 2015. Disponível em: <https://www.alainet.org/en/articulo/168854#_edn4>. Acesso em: 28 jul. 2020.

WEISHEIMER, N. Dossiê: Teoria Social e Desenvolvimento. *Desenvolvimento rural, capitalismo e agricultura familiar*, v. 2, n. 1, Olhares Sociais, maio, 2013. Disponível em: <www3.ufrb.edu.br/olharessociais/wp-content/uploads/Desenvolvimento-rural-capitalismo-e-agricultura-familiar.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

WIGG, David. *et. al*. Semeando Novos Tempos? Reforma agrária e Agroecologia um diálogo possível e Necessário – Análise a Partir do Estudo de Caso do PDS Osvaldo de Oliveira no Rio de Janeiro. *Revista Retratos de Assentamentos*. v. 19, n. 01. p. 116-147, 2016.

GÊNERO E INTERSECCIONALIDADE:
uma análise teórica e normativa dos tratados internacionais sobre violência contra a mulher

Andreza A. Franco Câmara
Universidade Federal Fluminense, Professora Adjunta do Departamento de Direito de Macaé, Macaé, Brasil,
andrezafranco@id.uff.br

Manoela Ribeiro Bastos
Universidade Federal Fluminense, Bolsista PIBINOVA, Curso de Direito, Macaé, Brasil,
manoelaribeiro@id.uff.br

Resumo: Em um passado próximo, os atos de violência cometidos contra a mulher, em especial a violência doméstica, não eram considerados violações aos direitos humanos. É sabido que a diferença de gênero é resultado da construção social, sofrendo interferência histórica, temporal e espacial. A construção da universalidade dos direitos humanos precisa, obrigatoriamente, passar por uma análise que transcenda a individualização de grupos político-sociais. Nesse sentido, a Convenção Interamericana de Belém do Pará tem um papel fundamental na legislação humanitária internacional. Em todo o mundo, mulheres continuam sendo vítimas de discriminação, em todos os aspectos da vida em comunidade, o que torna possível observar e questionar as diferença nas formas de dedicação dos movimentos de ativismo humanitário na defesa dos direitos humanos de mulheres e homens, de negras e negros, pois não são tratados com a mesma inexorabilidade, o que acarreta reiteradas violações e perpetua a visão da mulher como um não-ser, assim como da mulher negra como uma subcategoria, invisibilizada e destituída de humanidade. O homem é estabelecido como paradigma dos direitos humanos, assim como o homem negro é a figura central dos movimentos de luta contra o racismo, o que secundariza, em ambos os casos, as mulheres, cujos direitos possuem especificidades trazidas pelo gênero e que não contemplam o sexo masculino. Esse artigo busca discutir, de forma teórica, a partir de uma perspectiva interseccional, a proteção dos direitos das mulheres enquanto seres humanos, destacando-se a mulher negra em situação de vulnerabilidade socioeconômica, que é vitimada múltiplas vezes por conta de uma desumanização plena de sexismo, fortemente acrescida de racismo, gritante em classismo, resquícios estes muito presentes do colonialismo e de um passado de escravidão. Para tanto, será adotada como metodologia a revisão de literatura, análise legislação internacional sobre o tema.

Palavras-chave: Direitos humanos; Gênero; Interseccionalidade; Feminismo; Violência doméstica.

INTRODUÇÃO

Historicamente, as mulheres têm sido relegadas a um papel secundário, de subserviência, objetificadas e comercializadas, seja para exploração sexual, escravidão ou casamento - em muitos casos, este último engloba os outros dois. A opressão feminina tem origens anteriores ao capitalismo, como será exposto ao longo deste trabalho.

A luta pelos direitos humanos, incompreendida e mal vista por boa parte da sociedade, herança essa da ditadura militar no Brasil, carece de maior atenção à violência de gênero e às desigualdades sociais, políticas e mesmo jurídicas vivenciadas pelas mulheres ao redor do planeta.

As diversas formas de lutas sociopolíticas para o enfrentamento das injustiças e da falta de igualdade têm um papel de extrema importância na conquista de direitos, porém ainda se colocam de forma muito centralizada, individualizando certos grupos e eclipsando outros. Nesse contexto, a luta por direitos humanos, o movimento antirracista e o próprio feminismo acabam por secundarizar mulheres negras e pobres.

Não há que se falar em direitos humanos sem falar de mulheres, principalmente considerando que não existe humanidade sem a figura da mulher. Tampouco é possível discutir tais direitos sem tocar nas questões de raça e classe, de forma entrelaçada, refletindo a maneira que se apresentam faticamente no plano social.

As mulheres negras encontram-se em peculiar situação de vulnerabilidade em âmbitos variados da vida social, seja no local de trabalho, nas ruas, no padrão estético, frequentemente fomentado pela mídia. A ruptura desse discurso e padrão social deve se dar através da atenção para as opressões sofridas pelas mulheres negras, cujas intersecções potencializam as discriminações que se avultam.

As mulheres indígenas e camponesas estão inseridas em práticas duplamente excludentes. São consideradas menores por serem mulheres, e por fazerem parte de grupos sociais marginalizados. Romper estas barreiras

apresenta-se como uma tarefa urgente e necessária, fundamental para todos aqueles que apostam num mundo mais humano e democrático.

A partir de tais premissas, que serão desenvolvidas de forma aprofundada mais à frente, discutir-se-á as razões para tanto, assim como algumas formas de resolução de tal problema, através da análise de diversas obras sobre o tema e das legislações criadas nacional e internacionalmente. Para tanto, será adotada como metodologia a revisão de literatura, análise legislação internacional sobre o tema.

1. Raízes

Conforme apontado na introdução, a opressão machista é anterior ao capitalismo. Até o entorno dos anos 3.000 a.C., as formas de subsistência dos povos, que até então se organizavam em pequenos grupos, giravam em torno da caça e da coleta, o que permitia maior igualdade na distribuição de tarefas. As culturas politeístas exaltavam o matriarcado, não como forma de poder e dominação, mas por conta da valorização e do respeito à geração da vida. As divindades que cultuavam em busca de fertilidade, boas colheitas e caça abundante eram sempre figuras femininas.

A partir dos anos 4.000 a.C., com as conquistas e unificações de territórios, as sociedades começaram a se organizar em civilizações, instituindo e logo em seguida aprimorando a agricultura. À medida que essa nova forma de subsistência se espalhou, as produções excediam as necessidades dos povos, o que acarretou a criação, realização e especialização demais atividades. Tais civilizações buscavam se diferenciar das demais sociedades, incutindo nos indivíduos um senso de unidade, por conta de características partilhadas, que os distanciava dos forasteiros.

A derrocada do sistema de caça e coleta trouxe consigo a vontade de produzir e acumular mais, o que exigia maior força de trabalho. Ao atentarem para a possibilidade de utilizar as crianças como mão-de-obra, um novo olhar recaiu sobre a maternidade e, consequentemente, sobre as mulheres. Não eram mais companheiras ou iguais, mas meios para se atingir riqueza e poder, uma nova ferramenta. Para tanto, era necessário subir as taxas de natalidade, o que trouxe consigo estupros e desmame de bebês para acelerar o processo de fertilização e dar seguimento à exploração da capacidade reprodutiva das fêmeas humanas. Daí em diante, as mulheres se tornaram uma nova mercadoria, sendo

vendidas, trocadas, exploradas, objetificadas e silenciadas, conforme as palavras de Gerda Lerner no livro A Criação do Patriarcado:

> O desenvolvimento da agricultura no Período Neolítico fomentou a "troca de mulheres" intertribal não apenas como um meio de evitar os incessantes conflitos travados pelas alianças de consolidação do casamento, mas também porque sociedades com mais mulheres poderiam produzir mais filhos. (LERNER, 2019, p. 261)

Durante milênios as características das mulheres que claramente denotam força foram ignoradas, apagadas e revertidas em falsa fragilidade. O resultado é a generalização da socialização das mulheres enquanto criaturas inferiores, de segunda classe, voltadas para afazeres domésticos, criação de filhos, obediência e docilidade. A feminilidade como se conhece hoje não passa de construção social, assim como o gênero, visto que para se encaixar nas características atribuídas a determinado gênero é preciso seguir todo um conjunto de regras baseadas em estereótipos que não determinam de forma alguma o que é ser mulher. Lerner ressalta que:

> Em toda sociedade conhecida, as mulheres das tribos conquistadas eram escravizadas primeiro, enquanto os homens eram mortos. Somente depois que os homens aprenderam como escravizar as mulheres dos grupos que podiam ser definidos como estranhos é que eles aprenderam a escravizar os homens desses grupos e, em seguida, grupos subordinados de suas próprias sociedades. Dessa forma, a escravidão de mulheres, combinando tanto o racismo quanto o machismo, precedeu a formação de classes e a opressão de classes. (LERNER, 2019, p. 262)

Uma das prerrogativas fundamentais da liberdade e da igualdade é a autonomia. No século XVIII, e ainda hoje, não se imagina que todas as pessoas sejam autônomas. Para isso duas qualidades estavam implicadas: a capacidade de raciocinar e a independência de decidir por conta própria. No século XVIII em especial, as crianças, os loucos, os escravos, os criados, os sem propriedade e as mulheres não tinham independência para serem autônomos. Todos os relacionados podiam um dia tornar-se autônomos, crescendo ou comprando sua liberdade. Apenas as mulheres não tinham nenhuma destas opções: eram definidas como inerentemente dependentes de seus pais e maridos pelos aparatos jurídicos.

2. Classe e Raça

Durante a Revolução Francesa, por volta dos séculos XVIII e XIX, foi publicada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Tal documento foi rebatido e criticado por Olympe de Gouges, que publicou a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã como forma de alerta para o avanço do autoritarismo masculino e uma lembrança da importância da igual valorização da mulher. Por tal feito, a revolucionária foi executada em Paris, o que, para muitos, foi um marco do feminismo.

"O primeiro papel social da mulher definido pelo gênero foi ser trocada em transações de casamento" (LERNER, 2019, p. 263). No decurso da Revolução Industrial, novas formas de exploração da mulher foram surgindo. Já não era suficiente explorar a capacidade reprodutiva, o avanço das produções exigia constante incremento de força de trabalho, o que ocasionou a cooptação das mulheres para trabalhar nas fábricas, com remuneração muito inferior à dos homens e dependendo da autorização deles. Porém, tratava-se de um avanço. Já não eram mais meros objetos decorativos e incubadoras de mão-de-obra, mas faziam parte da construção e crescimento da economia. Desde então, iniciou-se a luta pela igualdade de direitos e pela libertação feminina, logrando conquistas como o direito à educação, ao divórcio, ao voto, ao controle reprodutivo - não pleno, entre outros.

Entretanto, tais conquistas eram voltadas para mulheres brancas e ricas, porquanto mulheres negras ainda buscavam o direito à humanidade depois de séculos de escravidão, nos quais sequer eram vistas como mulheres, a não ser para satisfazer a lascívia dos proprietários através do estupro, que em todas as ocasiões se tratava de demonstração de força e poder. Mulheres negras sempre estiveram inseridas no trabalho, mesmo porque este lhes era compulsório. Após a abolição, tampouco se falou sobre o papel da mulher negra nessa nova sociedade "liberta". Durante grande parte dos movimentos pela luta por direitos para as pessoas negras, não houve menção às mulheres, pelo contrário, muitas eram tratadas como fornecedoras de novos membros para fomentar a revolução, ou seja, ao tentar buscar igualdade com os homens, se deparavam com a intenção de exploração da capacidade reprodutiva delas para satisfazer aos interesses masculinos.

Depois de trabalhar nas lavouras na mesma intensidade que os homens, se rebelar contra os senhores de escravos, defender e proteger os homens negros

dos castigos, sofrer represálias muito mais pesadas que os homens, como explicitado em Mulheres, Raça e Classe: "[...] é importante lembrar que os castigos infligidos a elas ultrapassavam em intensidade aqueles impostos aos homens, uma vez que não eram apenas açoitadas e mutiladas, mas também estupradas." (DAVIS, 2016, p. 36), enfrentar décadas de trabalho agrícola com contratos de arrendamento intermináveis, serem contratadas apenas para trabalhos domésticos, não obtiveram o mesmo apoio deles nas questões específicas das mulheres.

Não bastasse as dificuldades dentro da comunidade negra, o próprio feminismo se distanciava das mulheres racializadas, como o discurso de Sojourner Truth deixou evidente, durante um encontro de mulheres em Akron em 1851:

> Com uma voz que soava como 'o eco de um trovão', ela disse: 'Olhe para mim! Olhe para o meu braço', e levantou a manga para revelar a 'extraordinária força muscular' de seu braço. Arei a terra, plantei, enchi os celeiros, e nenhum homem podia se igualar a mim! Não sou eu uma mulher? Eu podia trabalhar tanto e comer tanto quanto um homem - quando eu conseguia comida - e aguentava o chicote da mesma forma! Não sou eu uma mulher? Dei à luz treze crianças e vi a maioria ser vendida como escrava e, quando chorei em meu sofrimento de mãe, ninguém, exceto Jesus, me ouviu! Não sou eu uma mulher? (DAVIS, 2016, p. 71 *apud* STANTON *et al*., 1881, p. 115-7)

Atualmente, entende-se que os direitos das mulheres são direitos humanos, porém é possível observar que a situação das mulheres racializadas sofreu poucas mudanças, visto que a marginalização e as múltiplas discriminações ainda se fazem extremamente presentes no cotidiano dessa parcela da população. A escravidão está dinamicamente relacionada com o processo de gestação do capitalismo, considerando que o que comandou a consolidação do trabalho compulsório no Novo Mundo foi o capital comercial. O escravo, negro ou mulato, índio ou mestiço, esteve na origem do operário. Antes mesmo de ocorrer a abolição, a mão-de-obra negra livre foi descartada. A partir de uma concepção de superioridade racial branca, sob uma perspectiva higienista, inicia-se uma política de branqueamento no país, que determina que o negro deve enquadrar-se nos padrões de civilidade branca. Nesse contexto, o negro, ex-escravo, é relegado à periferia do sistema de trabalho livre, remanipulando o racismo e criando mecanismos de cerceamento para a população negra em todos os níveis da sociedade.

Nesse diapasão, importa ressaltar que a questão da cor se agrava quando observada a condição de gênero. É possível verificar que dentre as taxas de desemprego a maior delas está entre as mulheres negras. Os dados demonstram o mesmo fluxo quando se trata da formalização do trabalho. No que diz respeito à distribuição do trabalho, a maioria das mulheres negras ocupam o setor de serviços.

Mulheres negras são a base da sociedade brasileira, assim como de diversos outros países. A mão-de-obra desvalorizada e barata que constrói as cidades, com suas empresas e mansões, é adquirida através da exploração da capacidade reprodutiva dessas mulheres, que, por sua vez, são as que têm menos acesso à educação, trabalho, saúde e lazer.

Muito se fala acerca da miscigenação do povo brasileiro, principalmente quando o que está em pauta é o racismo. Olvida-se que ao longo de todo o continente americano a mestiçagem ocorreu de forma forçada, através de violações sexuais constantes perpetradas pelos senhores brancos colonizadores, o que acarretou a relação de coisificação das pessoas negras, especialmente as mulheres. A hipersexualização combinada com a animalização da figura da mulher negra contribuem para a perpetuação da violência contra as mesmas, porquanto são rejeitadas na construção histórica e cultural, lhes é exigida a manutenção de características sobre-humanas no que diz respeito à força e resistência física, mental e psicológica. A negação de aspectos humanos às mulheres racializadas é a negação da própria humanidade.

3. Violências de gênero

A violência contra a mulher se manifesta de diversas formas e está presente em todas as classes sociais, etnias e faixas etárias. É um dos fatores estruturantes da desigualdade entre os sexos, deixando de ser vista como um problema de âmbito privado ou individual para ser encarada como um problema de ordem pública, visto que resulta de uma complexa interação de fatores individuais, de relacionamento, sociais, culturais e ambientais, estando presente em todas as classes, atingindo todos os tipos de mulheres.

No Brasil, mais precisamente no estado do Rio de Janeiro, o Instituto de Segurança Pública (ISP) publica anualmente o Dossiê Mulher, voltado para a divulgação de informações relevantes e importantes sobre violência contra as mulheres. Sua principal base de dados são os Registros de Ocorrência das Delegacias de Polícia Civil de todo o estado. Selecionam os delitos mais

recorrentemente associados aos diferentes tipos de violência contra a mulher, conforme a classificação dada pela Lei nº 11.340 de 2006, divididas em cinco formas: a) violência física; b) violência sexual; c) violência patrimonial; d) violência moral; e, e) violência psicológica. Tais delitos possuem uma dinâmica singular quanto à relação entre acusados e vítimas, possibilitando uma melhor contextualização das diferentes situações de violência, seja no âmbito doméstico e/ou familiar, no transporte público, no ambiente de trabalho ou em locais públicos. Em quase todos os delitos analisados, as mulheres representam mais da metade do total de vítimas.

Conforme a figura abaixo explicita, no ano de 2018 as mulheres não foram as vítimas prevalentes apenas nos homicídios dolosos e nas tentativas de homicídio (ISP, 2019). Porém, nestes dois delitos destacam-se as qualificadoras feminicídio (71 vítimas) e tentativa de feminicídio (288 vítimas), conforme a Lei nº 13.104 de março de 2015, que se aplica quando o crime foi cometido por razões da condição do sexo feminino, envolvendo violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

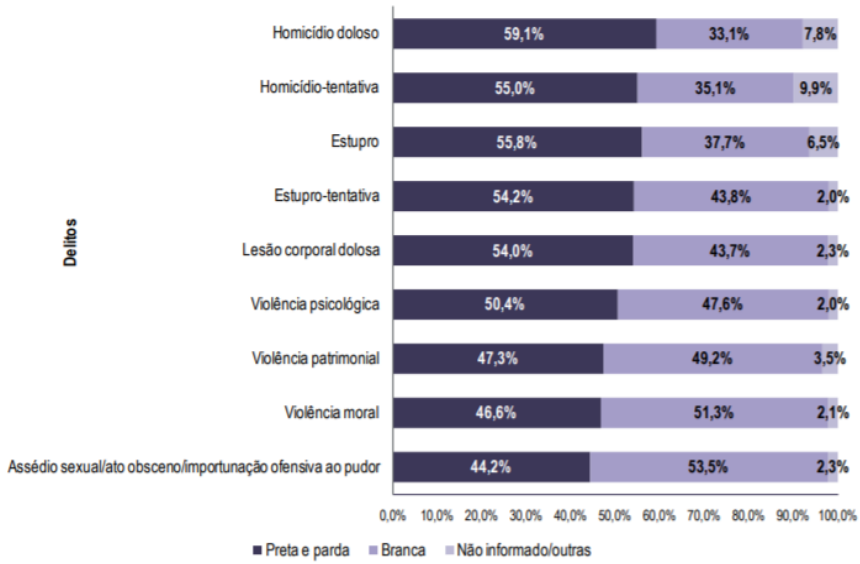
Tabela 1
Dados sobre violência contra a mulher segundo as formas de violência – Estado do Rio de Janeiro – 2018

Formas de violência	Delitos	Total de vítimas	Vítimas mulheres	% de vítimas mulheres
Violência física	Homicídio doloso	4.950	350	7,1%
	Feminicídio	-	71	-
	Tentativa de homicídio	6.242	729	11,7%
	Tentativa de feminicídio	-	288	-
	Lesão corporal dolosa	63.323	41.344	65,3%
Violência sexual	Estupro	5.310	4.543	85,6%
	Tentativa de estupro	339	308	90,9%
	Assédio sexual	165	150	90,9%
	Importunação ofensiva ao pudor	689	638	92,6%
	Ato obsceno	294	193	65,6%
Violência patrimonial	Dano	4.949	2.743	55,4%
	Violação de domicílio	3.239	2.223	68,6%
	Supressão de documentos	591	364	61,6%
Violência moral	Calúnia/ Difamação/ Injúria	40.961	29.665	72,4%
Violência psicológica	Ameaça	56.009	37.423	66,8%
	Constrangimento ilegal	762	404	53,0%

Fonte: ISP com base em dados da Secretaria de Estado de Polícia Civil.

Já a figura abaixo (ISP, 2019) demonstra que, comparativamente, negras e pardas são a maioria das vítimas mulheres em quase todas as violências retratadas, evidenciando a maior vulnerabilidade deste grupo à violência, principalmente às suas expressões mais graves, como homicídio doloso (59,1%), tentativa de homicídio (55,0%) e estupro (55,8%).

Gráfico 1
Distribuição do perfil por cor das mulheres vítimas – Estado do Rio de Janeiro – 2018
(valores percentuais)



Fonte: ISP com base em dados da Secretaria de Estado de Polícia Civil.

Em 2019, no estado do Rio de Janeiro, 59,3% das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar sofreram crimes dentro de residências (ISP, 2020). No dia 13 de março de 2020, o governo do estado decretou o isolamento social, que, ao impor que as pessoas fiquem o maior tempo possível dentro de suas casas, exige o aumento da atenção voltada às vítimas de violências que tendem a ocorrer no âmbito privado, como a violência contra a mulher. Tanto temporal quanto espacialmente, o isolamento social abrange mais ou menos pessoas. Não é somente possível como muito provável que os registros de crimes nas delegacias de polícia tenham sido afetados neste período, por, pelo menos dois motivos: o receio da vítima se expor a uma situação de contágio do vírus, somado à impossibilidade de sair de sua residência pela presença e controle do agressor.

No período de 13 de março a 31 de agosto de 2020 houve queda em relação ao mesmo período de 2019 no número de registros de ocorrências na Polícia Civil. O número de ligações para o Disque Denúncia sobre "Violência contra Mulher" também reduziu. Por outro lado, o Serviço 190 da Polícia Militar apresentou aumento na quantidade de ligações sobre "Crimes contra a Mulher" (12,2%), na mesma comparação de datas. Sobre os registros de ocorrência, o

percentual de redução variou de acordo com o tipo de violência: 30,1% do número de vítimas de violência física, 27,9% do de violência sexual, 39,7% das vítimas de violência psicológica, 43,2% de violência moral e 43,1% de violência patrimonial. Dentre esses crimes, o número de registros enquadrados na Lei Maria da Penha apresentou queda de 30,0% (ISP, 2020).

No entanto, em uma análise mais minuciosa ao longo desse período, observa-se que, desde o final de maio, o registro de vítimas mulheres vem aumentando e, no mês de agosto de 2020, os números estão voltando a se aproximar do patamar observado em 2019. O crime de estupro teve um aumento de 6,5% no número de vítimas mulheres, quando comparado ao mesmo mês do ano anterior. Em comparação com o mês de julho de 2020, houve aumento do número de vítimas para os três delitos: 3,4% a mais para lesão corporal dolosa, 13,4% a mais para ameaça e 24,8% a mais para as vítimas de estupro (ISP, 2020).

Imprescindível destacar que a subnotificação é um fator ainda mais presente neste período de isolamento social. A conscientização da importância da notificação e a mudança de paradigmas devem abranger a educação permanente para diagnosticar, acompanhar e prevenir situações de violência, tema que precisa ser entendido como multidisciplinar, cuja notificação assume papel primordial e necessita de uma estratégia eficiente de organização, possibilitando a construção de uma rede para o seu controle a partir do âmbito municipal ou estadual, sendo essencial a criação de serviços com atenção integral para mulheres em situação de violência e de um sistema de vigilância intersetorial com informações para trazer visibilidade a essa grave situação no Brasil.

4. A positivação dos Direitos Humanos das Mulheres

O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos, que têm força e status de norma supra legal, ou seja, estão acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição, e impõem ao Estado Brasileiro o dever de combater as violações de direitos humanos, a discriminação e a violência contra as mulheres, garantindo um ambiente cultural e social positivo para a igualdade entre os seres humanos.

Em 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, sendo ratificada pelo Brasil em 1984. Neste documento, a discriminação contra a

mulher é entendida como "qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício de direitos humanos ou liberdades fundamentais pelas mulheres" (BRASIL, 2002). Sob esse prisma, a violência contra a mulher se configuraria como uma forma acentuada de discriminação, na medida em que restringe o exercício dos seus direitos humanos e os vitupera.

A Convenção Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995, definiu como violência contra a mulher todo "ato ou conduta baseada no gênero que cause sua morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada" (BRASIL, 1996). As formas de violência estipuladas na Convenção podem ocorrer nos âmbitos da família, unidade doméstica ou em relações interpessoais, na comunidade, podendo ser perpetrada por qualquer pessoa., inclusive por agentes do Estado.

A Declaração e o Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, determina que:

> Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objetivos prioritários da comunidade internacional. A violência baseada no sexo da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual, nomeadamente as que resultam de preconceitos culturais e do tráfico internacional, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Isto pode ser alcançado através de medidas de caráter legislativo e da ação nacional e cooperação internacional em áreas tais como o desenvolvimento socioeconômico, a educação, a maternidade segura e os cuidados de saúde, e a assistência social. Os Direitos Humanos das mulheres deverão constituir parte integrante das atividades das Nações Unidas no domínio dos Direitos Humanos, incluindo a promoção de todos os instrumentos de Direitos Humanos relativos às mulheres. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos insta os Governos, as instituições e as organizações intergovernamentais e não governamentais a intensificarem os seus esforços com vista à proteção e à promoção dos Direitos Humanos das mulheres e das meninas. (USP, 1993)

Já no âmbito das Nações Unidas, a atuação da Comissão sobre a Condição da Mulher e do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher passaram a ter um importante papel no acompanhamento do cumprimento das normas relativas à situação da mulher em todo o mundo. Além

disso, outras instâncias, como o Fundo das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) e inúmeras comissões sobre a mulher em órgãos como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por exemplo, passaram a atuar no apoio a programas voltados para o desenvolvimento da mulher. Tais iniciativas foram decisivas para a proclamação pelas Nações Unidas, em 1993, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de que os direitos da mulher e da menina são parte inalienável, integrante e indivisível dos direitos humanos universais. Constatou-se que uma das faces mais cruéis do desrespeito aos direitos humanos da mulher - a violência física, psicológica e sexual - é de preocupante magnitude em todos os países.

Inúmeras outras normas que visam eliminar as discriminações contra as mulheres também são encontradas em documentos internacionais que tratam de temas gerais como meio-ambiente, população, educação, direitos políticos, direitos econômicos e sociais, proteção a refugiados etc. Nesse sentido, torna-se necessário o conhecimento, a difusão e a aplicação destes outros instrumentos.

No que se refere ao Brasil, o país apresenta um quadro legislativo bastante avançado no que se refere proteção das mulheres. Na realidade, esse quadro legislativo favorável foi fruto de um longo processo de luta das mulheres pela ampliação de sua cidadania. O movimento feminista brasileiro foi um ator fundamental nesse processo. Desde meados da década de 70, esse movimento tem lutado em defesa da igualdade de direitos entre homens e mulheres, dos ideais de Direitos Humanos, defendendo a eliminação de todas as formas de discriminação, tanto nas leis como nas práticas sociais. De fato, a ação organizada do movimento de mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, ensejou a conquista de inúmeros novos direitos e obrigações correlatas do Estado, tais como o reconhecimento da igualdade na família, o repúdio à violência doméstica, a igualdade entre filhos, o reconhecimento de direitos reprodutivos etc.

A Lei Maria da Penha foi sancionada em 7 de agosto de 2006 pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Com 46 artigos distribuídos em sete títulos, ela cria mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com a Constituição Federal e os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. É considerada pela Organização das Nações Unidas a terceira melhor lei do mundo no combate à violência doméstica, perdendo apenas para Espanha e Chile.

A legislação penal sofreu alterações para eliminar a possibilidade de impunidade do agressor sexual que se casa com a vítima, retirar do rol dos crimes o adultério, delito que tem servido de pretexto para a tese da legítima defesa da honra, caracterizar o estupro como crime contra a dignidade sexual e não contra os costumes, acrescentar o delito de estupro de vulnerável, a violação sexual mediante fraude, o assédio sexual, a corrupção de menores, a satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente, o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, o lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, entre outros. Em 2018, destaca-se a tipificação dos crimes de importunação sexual, de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, de estupro coletivo e estupro corretivo.

As mulheres ainda sofrem discriminações de diversas ordens, evidenciadas pelas estatísticas sociais que revelam a feminilização da pobreza, a baixa representatividade nos espaços de poder do Estado e da sociedade e demonstram a enorme distância entre os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e as práticas sociais. As políticas e os programas econômicos mundiais e nacionais, caracterizados pelos processos de ajustes estruturais acarretam consequências perversas as mulheres. A Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995) constata que a vida e as aspirações das mulheres são restringidas por atitudes discriminatórias e estruturas sociais e econômicas injustas. Endossando a perspectiva ampla sobre os direitos humanos, a Plataforma considera que a emancipação da mulher é uma condição básica para a existência de justiça social e, nesse sentido, não deve ser encarada como um problema apenas das mulheres, mas envolver toda a sociedade. Além disso, apesar do avanço legislativo, verifica-se a persistência da violência exercida unicamente por motivo de sexo, como a violência doméstica e a violência sexual, que ainda encontram atitudes complacentes ou indiferentes do Estado e da sociedade.

Para acessar a complexidade da violência de gênero, é preciso desvendar as estruturas e seus mecanismos a partir da perspectiva de gênero, o que não ocorre na sociedade. A violência de gênero é uma das expressões das relações de poder que objetiva manter as relações de desigualdade e de subalternidade entre homens e mulheres. Antes da Lei Maria da Penha, promulgada em 2006, não havia o conceito de violência de gênero no campo jurídico, embora houvesse um discurso feminista sobre violência de gênero nas mais variadas áreas. A questão da desigualdade de poder é explícita nas diferenças de gênero, e mesmo

constando expressamente na Lei Maria da Penha, na prática ainda encontra muita resistência para sua efetividade.

CONCLUSÃO

Embora tenhamos Convenções que assegurem os direitos das mulheres de não sofrer discriminações e violências, além de protegerem as mulheres pela sua condição racial, étnica ou de deficiência, ainda é necessário analisar os sistemas de subordinação das interseccionalidades, visando garantir de forma mais efetiva o direito à não discriminação. Nesse sentido, é fundamental estarmos aptos a compreender que as vivências de submissão feminina foram gestadas na longa trajetória das relações sociais, sendo a igualdade formal entre homens e mulheres algo que poucas vezes se efetiva nas experiências de intimidade. Além disso, agregar a noção de interseccionalidade dos marcadores raciais e étnicos na constituição de múltiplas violações de direitos é imprescindível para práticas jurídicas e psicológicas que problematizem a desigualdade material no acesso à justiça, bem como no acesso aos equipamentos da saúde. Num país constituído pela escravidão e pelo racismo, é fundamental transcendermos a transparência da branquitude da maior parte dos profissionais do Direito e da psicologia, com o consequente reconhecimento de que as mulheres negras vivenciam diferentes formas de acessar seus direitos.

É preciso olhar mais para o racismo institucionalizado e entender como combatê-lo. Superar a violência na sociedade não é só produzir mais leis, mas melhorar as políticas públicas. Não apenas sua proposição, mas a forma de implementação, visto que se a implementação de políticas públicas continuarem centralizadas em instituições que olham para a população negra com discriminação, nunca vamos conseguir superar esse problema.

A desigualdade de gênero é uma afronta à igualização proposta pelos Direitos Humanos desde a sua fundação e esta desigualdade, o poder e o domínio de uns sobre outras tem também a sua história. A reivindicação de Direitos Humanos aplicados às mulheres ocorre porque até há pouco tempo não eram consideradas humanas, mas sim, filhas, esposas de humanos. É indiscutível a necessidade da participação das mulheres como um componente fundamental no debate das políticas públicas, mas ainda assim existe um longo caminho de superação das velhas ideias econômicas que ignoravam o feminino e excluíam as mulheres das grandes questões da econômica global.

O feminismo enquanto movimento social e político propõe como estratégia essencial à construção das bases de outra economia, a agregação de alguns elementos e teorias pela economia solidária. O principal objetivo é o de que a economia solidária assuma a agenda feminista, rompendo com a separação dicotômica entre produção e reprodução, com a divisão sexual do trabalho, ampliando a noção e o conceito de trabalho. Superar a hierarquia entre as atividades mercantis e não mercantis que atendam às necessidades da subsistência humana é fundamental para compreender a desvalorização do mundo da reprodução e das tarefas que o envolvem, até então consideradas secundárias, efêmeras e sem importância. As mulheres rurais e indígenas, embora enfraquecidas por uma situação de dependência historicamente construída, são as principais protagonistas na manutenção da vida nas comunidades.

Compreender o trabalho invisível realizado pelas mulheres na execução das atividades de reprodução não mercantis leva a ampliar a noção de trabalho para além da tradicional visão. Ampliar o conceito de trabalho para considerá-lo em sua totalidade e em todas as suas esferas contribui para a igualdade de atividades de quem as executa, avançando em direção a superação da divisão sexual do trabalho. O horizonte da igualdade, da autonomia e da superação das relações de poder dos homens sobre as mulheres apresenta a pauta de transformações das relações interpessoais, da luta por mudanças estruturais na sociedade, na economia, na cultura. Falar em Direitos Humanos na atualidade é tão somente inserir com dignidade e respeito todo os sujeitos que compõem a sociedade.

Os discursos que nomearam o masculino e o feminino foram profundamente inculcados na cultura ocidental e estabeleceram a preponderância do masculino e a subordinação do feminino. Combater estes discursos é um trabalho árduo que exige a atenção de todas as instituições. A radical desigualdade entre os sexos ter se transformado em chaga mundial e caso de saúde pública torna necessário a convocação dos direitos humanos para combatê-la. Os direitos humanos aplicam-se a todos os seres humanos, homens e mulheres, e é preciso criar um mundo diferente onde a liberdade possa ser desfrutada por todas as pessoas

REFERÊNCIAS

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Declaração de Pequim Adotada pela Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz.*

Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPequimquartconfmulh.html. Acesso em: 13 set. 2020.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 9-244.

DHNET. *Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra Mulheres – CEDAW*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/abc/onu/comites_mulher.htm. Acesso em: 18 set. 2020.

EDITORA CONTEXTO. *As origens das civilizações e do patriarcado*. Disponível em: http://blog.editoracontexto.com.br/as-origens-das-civilizacoes-e-do-patriarcado/. Acesso em: 8 mar. 2020.

GELEDÉS. *Enegrecer o Feminismo: A Situação da Mulher Negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero*. Disponível em: https://www.geledes.org.br/enegrecer-o-feminismo-situacao-da-mulher-negra-na-america-latina-partir-de-uma-perspectiva-de-genero/. Acesso em: 12 ago. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_mercado_trabalho.html. Acesso em: 7 ago. 2020.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Dossiê Mulher*. Disponível em: http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=48. Acesso em: 12 set. 2020.

LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. 1. ed. São Paulo: Cultrix, 2019. p. 7-375.

ONU MULHERES. *Comissão da ONU sobre a Situação das Mulheres*. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/csw/. Acesso em: 18 set. 2020.

ONU MULHERES. *Conferências Mundiais da Mulher*. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/. Acesso em: 18 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Igualdade de gênero e raça, erradicação da pobreza e geração de emprego*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/lang--pt/index.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

PLANALTO. *Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

PLANALTO. *Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

PLANALTO. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 18 set. 2020.

SCIELO. *A relação de classe e raça na formação da classe trabalhadora brasileira*. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/sssoc/n133/0101-6628-sssoc-133-0432.pdf. Acesso em: 6 set. 2020.

TODA MATÉRIA. *Feminismo*. Disponível em: https://www.todamateria.com.br/feminismo/. Acesso em: 8 mar. 2020.

USP - BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração e Programa de Ação de Viena - 1993*. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html. Acesso em: 12 set. 2020.

O PROJETO LEGISLATIVO DE IDENTIDADE DE GÊNERO NO DIREITO BRASILEIRO:
entre a reificação e a subversão da heteronormatividade

Beatriz Kimura de Oliveira Mendes
Universidade Estadual de Londrina
Graduanda em Direito, Londrina, Brasil
beatriz.kimura@uel.br

Samia Moda Cirino
Faculdades Londrina
Professora nos cursos de Graduação e Mestrado em Direito, Londrina-PR, Brasil
samiamoda@hotmail.com.

Simone Vinhas de Oliveira
Universidade Estadual de Londrina
Professor Assistente, Departamento de Direito Privado, Londrina, Brasil
vinhas@uel.br

Resumo: O presente trabalho analisa o Projeto de Lei João W. Nery (PL 5.002/2013), em trâmite no Brasil, que visa a assegurar o direito à identidade de gênero e direitos correlatos. Essa análise é realizada de acordo com as categorias e críticas da teoria *queer* desenvolvida por Judith Butler. Intenta-se verificar se o PL 5.002/2013, com os conceitos e garantias trazidos em seu texto, pode ser considerado um marco jurídico compatível à etapa de ressignificação das categorias de sexo, gênero e sexualidade, proposta pela autora. Neste sentido, averiguamos se o projeto de lei abandona aspectos biologizantes ou naturalizantes de sexo e gênero e se rompe com a lógica heteronormativa. Esse estudo se faz importante, pois permite desvelar a situação de vulnerabilidade social em que pessoas transgêneras e intersexuais se encontram no Brasil e se é possível produzir uma normatização que permita um avanço na plena vivência desses sujeitos. A metodologia adotada consiste em revisão bibliográfica do PL 5.002/2013 e dos dados sobre a população trans e intersex. No primeiro tópico, analisamos o projeto de lei, os direitos aos quais pretende tutelar, sua justificativa, bem como o cenário político em que esteve tramitando na Câmara dos Deputados do parlamento brasileiro. Em um segundo momento, apresentamos a teoria *queer* desenvolvida por Judith Butler, sua crítica à lógica binária excludente e o conceito de seres abjetos. No terceiro e último tópico, observamos se o projeto de lei rompe com padrões biologizantes e se pode atuar como instrumento na etapa de ressignificação de sexo, gênero e sexualidade, à luz do pensamento de Butler. Os resultados alcançados foram os de que, apesar de

trazer uma visibilidade importante a sujeitos excluídos e vulnerabilizados socialmente, o Projeto de Lei 5.002/2013 acaba por reificar padrões biologizantes opressores e, portanto, é passível de alterações para ser compatível ao modelo subversivo butleriano.

Palavras-chave: Identidade de Gênero. Teoria *Queer*. Seres abjetos. Ressignificação. Performatividade.

INTRODUÇÃO

Nesta investigação, analisaremos o Projeto de Lei nº 5.002 de 2013 que, no Brasil, visa à normatização da identidade de gênero, prevendo garantias e direitos da personalidade e saúde para pessoas não binárias ou gênero-divergentes. Por meio da análise do projeto de lei, dos seus objetivos e da sua tramitação no Congresso Nacional brasileiro, verificaremos como o tema da identidade de gênero tem sido conduzido no cenário político e jurídico brasileiro. A relevância se demonstra a partir da possibilidade de desvelar a vulnerabilidade social em que transgêneros e intersexuais se encontram no Brasil e como a atual normatização, sistematicamente, exclui e invisibiliza tais sujeitos, sendo o projeto de lei uma tentativa de acesso a direitos de saúde e ao nome. Para este estudo, a metodologia adotada foi a de revisão bibliográfica, analisando o projeto de lei e as nuances que o permearam.

A análise do projeto de lei sobre identidade de gênero no Brasil será realizada a partir do pensamento de Judith Butler, em especial, sua crítica à heteronormatividade e à lógica binária falocêntrica, bem como sua conceituação sobre abjeção de sujeitos. Observaremos como a atual legislação brasileira não assegura, de forma plena, o direito à retificação de registro – e, portanto, ao nome e reconhecimento de gênero – e o direito à saúde, no fornecimento de tratamentos médicos, assistenciais e psicológicos, para sujeitos transgêneros e intersexuais. A regulamentação ocorre apenas em âmbito administrativo, por resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Ministério da Saúde. Neste contexto, o projeto de lei seria uma forma de regulamentação amplificada para garantir tais direitos.

Assim, no primeiro tópico, abordaremos as nuances em que o PL 5.002/2013 foi elaborado e o contexto político em que tramitou. Estudaremos os conceitos, categorias e justificativas apontadas pelo projeto e como ocorrem,

no atual momento, as políticas de retificação de nome e gênero e de saúde pública. Analisaremos, na sequência, a teoria *queer* desenvolvida por Judith Butler e a construção de sua crítica à heteronormatividade. No terceiro tópico, passaremos à análise das definições apresentadas no PL 5.002/2013 sobre identidade de gênero e as categorias correlatas de sexo, gênero e sexualidade. Ainda, à luz da teoria da autora e de seu modelo subversivo, verificaremos se o projeto de lei se apresenta como um instrumento na etapa de desconstrução e ressignificação daquelas categorias ou se representa violência normativa.

1. A trajetória do Projeto de Lei sobre identidade de gênero no Brasil

Nesta seção, analisaremos o Projeto de Lei (PL) nº 5002, de fevereiro de 2013. O mencionado PL foi elaborado e apresentado à Câmara dos Deputados pelos, então, deputados federais Jean Wyllys e Érika Kokay, cerca de um ano após a promulgação da Lei nº 26.743 de 2012, na Argentina, que versa sobre o mesmo tema de identidade de gênero. A lei argentina serviu de modelo para quase todos os dispositivos constantes no projeto elaborado pelos parlamentares brasileiros, como mencionam inclusive na justificativa da proposta, ao afirmarem que "o presente projeto, baseado na lei de identidade de gênero argentina, recolhe a melhor dessas experiências", ressaltando o motivo da escolha dessa legislação para embasar uma possível lei federal no Brasil.

O PL foi apresentado no plenário da Câmara dos Deputados em 20 de fevereiro de 2013, encaminhando-se, no mês seguinte, à mesa diretora da instituição, a qual a transferiu para apreciação da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CCHM) apenas em fevereiro de 2014. O projeto permaneceu sem qualquer movimentação até janeiro do ano seguinte, quando foi arquivado com base no Art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que permite o arquivamento dos projetos de lei que estejam em trâmite, e sem movimentação recente, no novo ano legislativo.

Um mês depois, em fevereiro de 2015, o então deputado Jean Wyllys apresentou requerimento para desarquivar o projeto de lei, pedido que foi concedido, sendo encaminhado, novamente, para análise da CCHM. O relator do projeto emitiu parecer favorável em novembro de 2015, sendo aprovado pela comissão em maio de 2016. Assim, foi enviada cópia à ministra dos Direitos Humanos, a qual se manifestou, em julho de 2017, no sentido de apreciação e

aprovação do PL com agilidade, sob a justificativa de que representava garantias de direitos à população LGBT.

Com retorno da ministra, a CCHM apensou um parecer da Rede Nacional de Pessoas Trans do Brasil – REDETRANS, em dezembro de 2017, que também se manifestou pedindo a articulação dos deputados federais, para a tramitação e aprovação do projeto de lei, tendo em vista a relevância da matéria. O trâmite do projeto permaneceu inerte até ser arquivado pela segunda vez, em janeiro de 2019, com o mesmo fundamento anteriormente formulado. Desde então, o projeto permanece com o mesmo *status*.

Entre 2013 e 2019, período de tramitação do PL 5002/2013, o Brasil passou por uma crise política e institucional. Em junho de 2013, milhares saíram às ruas manifestando-se, inicialmente, contra as tarifas do transporte público, movimento que ficou conhecido como *Jornadas de Junho*. Posteriormente, outras pautas foram incorporadas pelo movimento, especificamente contra o governo da então Presidente da República, Dilma Rousseff, com críticas a políticas públicas afirmativas de grupos vulnerabilizados e luta contra corrupção. Em 2014, a presidente conseguiu se reeleger ao cargo ocupado desde 2010, com pequena diferença entre o candidato concorrente, Aécio Neves, que nos anos de 2015 e 2016, impulsionou o Movimento Brasil Livre (MBL) para pressionar um possível *impeachment* da chefe do executivo (BORGES, 2015). Em 2016, como noticiam Venturini, Prado e Ducroquet (2016), a presidenta Dilma Rousseff passa pelo processo de *impeachment* e deixa o cargo de Presidente da República, assumindo o cargo o ex-vice presidente, Michel Temer.

O mandato de Temer ficou marcado pela aprovação de diversas leis que fundamentam políticas sociais regressivas, como a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 55 de 2016, também conhecida como PEC do Teto dos Gastos. A referida lei, aprovada em 2016, limitou os gastos públicos por 20 anos – inclusive quanto ao repasse de verbas para saúde, educação, cultura, segurança pública (SENADO, 2016). No ano seguinte, 2017, o parlamento brasileiro aprovou a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017 - SENADO, 2019), com diversos dispositivos que, sob o discurso de flexibilização das relações de trabalho, suprimiram direitos trabalhistas e precarizaram as condições de trabalho formal. Ainda em 2017, Michel Temer, foi processado criminalmente por corrupção passiva e quase foi afastado de seu cargo. Em 2018, tramitou a primeira proposta de Reforma da Previdência, com o fundamento de controlar um suposto rombo na Previdência Social. Essa também foi uma tentativa do

governo Temer que, entretanto, não prosperou e foi recusada pelo Congresso nacional (OTTA, 2018).

Ainda em 2018, em março, ocorre o homicídio da vereadora Marielle Franco (PSOL). Ela voltava de um compromisso político para sua casa, quando o carro em que estava foi alvejado com 13 tiros, levando a óbito também o motorista Anderson Gomes. O crime repercutiu por todo o país, diante da violência ocorrida (VENTURINI, 2018). Em outubro do mesmo ano, o candidato Jair Bolsonaro, figura controversa e polêmica por suas declarações de cunho machista, racista e homofóbico, é eleito Presidente da República (BRUM, 2019).

Em janeiro de 2019, o deputado federal Jean Wyllys, um dos autores do PL 5002/2013, deixa o Brasil e renuncia ao seu mandato, devido a graves ameaças de morte. No mesmo mês e ano, o projeto de lei João W. Nery é arquivado pela segunda vez e permanece inerte desde então.

Essa descrição do contexto político brasileiro, ao longo da tramitação do PL 5002/2013, pode nos indicar os motivos pelos quais o seu trâmite foi protelado e arquivado por duas vezes. O Brasil não apresentava um cenário fértil para a consagração de direitos LGBTI+, caminhando para um projeto político conservador.

Voltando-nos aos objetivos e fundamentos para a propositura do Projeto de Lei 5002/2013, os autores da lei mencionam a invisibilização da comunidade transgênera e intergênero, "pessoas que vivem sua vida real com um nome [...], mas que carregam consigo um instrumento de identificação legal, uma carteira de identidade que diz outro nome" (WYLLYS; KOKAI, 2013). Assim, o projeto afirma a problemática de que

> [...] há pessoas que não existem nos registros públicos e em alguns documentos e há outras pessoas que só existem nos registros públicos e em alguns documentos. E umas e outras batem de frente no dia-a-dia em diversas situações que criam constrangimento, problemas, negação de direitos fundamentais e uma constante e desnecessária humilhação. (WYLLYS; KOKAI, 2013)

Assim, o PL tem por objetivo garantir "o respeito do direito à identidade de gênero, acabando para sempre com uma gravíssima violação dos direitos humanos" que ocorre no Brasil e que abandona milhares de pessoas da tutela

estatal, do acesso fundamental ao nome, aos direitos da personalidade, ao reconhecimento social, à saúde.

O projeto, inclusive, se fosse aprovado, seria também conhecido como Lei João W. Nery, uma homenagem a Nery, escritor, ativista, homem trans e o primeiro a passar por procedimentos cirúrgicos de readequação de gênero (COSTOLLI, 2018). Como menciona o próprio projeto de lei, autor de "Viagem Solitária", Nery traduziu em suas obras a realidade de abandono e apagamento de pessoas transgêneras e teve que abandonar parte da sua história, de si, para driblar uma legislação que o impedia de ser quem era (WYLLYS; KOKAI, 2013).

Em sua proposta, o PL 5002/2013 adota o conceito de identidade de gênero apresentado pela lei argentina, conceituando-a, no artigo 2º, como "a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo". Esse conceito foi construído, como explicam os parlamentares, com base nos Princípios de Yogyakarta – elaborados por uma comissão internacional de juristas da Organização das Nações Unidas (ONU) – sobre a aplicação dos Direitos Humanos quanto às questões de gênero e sexualidade. Nesse sentido, os Princípios estabelecem um conceito de pessoa trans:

> [...] o conceito de pessoa trans utilizado no presente projeto de lei é: "pessoa que nasceu num sexo biológico definido, mas se identifica no gênero oposto ao que se entende culturalmente como correspondente a tal sexo", o que abrange os conceitos de transexual, travesti e transgêneros; e o conceito de pessoa intersexual é "pessoa que nasceu com o sexo biológico indefinido, foi registrada e criada como pertencente a um determinado gênero, mas (neste caso em específico) não encontra identificação em tal".

Apresentados esses conceitos iniciais, trazidos pela proposta legislativa, dividiremos a análise do PL em duas seções principais: direitos da personalidade e acesso à saúde pública.

Como observamos dos artigos 1º ao 7º, a proposta se dedica a falar sobre a possibilidade de retificação de registro – nome e gênero – de forma simplificada, diretamente no Cartório de Registro de Civil, sem a necessidade de ingressar com ação judicial para tanto. O objeto seria, justamente, de facilitar o acesso ao direito ao nome e identidade de gênero, sem passar pelo crivo do Judiciário e pelos prolongados trâmites de processos judiciais.

A saber, no Brasil, o processo de retificação de registro civil ocorria, apenas, mediante processo judicial e permaneceu deste modo até o ano de 2018, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4275, que tal retificação não requer autorização judicial e deve ocorrer, independentemente, da pessoa ter realizado ou não a cirurgia de transgenitalização.

Com esta decisão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu diretrizes para os cartórios procederem à alteração de nome e gênero, diretamente, sem a necessidade de uma decisão judicial, ou de qualquer tratamento ou intervenção médica. No ano de 2016, em razão da ADIN nº 4275, que ainda tramitava no STF sem julgamento, a Defensoria Pública da União (DPU) e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) protocolaram um pedido junto ao CNJ para que permitisse a retificação do registro civil direto nos cartórios. Este protocolo permaneceu suspenso até a decisão do STF e voltou a tramitar com o trânsito em julgado da ação direta de inconstitucionalidade supramencionada. (OLIVEIRA, 2019). Assim, como resultado do pedido da DPU e do IBDFAM, por força da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 4275, foi editado, pelo CNJ, o Provimento n. 78/2018, o qual, regulamentou e possibilitou administrativamente um processo mais célere para a retificação do registro civil, em conformidade com o nome e gênero com os quais a pessoa se identifica.

Sobre o acesso à saúde pública, e, mais especificamente, ao fornecimento dos tratamentos que compõem o processo transexualizador, o projeto menciona que "A lei também regulamenta as intervenções cirúrgicas e os tratamentos hormonais que se realizam como parte do processo de transexualização, garantindo a livre determinação das pessoas sobre seus corpos" (WYLLYS; KOKAI, 2013). E faz a ressalva de que os tratamentos do processo transexualizador já são disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), entretanto, apenas regulamentados por dispositivos em âmbito administrativo.

De fato, os serviços de tratamento médico para a população transgênera, no Brasil, ocorrem mediante normativas administrativas e, até 1997, era proibida. Somente em 2008 foi instituído no SUS, por meio das portarias n. 1.707/GM/MS e n. 457/SAS/MS, do Ministério da Saúde, procedimentos que regulamentavam a habilitação de serviços em hospitais e universitários e na realização de procedimentos hospitalares para transexuais e travestis, conforme dados do *site* do próprio ministério.

Após muita luta do movimento LGBT+, houve uma ampliação de atendimento especializado às pessoas transgêneras e um acolhimento destas sem qualquer tipo de discriminação, regulamentada pela Portaria nº 859 do Ministério da Saúde, no ano de 2013. Essa normativa revisou a "lógica do cuidado", determinando, ao menos formalmente, uma estrutura organizada desde a atenção básica, até a especializada, focada não somente nos procedimentos médicos, mas na construção de estruturas e ampliação dos serviços de atenção ambulatorial.

No mesmo ano, por meio da Portaria no 2.803/2013, o Ministério da Saúde redefiniu e ampliou o processo transexualizador no SUS, encerrando a vigência da Portaria n. 859, do mesmo ano. Neste momento, foi implementada a Política Nacional de Saúde Integral de LGBTs, cujo objetivo seria uma maior democratização do acesso aos tratamentos para transgêneros, de modo gratuito e pleno, ofertado pelo Estado brasileiro.

A análise trazida pelo PL 5002/2013, em sua justificativa, apresenta certa coerência, uma vez que, com um projeto de governo reacionário, essas regulamentações administrativas poderiam ser revogadas e precarizadas, ou, ainda, retornar ao patamar de proibição de oferta de qualquer tratamento ou acompanhamento médico, em âmbito público ou privado.

A tramitação do PL 5002/2013, sem efetiva aprovação, após mais de sete anos de sua apresentação no Congresso, expõe, por um lado, a sedimentação dos quadros opressores de gênero, sexo e sexualidade na sociedade brasileira. Os entraves na tramitação do projeto e o posterior arquivamento são emblemáticos na identificação da lógica heteronormativa que constitui os seres corporais e as identidades sexuais de acordo com uma estrutura binária heterossexual e falocêntrica. Essa mesma lógica estabelece como abjetos todos os indivíduos que não se enquadram na regra da heternormatividade. Como abjetos, não são considerados sujeitos; não são detentores de direitos; não são inteligíveis; não são vidas vivíveis. Portanto, negar a aprovação do projeto de lei, é negar as condições de vida digna a esses "seres desviantes", impondo, dia após dia, a morte social desses indivíduos.

Com intuito de aprofundar os motivos que ensejaram a proposta normativa da identidade de gênero no Direito brasileiro e de realizar uma análise crítica da própria, na próxima seção, abordaremos a proposta subversiva das relações de gênero desenvolvida por Judith Butler. Pretende-se expor a violência inerente à constituição de sexo, gênero e sexualidade na nossa sociedade,

apontando para a desconstrução dessas mesmas categorias e sua ressignificação em termos radicais.

2. Heterossexualidade compulsória: constituição dos seres corporais e das identidades sexuais

Neste ponto, avançada a análise sobre o Projeto de Lei nº 5002/2013, abordaremos alguns conceitos da Teoria *Queer* desenvolvida por Judith Butler. A autora teve parte de seus estudos sobre relações de gênero influenciados pelos pensamentos e teorias do filósofo Michel Foucault e, por esse motivo, iniciaremos este tópico com alguns conceitos elaborados por ele. No pensamento de Foucault, buscamos a genealogia das relações de poder e, em Butler, encontramos o desenvolvimento dessa perspectiva foucaultiana voltada especificamente à constituição do sexo, gênero e sexualidade.

Quanto à primeira categoria, podemos conceituar as relações de poder como a multiplicidade de forças correlatas ínsitas ao campo do domínio, no qual se expressam e atuam, constituindo a organização daquele, suas estruturas, matrizes ou, por outro lado, possibilitando a precarização de sistemas (FOUCAULT, 2015, p. 101).

Na obra História da Sexualidade, Foucault (2015, p. 98) apresenta uma nova forma de poder, não partindo da repressão, da punição e disciplina do corpo pela normalização de condutas para que o sujeito se adeque ao discurso hegemônico. Ao contrário, aponta para outra forma de poder, constitutivo da própria vida, denominado *biopoder*, o qual se destaca por atuar não apenas de modo individual, mas a partir de uma conformação do sujeito em âmbito coletivo, do sujeito-espécie, conforme explica Cirino (2017, p.100):

> Com isso, o poder deixa de se dirigir apenas ao sujeito individual, como na normalização disciplinar, e volta-se, também, sobre o sujeito-espécie, incidindo sobre os processos biológicos. Assim, o biopoder mostra uma outra face do poder, que não se restringe à dominação direta e repressiva, mas envolve técnicas de um poder produtivo.

A partir desse conceito, Foucault rompe com a ideia de sujeito da modernidade, para apresentar um sujeito que não é pré-existente e que não se constitui de uma essência, mas que é constituído pelas relações de poder em determinados contextos sócio-históricos. No processo de subjetivação incidem sobre o sujeito tecnologias de poder para constitui-los de acordo com a lógica

das relações de poder, bem como incidem as tecnologias de si, ou seja, como os sujeitos assimilam, interpretam e ressignificam essas normas impostas pela matriz de poder (CIRINO, 2017, p. 103).

Essa crítica ao sujeito da modernidade também está presente no pensamento de Judith Butler, ao afirmar que "os limites da análise discursiva do gênero pressupõem e definem por antecipação as possibilidades das configurações imagináveis e realizáveis na cultura", de forma que tais limites são construídos dentro de um discurso cultural hegemônico, baseado em estruturas binárias e representadas na linguagem da racionalidade universal (BUTLER, 2019, p. 30 e 31).

Para Butler, assim como Foucault, o corpo é categoria analítica chave de seus estudos, haja vista o escopo em seus trabalhos de desconstruir a relação entre sujeito e corpo da modernidade. Nisto, a autora desconstitui a dicotomia corpo-alma, deixando de pautar uma hierarquia entre consciência/mente e corpo:

> Na tradição filosófica, que se inicia em Platão e continua em Descartes, Husserl e Sartre, a distinção ontológica entre corpo e alma (consciência, mente) sustenta, invariavelmente, relações de subordinação e hierarquia políticas e psíquicas. A mente não só subjuga o corpo, mas nutre ocasionalmente a fantasia de fugir completamente à corporificação. […] Resulta que qualquer reprodução acrítica da distinção corpo/mente deve ser repensada em termos da hierarquia de gênero que essa distinção tem convencionalmente produzido, mantido e racionalizado. (BUTLER, 2019, p. 35)

Ao estudar as relações de poder constitutivas dos seres corporais e das identidades sexuais, Butler identifica, como normas da matriz cultural heteronormativa, a heterossexualidade e o falocentrismo. A heteronormatividade é entendida como "práticas reguladoras que geram identidades coerentes por via de uma matriz de normas de gênero coerentes" (BUTLER, 2019, p. 44). De acordo com esse pensamento, "podemos entender a heterossexualidade como o discurso hegemônico que busca estabelecer uma unidade em torno das posições binárias homem/mulher e excluir posições homossexuais, criando uma falsa estabilidade entre sexo, gênero e desejo" (CIRINO, 2017, p. 109). Por sua vez, o falocentrismo representa a norma constitutiva dos sujeitos a partir do simbólico que o falo representa:

> O falo estabelece as condições de significação dos corpos às posições sexuais. Não representa apenas o órgão sexual masculino, mas é também a transfiguração imaginária dessa parte em uma função centralizadora e totalizadora do corpo, ou seja, é o que controla as significações do discurso

> a partir da figura masculina e da posição heterossexual, portanto, conforme uma lógica binária (CIRINO, 2017, p. 65).

Essas normas estabelecidas pelo discurso hegemônico atuam com a finalidade de moldar e disciplinar os corpos, a partir de uma lógica binária que estabelece como decorrência o sexo e gênero, excluindo identidades que se apresentem no limite discursivo:

> […] o discurso hegemônico que busca estabelecer uma unidade em torno das posições binárias homem/mulher e excluir posições homossexuais, criando uma falsa estabilidade entre sexo, gênero e desejo. Já a heteronormatividade é o conjunto de prescrições que fundamenta processos sociais de regulação e controle para a naturalização e imposição da heterossexualidade. (BUTLER apud CIRINO, 2017, p. 109)

A prática reiterada das normas regulamentadoras, por meio das quais a heteronormatividade produz seus efeitos, é conceituada por Butler como performatividade. Em outras palavras, para a autora, o sexo e o gênero são performativamente constituídos, ou seja, são compulsoriamente constituídos a partir da repetição de normas que representam a lógica heteronormativa para materializar o sexo nos seres corporais e criar um efeito fixo, estável e coerente de gênero. De acordo com Butler:

> A performatividade não deve ser entendida como um ato singular e deliberado, mas como a prática reiterada e referencial mediante a qual o discurso produz os efeitos que nomeia [...] e, à medida que adquire a condição de ato no presente, oculta ou dissimula as convenções das quais é uma repetição. (BUTLER, 2002, p. 34)

Assim, Butler entende que os atributos de gênero, externalizados para a sua materialização no campo social não são genuínos, naturalmente performados pelos sujeitos, mas determinados e disciplinados pela heteronormatividade, atuando performativamente. Desse modo, a autora considera que o sexo e o gênero não podem ser entendidos como o resultado de uma reflexão do sujeito, pois a estrutura do discurso hegemônico limita e condiciona o corpo a se comportar, se vestir e se configurar dentro dos moldes da matriz cultural do poder (BUTLER, 2019, p. 243).

A partir disso, Butler identifica que alguns corpos encontraram significação em âmbito coletivo, os chamados *gêneros inteligíveis*, os quais "instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo" (BUTLER, 2019, p. 42). Os termos "coerência" e

"continuidade" não seriam atributos lógicos da condição de pessoa, mas normas de inteligibilidade que se instituem socialmente e são mantidas pela heteronormatividade.

Por outro lado, algumas identidades de gênero não se materializariam a partir dos critérios de inteligibilidade impostos pelo discurso:

> A matriz cultural por meio da qual a identidade de gênero se torna inteligível exige que certos tipos de "identidade" não possam existir – isto é, aqueles em que o gênero não decorre do sexo e aqueles em que as práticas do desejo não "decorrem" nem do "sexo" nem do gênero. Nesse contexto, "decorrer" seria uma política de direito instituída pelas leis culturais que estabelecem e regulam a forma e o significado da sexualidade. (BUTLER, 2019, p. 43)

Esses seres desviantes constituem o que a autora denomina de seres abjetos, entendidos como uma falha do desenvolvimento no processo performativo, uma impossibilidade lógica que excede os limites discursivos e não se adequam às normas impostas pela matriz cultural dominante. Para Butler, a regulação a partir dessa lógica binária da sexualidade atuaria na supressão da multiplicidade subversiva que supera a hegemonia heterossexual (BUTLER, 2019, p. 44 e 47).

Os seres abjetos comporiam um exterior constitutivo, associado ao feminino e às identidades gênero-divergentes, como gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros, transexuais e outras formas de configuração entre as categorias sexo, gênero e sexualidade (BUTLER, 1998, p. 21). A construção de um sujeito ilegítimo é necessária para, na mesma medida, a sedimentação do que seria o "normal". Nesse sentido, Miskolci afirma, ao analisar o método desconstrutivo proposto por Jacques Derrida e por filósofos da teoria *queer*, que

> O objetivo era explicitar os processos que criam sujeitos normais, adaptados, em suma, hegemônicos, apenas construindo também sujeitos ilegítimos, rotulados como anormais e alocados na margem do social. [...] segundo ele [Derrida], nossa linguagem opera em binarismos, de forma que o hegemônico só se constrói em uma oposição necessária a algo inferiorizado e subordinado (MISKOLCI, 2007, p. 03)

Assim, é possível notar que a construção de grupos periféricos reifica e regulamenta o normal, o legítimo. São justamente os múltiplos formatos das categorias de sexo, gênero e sexualidade, a sua persistência, a sua ampliação dentro da sociedade, afirma Butler (2019, p. 44), que permite expor os limites e

os objetivos da matriz reguladora que se impõe nas relações sociais. São essas identidades que, emergindo do discurso hegemônico, questionam a heteronormatividade como um dado natural, pré-discursivo.

Assim, Butler propõe um modelo subversivo que rompe com a lógica binária macho/fêmea e com as normas da heteronormatividade, caminhando para a descategorização dos sujeitos – o que caracterizaria a fase final da proposta. Em um primeiro momento, afirma a autora, seria necessária a desconstrução e ressignificação das categorias de sexo, gênero e sexualidade, com vistas a superar a invisibilização dos *seres abjetos* e trazê-los para uma efetivação participação do debate na esfera pública.

Verificada a forma de constituição do sexo e do gênero por meio das relações de poder, de acordo com a lógica heteronormativa, na próxima seção, o PL 5002/20013 será analisado à luz da teoria butleriana, a fim de verificar se consiste, efetivamente, em uma etapa do processo de subversão das relações de gênero ou, se ao contrário, reifica as relações opressoras de gênero e, nesses termos, consolida a violência normativa.

3. O projeto de lei de identidade de gênero brasileiro à luz da teoria subversiva de Judith Butler

O Projeto de Lei 5.002/2013 foi elaborado com o intuito de garantir o direito à retificação de registro e a tratamentos médicos e psicológicos para a população transgênera e intergênero. O seu fundamento parte do apagamento e da exclusão dessas pessoas como sujeitos de direito, de forma que não lhe são assegurados os direitos mais basilares. Assim, especificamente, a lei aborda dois campos de direitos: os direitos da personalidade, permitindo a retificação de registro civil, sem a necessidade de prévia autorização judicial ou de qualquer tratamento médico; e o acesso à saúde pública e procedimentos do processo transexualizador, por meio do SUS.

Importante relembrarmos um ponto da justificativa da proposta. Afirmam os deputados federais, autores do projeto de lei, que no âmbito da saúde já seria assegurado o acesso a tratamentos pelo SUS, por resoluções e portarias do Ministério da Saúde. Á época da elaboração do projeto, ainda não havia uma decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo o direito à retificação de registro direto no Cartório de Registro Civil, bem como as orientações

estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Provimento 78/2018 – fatos que ocorreram apenas em 2018. Nesse sentido, há respaldo por meio de normativas administrativas, para regulamentação de ambos os direitos, mas não há uma lei federal que regulamente e provenha mínima estabilidade como garantia (considerando a manutenção do Estado Democrático de Direito, sem rupturas anti-democráticas).

A crise política no Brasil também reverbera especificamente sobre Ministério da Saúde, expondo os riscos de deixar apenas no âmbito administrativo a tutela de direitos relacionados ao sexo e ao gênero. Como exemplo, no ano de 2020, divergências ideológicas entre o atual presidente e os ex-ministros Luiz Henrique Mandetta e Nelson Teich, ambos médicos, sobre as medidas sanitárias a serem adotadas diante da pandemia de Covid-19 e do uso do medicamento hidroxicloroquina, fizeram com que o cargo ocupado por estes ficasse vago entre os meses de maio e setembro de 2020. Mandetta e Teich deixaram o ministério, o primeiro sendo exonerado e o segundo mediante renúncia. Após quatro meses sem um ministro da saúde, o General Eduardo Pazuello, que atuava como interino no cargo, o assumiu de oficialmente (GARCIA, 2020), apesar de não ser técnico da área.

O atual presidente, que em diversas oportunidades minimizou a pandemia de Covid-19, como demonstra Guerra (2020), e insistiu na produção em larga escala, de medicamento cuja eficácia não foi comprovada (FONSECA, 2020), também tem posicionamentos abertamente LGBTfóbicos. Assim, atitudes como as do atual Presidente da República podem ilustrar o receio mencionado na justificativa do Projeto de Lei 5002/2013, no sentido de que apenas resoluções administrativas não assegurariam estabilidade aos direitos tutelados pelo Ministério da Saúde, por exemplo, a depender das intenções do chefe do executivo nacional.

Ressalte-se ainda que o PL 5.002/2013 tramitou por mais de 6 anos, sendo arquivado por duas vezes, pela Presidência da Câmara dos Deputados, podendo indicar que não houve interesse político na continuidade da tramitação da proposta de Jean Wyllys e Érika Kokai. Mesmo outros direitos conquistados pela comunidade LGBT+ não estão prescritos em lei. Assim como o direito à retificação de registro direto em cartório foi permitido por força de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), da mesma forma ocorreu com a possibilidade de casamento civil entre casais homoafetivos, com posterior regulamentação pelo

Conselho Nacional de Justiça (FARIA, 2018). Entretanto, não há uma lei federal que sedimente esta garantia.

Assim, o PL 5.002/2013 inovaria no ordenamento jurídico, de forma a estabelecer, por força de lei, garantias e direitos à população trans, que se encontra vulnerabilizada diante das atuais normativas. Apesar de não adotar uma concepção de rompimento com categorias como sexo, gênero e sexualidade, oferta um instrumento de visibilidade para sujeitos até então ininteligíveis, excluídos e sem mínima participação na esfera pública.

Ao analisarmos o tema à luz da teoria de Judith Butler, entendemos que a autora identifica não apenas o gênero, mas o sexo como dados sociais, como frutos das normas opressoras regulamentadas pela heteronormatividade, a fim de firmar as bases da matriz cultural hegemônica (heterossexualidade e falocentrismo). Em seu modelo subversivo, como vimos ao final do item 2, a autora propõe uma fase inicial em que há a desconstrução e ressignificação das categorias, com o objetivo de inserir os sujeitos tidos como abjetos no debate e questionamento sobre o discurso imperante.

Frise-se que o dispositivo legal em debate poderia atuar como importante instrumento nessa etapa de desconstrução, diante de seu intuito de visibilizar vidas à margem da sociedade, ininteligíveis, a partir das normas que regulamentam o discurso hegemônico. Entretanto, deve-se apontar que o projeto de lei não supera, completamente, o caráter biologizante do sexo, não rompe com a performatividade do gênero.

Isto porque, ao apresentar o conceito do que seria identidade de gênero, o projeto declara que seria a vivência individual e interna, a qual poderia ou não corresponder com o sexo atribuído no nascimento. Dessa forma, parte da premissa de que a categoria de sexo seria um dado natural, sobre o qual se constrói o gênero. Na justificativa da proposta, ainda, encontramos o seguinte trecho,

> o conceito de pessoa trans utilizado no presente projeto de lei é: "pessoa que nasceu num sexo biológico definido, mas se identifica no gênero oposto ao que se entende culturalmente como correspondente a tal sexo", o que abrange os conceitos de transexual, travesti e transgêneros; e o conceito de pessoa intersexual é "pessoa que nasceu com o sexo biológico indefinido, foi registrada e criada como pertencente a um determinado gênero, mas (neste caso em específico) não encontra identificação em tal".

Novamente, temos conceitos que, por vezes confusos, demonstram não apenas um caráter biologizante do sexo, mas a manutenção de uma lógica de coerência entre esta categoria o gênero. De acordo com a perspectiva butleriana, rejeita-se a distinção entre sexo e gênero a partir de uma interpretação cultural do aspecto biológico do sexo, haja vista que o próprio sexo é tomado também como cultural e, portanto, constituído discursivamente. A esse respeito, expõe Butler (2015, p. 29):

> [...] em algumas explicações, a ideia de que o gênero é construído sugere um certo determinismo de significados do gênero, inscritos em corpos anatomicamente diferenciados, sendo esses corpos compreendidos como recipientes passivos de uma lei natural inexorável. Quando a cultura relevante que constrói o gênero é compreendida nos termos dessa lei ou conjunto de leis, tem-se a impressão de que o gênero é tão determinado e tão fixo quanto na formulação de que a biologia é o destino. Nesse caso, não a biologia, mas a cultura se torna o destino. (BUTLER, 2015).

Além disso, considerando que a subversão das relações opressoras de gênero ocorrerá dentro das próprias relações de poder constitutivas dos sujeitos, o PL 5002/2013 incorre em aparente equívoco ao estipular no art. 2º a identidade de gênero como "a vivência interna em individual do gênero tal como cada pessoa o sente". Isso em razão da norma estipular uma diferenciação entre gênero e identidade de gênero e em razão de inferir a esta uma constituição exclusivamente pelo próprio sujeito, em uma conotação existencialista. Se as categorias de sexo e gênero são constituídas dentro da matriz das relações de poder, inviável imaginar um sujeito que determina unilateralmente seu gênero. Portanto, não se trata de uma vivência interna e individual, mas um processo contínuo de constituição de si, de como o sujeito assimila, interpreta, vivencia e ressignifica as normas das relações de poder que incidem sobre ele em determinados contextos.

Ainda, nesse viés, não é possível estabelecer a separação pretendida pela norma entre gênero e identidade de gênero. Em outras palavras, "o conceito de gênero abrange, necessariamente, o de identidade de gênero, uma vez que o gênero não se refere a um status biológico fixo, ou a uma mera imposição cultural, mas a um processo de autoconstrução do sujeito estabelecido sempre em um campo de relações de poder" (CIRINO, 2017, p. 42).

Diante dessas análises e, apesar de pautar a visibilidade dos sujeitos transgênero e intergênero, o PL 5002/2013 ainda incorre na reificação do discurso hegemônico e das práticas regulamentadas pela heteronormatividade.

Nesses termos, a descrição das categorias de sexo e gênero adotadas no projeto de lei comportam alterações para superar aspectos biologizantes e ser uma efetiva etapa na subversão da heteronormatividade, sob riso de caracterizar violência normativa.

A partir dos estudos de Butler retiramos o conceito de violência ética e violência normativa. Esta atuaria como resposta aos seres abjetos e teria dupla função, como explicam Toneli e Becker (2010):

> i. a existência daquilo que tipificamos comumente como violência e que se relaciona com o aparato jurídico, militar, político, cultural e as altercações físicas (violências derivadas), e, ii. o "apagamento" destas últimas. Ou seja, é a violência normativa que permite que o sujeito se submeta às violências do dia-a-dia, assim como a invisibilidade destas.

Assim, poderíamos entender a violência normativa como as consequências sociais vivenciadas por aqueles sujeitos que não se enquadram no discurso imperante, representada tanto nos aparatos jurídico, social, cultural, como pela invisibilização da sua exclusão, do seu não direito ao luto, do abandono proposital da tutela estatal.

CONCLUSÃO

Conforme analisamos durante o presente trabalho, o PL 5.002/2013 versa sobre a identidade de gênero e visa assegurar, como lei federal, o direito à retificação de registro de modo simples e célere, bem como o direito à saúde pública, para tratamentos médicos, assistenciais e psicológicos. O projeto de lei se fundamenta na necessidade de expor a vulnerabilidade em que sujeitos transgêneros e intersexuais se encontram na sociedade brasileira, à margem das garantias do sistema constitucional brasileiro, e pretende romper com o apagamento daquelas. O contexto político e jurídico não permitiu a concretização das propostas do projeto, o qual se encontra arquivado desde o ano de 2019, sendo que seu autor, o então deputado federal Jean Wyllys, está exilado do Brasil, devido a ameaças de morte. Tal cenário evidencia como a problemática de gênero e sexualidade ainda é pouco debatida e encontra fortes resistências no Brasil.

O estudo do tema, à luz da teoria butleriana, evidencia a necessidade de normatização sobre os direitos que envolvem gênero, sexo e sexualidade, uma

vez que os sujeitos que não se enquadram na lógica binária opressora constitutivas dessas categorias são socialmente excluídos. O pensamento da autora nos permite identificar que apenas alguns corpos conseguem se materializar no campo social, quando estabelecidos dentro dos limites discursivos, as *vidas vivíveis*. Os sujeitos cuja existência tensiona os paradigmas sociais da matriz cultural encontram como resposta a violência normativa, que atua não apenas na exclusão sistemática, mas no apagamento e invisibilização dos *seres abjetos*, tornando essas vidas ininteligíveis. A construção de um exterior constitutivo, como falamos anteriormente, é necessária para o estabelecimento de um padrão aceitável, de um normal, de um modelo de sujeito universal e racional.

Nesse aspecto, o projeto de lei em comento, estabelece sua construção pautada no rompimento com o apagamento de transgêneros e intersexuais, que seriam corpos ininteligíveis, sujeitos abjetos, tendo por objetivo tornar esses corpos destinatários de direitos e garantias dentro do sistema constitucional vigente. Portanto, mostra-se como importante instrumento para a tutela de direito desses sujeitos vulnerabilizados e etapa de subversão das relações de gênero.

Por outro aspecto, os conceitos que o projeto de lei adota quanto às categorias de sexo, gênero e sexualidade partem de uma premissa biologizante, de uma pré-discursividade naturalizante, de forma não se desvincula do discurso hegemônico. Consequentemente, à luz da teoria de Judith Butler, não permite a desconstrução e ressignificação de tais categorias.

Neste sentido, o PL 5.002/2013 não seria compatível com uma fase de ressignificação do modelo subversivo butleriano, atuando, em sentido contrário, de forma a reificar a violência ética. O projeto limita-se a propor o debate, não alcançando uma solução aprofundada. Aliás, a ausência de tutela de direitos desses sujeitos, aparentemente, não ocorre de modo desproposital. As dificuldades da tramitação do PL demonstram ausência de interesse político em construir possibilidade de inserção do transgênero e do intersexual como sujeito de direito.

Assim, podemos concluir que, se por um lado, o projeto de lei busca romper com a exclusão e invisibilização de sujeitos transgêneros e intersexuais, por outro lado, acaba por reificar aspectos biologizantes quanto ao sexo e ao gênero. Nesses termos, não se apresenta como instrumento compatível com a fase de ressignificação do modelo subversivo proposto por Judith Butler. Ainda

que o PL 5.002/2013 demonstre a violência propagada àqueles sujeitos na sociedade brasileira, também atua, ao naturalizar o sexo, como violência normativa e mantém conceitos regulados pelo discurso hegemônico.

REFERÊNCIAS

BORGES, Rodolfo. Sem apoios, Movimento Brasil Livre pede impeachment de Dilma. **Correio Braziliense**: 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/27/politica/1432744517_588724.html. Acesso em: 29 nov 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento no 78, de 07 de novembro de 2018. Dispõe sobre a compatibilidade da atividade notarial e de registro com o exercício simultâneo de mandato eletivo e dá outras providências. Diário de Justiça Eletrônico do CNJ: no 217/2018, p. 40, Brasília, DF, 09 nov 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria no 457 de 19 de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 19 ago 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIIL. Ministério da Saúde. Portaria no 1.707 de 18 de agosto de 2013. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 18 mar 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria no 2.803 de 19 de março de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**: no 225, seção 1, Brasília, DF, 20 nov 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Processo transexualizador no SUS**. Disponível em: https://www.saude.gov.br/atencao-especializada-e-hospitalar/especialidades/processo-transexualizador-no-sus. Acesso em: 29 nov 2020.

BRASIL. Senado Federal. Aprovada em 2017, reforma trabalhista alterou regras para flexibilizar o mercado de trabalho**. Agência Senado**: 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/02/aprovada-em-2017-reforma-trabalhista-alterou-regras-para-flexibilizar-o-mercado-de-trabalho. Acesso em: 29 nov 2020.

BRASIL. Senado Federal. Promulgada Emenda Constitucional do Teto de Gastos Públicos. **Agência Senado**: 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/promulgada-emenda-constitucional-do-teto-de-gastos. Acesso em: 29 nov 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no 4275. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator Ministro Marco Aurélio, 01 mar 2018. **Diário da Justiça Eletrônico do STF**, 01 mar 2018.

BRUM, Eliane. O homem mediano assume o poder**. El país**: 2019 Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/02/opinion/1546450311_448043.html. Acesso em: 29 nov 2020.

BUTLER, Judith. **Cuerpos que importan: sobre los limites materiales y discursivos del sexo**. 1ª ed. Buenos Aires: Paidós, 2002.

BUTLER, Judith. **Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do pósmodernismo.** *In* Cadernos Pagu (11). 1998, p.11-42. Disponível em: http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8634457/2381. Acesso em: 29 nov 2020.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 17. ed. Traduzido por Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. Tradução de: Gender Trouble – Feminism and the Subversion of Identity.

CIRINO, Samia Moda. **(Des)Construção da identidade de gênero: inserção crítica ao sujeito do feminismo e o reconhecimento do trabalho da mulher.** Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de PósGraduação em Direito. Curitiba, 2017.

COSTOLLI, Anderson. Morre ativista transexual João W. Nery, aos 68 anos, vítima de câncer. **Correio Braziliense**: 2019 Disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/10/26/interna-brasil,715407/morre-ativista-transexual-joao-w-nery-aos-68-anos-vitima-de-cancer.shtml#:~:text=Nery%20foi%20o%20primeiro%20homem,desde%20setembro%20do%20ano%20passado&text=Morreu%2C%20nesta%20sexta%2Dfeira%20(,Nery%2C%20aos%2068%20anos. Acesso em: 29 nov 2020.

FARIA, Flávia. Casamento gay não é lei, mas é direito garantido pela Justiça. **Folha de São Paulo**: 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/11/casamento-gay-nao-e-lei-mas-e-direito-garantido-pela-justica-entenda.shtml. Acesso em: 30 nov 2020.

FONSECA, Pedro. Sem eficácia comprovada, 4,3 milhões de unidades de cloroquina são entregues pelo governo. **Portal UOL**: 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/reuters/2020/06/29/sem-eficacia-comprovada-43-milhoes-de-unidades-de-cloroquina-sao-entregues-pelo-governo.htm. Acesso em: 30 nov 2020.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: A vontade de saber.** 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

GARCIA, Gustavo. Em ato no Planalto, Pazuello é efetivado, e Saúde passa a ter ministro titular após 4 meses. **Portal G1**: 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/09/16/em-ato-no-planalto-pazuello-e-efetivado-e-saude-passa-a-ter-ministro-titular-apos-4-meses.ghtml. Acesso em: 30 nov 2020.

GUERRA, Rayanderson. Veja dez vezes em que Bolsonaro minimizou a crise do novo coronavírus. **O Globo**: 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/veja-dez-vezes-em-que-bolsonaro-minimizou-crise-do-novo-coronavirus-24519705. Acesso em: 30 nov 2020.

MISKOLCI, Richard. **A Teoria Queer e a Questão das Diferenças:** por uma analítica da normalização. 16 Congresso de Leitura do Brasil (COLE) – No mundo há muitas armadilhas e é preciso quebrá-las. Campinas: ALB Associação de Leitura do Brasil, 2007, 1, 1-19.

ODILLA, Fernanda. 5 anos depois, o que aconteceu com as reivindicações dos protestos que pararam o Brasil em junho de 2013? **BBC News Brasil**: 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44353703. Acesso em: 29 nov 2020.

OLIVEIRA, Karine Barbosa de. **O Direito ao Nome e o Provimento 73/2018**. 2019. 115. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

OTTA, Lu Aiko. Só não fizemos reforma da Previdência porque houve 'trama', diz Temer. **Portal UOL**: 2018. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2018/12/19/so-nao-fizemos-reforma-da-previdencia-porque-houve-trama-diz-temer.htm. Acesso em: 29 nov 2020.

ROMANUTTI, Hermán García. **Sujeto y poder.** *In* BISET, Emmanuel et al. *Sujeto, uma categoría en disputa.* 1ª ed. Adrogué: Ediciones La Cebra, 2015, p. 275-308.

TONELI, Maria Juracy Filgueiras; BECKER, Simone. A violência normativa e os processos de subjetivação: contribuições para o debate a partir de Judith Butler. **Fazendo o Gênero 9 – Diásporas, Diversidades, Deslocamentos**. Disponível em: http://www.fg2010.wwc2017.eventos.dype.com.br/site/anaiscomplementares. Acesso em: 29 nov 2020.

VENTURINI, Lilian. Caso Marielle completa uma semana. O que se sabe sobre o crime. **Jornal Nexo**: 2018. Disponível em:

https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/03/21/Caso-Marielle-completa-uma-semana.-O-que-se-sabe-sobre-o-crime. Acesso em: 29 nov 2020.

VENTURINI, Lilian; PRADO, Guilherme; DOCROQUET, Simon. Dilma Rousseff: da reeleição ao impeachment no Congresso. **Jornal Nexo**: 2016. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/video/video/Dilma-Rousseff-da-reelei%C3%A7%C3%A3o-ao-impeachment-no-Congresso. Acesso em: 29 nov 2020.

O AFASTAMENTO FORÇADO DAS MULHERES TRANSEXUAIS DAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS

Bianca Figueira Santos
Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF), Niterói/RJ, Brasil.
biancafigsantos@gmail.com

Eder Fernandes Monica
Doutor em Sociologia e Direito do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF)
Niterói/RJ, Brasil.
ederfm@id.uff.br

Resumo: O presente trabalho abordará a séria violação de direitos que vêm passando as militares transexuais das Forças Armadas brasileiras, sumariamente reformadas ao reivindicar o reconhecimento de seus gêneros. Nesses tempos, em que o arcabouço jurídico internacional não tolera mais quaisquer formas de preconceitos e discriminações, justifica-se abordar e publicizar tais violações de direitos a fim de torná-las conhecidas pela comunidade internacional, demonstrando-se a precariedade e vulnerabilidade em que se encontram, sendo subtraídas de seus direitos e garantias fundamentais, suas dignidades humanas e o direito ao livre exercício de seus ofícios. Não é razoável ao atual estado da discussão sobre as não discriminações o fato de uma militar, ao decidir adequar seu sexo ao seu gênero, seja sumariamente reformada, sem margem à ampla defesa durante o processo de afastamento, contrariando as legislações brasileiras e internacionais vigentes, levantando-se a percepção de que pode estar havendo algum outro fator que as impede de continuar trabalhando dignamente. Se não é pela adequação de sexo e gênero e se a transexualidade deixou de ser considerada uma psicopatologia pela Organização Mundial de Saúde, parte-se da hipótese de que talvez as instituições militares estejam perpetrando, reiteradamente, atos de preconceito e de discriminação a essa população já tão subjugada em seus mais elementares direitos. O trabalho constará de pesquisa bibliográfica e documental, buscando viabilizar o entendimento do objeto de estudo bem como, com base em dados empíricos, abordar os principais casos de militares transgêneros reformadas, pontuando-se ainda, em análise documental, os fundamentos que as Forças Armadas brasileiras utilizam a fim de promover suas reformas. Espera-se, com o trabalho, debater a transfobia e o machismo institucionais e estruturais nas Forças Armadas brasileiras, bem como propor alternativas para o tratamento da autodeterminação identitária das militares transexuais.

Palavras-chave: Reforma; Militares; Transgêneros; Transexualidade; Forças Armadas Brasileiras.

INTRODUÇÃO

As Forças Armadas historicamente se destacaram pelo uso da força, pela prática da política pela força, pela legitimidade do uso da força ofertada pelo próprio Estado nacional, quando a diplomacia e o diálogo não apresentam mais eficácia. Nesse sentido, estiveram voltadas ao homem, ao macho da espécie humana, que detém, por natureza, a força física e sempre gozou de posição de privilégio e destaque nas posições de liderança, de domínio e de poder em nossa sociedade.

A presença feminina nas Forças Armadas vem sendo debatida e enfrentada por diversas nações pelo mundo, tal qual ocorre no Brasil, desde o século passado e, especialmente, após a redemocratização, por intermédio de nossa Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da igualdade e inadmitiu quaisquer formas de preconceito e discriminação. Todavia, apenas recentemente, foram editados regramentos mandamentais que obrigam a inserção dos componentes femininos nas linhas bélicas principais das carreiras militares.

Com a modernidade e o advento de novas tecnologias, o uso da força física tornou-se dispensável, prevalecendo-se as ações de inteligência e de estratégias no desempenho das atividades militares, tornando-se possível que mulheres pudessem figurar nos efetivos militares. Porém, era um caminho ainda muito distante para militares que se identificam como transgêneros ou transexuais. Para essas militares, ao ousarem externar suas condições transexuais a seus superiores dentro das casernas, o destino é um só: a reforma compulsória, por padecerem de uma suposta doença incapacitante, um pretenso transtorno mental assentado na já ultrapassada Classificação Internacional de Doenças (CID10), gerando muita dor, sofrimento e processos judiciais intermináveis e extenuantes.

O presente artigo tem, por objetivo geral, perceber as nuances e os caminhos da reforma de militares transgêneros nas Forças Armadas brasileiras e descrever os casos ocorridos, que envolvem especificamente mulheres trans, bem como apresentar suas questões jurídicas principais, para que, em futuras

pesquisas, sejam construídas propostas críticas para o problema discriminatório envolvendo essa população.

Serão abordados os casos de militares transgêneros das Forças Armadas brasileiras que foram sumariamente reformadas, as formas como se deram tais afastamentos forçados, procurando-se abordar a legalidade de tais atos, partindo-se da hipótese de que tais reformas apresentam-se eivadas de preconceito, sob a forma de transfobia contra a dignidade e cidadania plena dessas militares que foram compulsoriamente retiradas da atividade militar.

Serão realizados levantamentos bibliográficos, esmiuçando-se o tema da transexualidade e sua ocorrência, explorando-se os casos concretos de militares transgêneros nas Forças Armadas, sendo traçado um panorama sobre a forma de tratamento dispensado a essas militares após terem exteriorizado suas condições, bem como abordando se as alegações e condutas adotadas pelas Forças encontravam-se amparadas dentro do marco legal, partindo-se do pressuposto fático de que muitas dessas militares são compulsoriamente reformadas *ex officio*[1] ao tomarem a difícil decisão de externar suas situações a seus superiores.

O trabalho ainda destacará alguns aspectos, conceitos e definições, objetivando contextualizar esse assunto tão delicado revestido de especificidades, uma vez que se trata de pessoas, seres humanos, com todas suas complexidades, dilemas, sensações, dignidades, humanidades e, especialmente, cidadania como portadores de direitos, garantias e liberdades fundamentais.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRANSEXUALIDADE

A transexualidade, um dos fenômenos da complexa sexualidade humana, mas que se relaciona mais intimamente com a identidade, a personalidade, ocorre quando não há correspondência entre o sexo biológico (anatômico, físico) e a identidade de gênero (psicológico, psíquico) de um indivíduo que nasce com um sexo perfeitamente definido e identificado.

Porém, ainda na mais tenra infância, muito antes de qualquer manifestação sexual ou mesmo antes de seus hormônios começarem a aflorar, despertando seus instintos e desejos sexuais, a criança começa a perceber que sua estrutura corporal ou anatômica não condiz com seu gênero que acredita

[1] *Ex officio*, termo em latim utilizado para designar "dentro da lei" ou "sob a forma da lei".

pertencer, que se identifica e que gostaria que todos à sua volta assim a identificassem. Trata-se de autopercepção de gênero, imutável, e que se sobrepuja sobre qualquer outro fator biológico.

Bento (2008, p. 64) descreve a transexualidade como uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero. As pessoas transexuais são pessoas que ousam reivindicar uma identidade de gênero em oposição àquela informada pela genitália e ao fazê-lo podem ser capturados pelas normas de gênero mediante a medicalização e patologização da experiência.

Em comparação, a homossexualidade se manifesta quando um indivíduo de determinado sexo sente atração emocional, afetiva ou sexual por pessoas do mesmo sexo; a heterossexualidade, quando essa atração e práticas sexuais se direcionam a pessoas do sexo oposto; a bissexualidade pressupõe, desta forma, um indivíduo nascido com determinado sexo, seja masculino ou feminino, e que sente atração sexual por ambos os sexos e a assexualidade, o indivíduo que não sente atração por sexo algum, manifestando uma espécie de neutralidade ao tratar sua sexualidade com outras pessoas. É desejo sexual, atração, cheiro, toque da pele, afeição, carinho, conforto e bem-estar. É querer estar perto, o tempo todo, é amor, é paixão, é pensar na outra pessoa como um porto seguro.

Há, portanto, grandes diferenças entre homossexualidade e transexualidade, pois esta se refere à personalidade, à identidade sexual, à autopercepção de gênero de uma pessoa, enquanto a homossexualidade se refere ao desejo sexual, à atração sexual, ao desejo de se relacionar com outra pessoa. Portanto, é muito possível que um indivíduo possa ser, ao mesmo tempo, transexual e homossexual, ou transexual e bissexual, pois os parâmetros de qualificação dos aspectos da sexualidade são distintos.

Assim, uma mulher transexual, aquela pessoa que foi designada como homem genético ao nascer, mas se identifica com o gênero feminino – embora tenha nascido com genitália masculina, sentindo-se atraída sexualmente por outra mulher, tem-se uma mulher transexual homossexual; da mesma forma ocorre com o homem transexual, aquela pessoa designada como mulher ao nascer, mas identifica-se com o gênero masculino.

Transexuais rejeitam sua construção anatômica, singularizando-se por um senso inabalável de que há essa desconformidade entre o seu psiquismo, representado por sua autopercepção de gênero, e seu corpo físico, entendendo este como um equívoco da natureza, sentindo a premente necessidade de sua

correção através de métodos cirúrgicos e ingestão de hormônios que lhes possam proporcionar viver como realmente se reconhecem. Seus órgãos sexuais, especialmente, são verdadeiras fontes de aflição, desespero e repugnância que, se não corrigidos ou adequados cirurgicamente, podem acarretar graves distúrbios psicológicos. Sendo assim, a pessoa transexual tende a transmutar seu corpo e sua imagem externa para adequá-los ao seu gênero psíquico, pois o contrário não há como ser realizado.

Dias (2016, p.133) refere-se à transexualidade como a falta de coincidência entre o sexo anatômico e o psicológico, refletindo na identidade do indivíduo e em sua inserção social, situando-se no âmbito do direito de personalidade e do direito à intimidade, direitos estes que merecem destacada atenção e proteção estatal. A autora ressalta que a identificação do indivíduo é realizada e materializada no momento de seu nascimento de acordo com o aspecto de sua genitália externa.

A identidade sexual é imutável e única, segundo Fachin (2003, p.96), entretanto, essa aparência externa não é a única circunstância para a atribuição da identidade sexual e, quando existe divergência ou incongruência entre a identidade civil e a identidade sexual, deve-se espelhar a identidade social.

Farina (1982, p.58), pioneiro da cirurgia de transgenitalização no Brasil, enfatiza que:

> O certo seria através da psiquiatria, psicanálise ou psicoterapia, mudar a mente de modo a adequá-la segundo os atributos físicos que são masculinos. Ora, como tal tratamento (Técnica psicoterapêuticas) falha sistematicamente, nesses casos, não nos resta outra solução senão seguir o caminho inverso, isto é, adaptar o corpo á sua mente feminina que é inarredável e inabalável. Isto só pode ser conseguido através de cirurgia, com a qual promovemos um corpo portador de uma mente feminina, com atributos femininos (vagina, mamas e outros caracteres sexuais primários e secundários).

O que a cirurgia de redesignação sexual (ou cirurgia de readequação sexual ou ainda cirurgia de transgenitalização) modifica é a conformidade dos órgãos genitais, pois o sexo psicológico e a identidade sexual não podem ser alterados, corrigindo-se este "equívoco da natureza", que, por ser raro e personalíssimo, não ameaça a ordem social. Por isso, a "desmasculinização" de quem já vive como mulher não é um procedimento terapêutico, mas a

confirmação do que a pessoa, em sua realidade psicológica e cognitiva, vive e acredita.

Fragoso[2] (1978, p.27), após acurado estudo sobre a literatura médica nesse tema, concluiu que a solução adequada para casos de transexualidade é, de fato, a cirurgia de redesignação sexual, uma vez que, comprovadamente, os métodos terapêuticos comumente utilizados revelam-se absolutamente falíveis e ineficazes, citando o médico americano Walker (1996, p.156), que afirmou:

> Usualmente, o transexual não participa da terapia que tenha a cura como objetivo. Isto porque a própria natureza da transexualidade é tal que o desejo de viver como o sexo oposto persiste a qualquer tratamento que objetive a manutenção, ou adequação, do papel apropriado a seus genitais.

Para Sutter (1982, p.45), compete à Ciência positivar que o sexo biológico não é mais importante que psicológico. A pessoa transexual, recusando seu sexo anatômico e admitindo como seu verdadeiro sexo unicamente o psicológico, imagina-se como se realmente tivesse nascido nesse sexo, e, contrariamente ao que em geral se supõe, o transexual não é um indivíduo grotesco, mas, na maioria das vezes, bastante tímido e inseguro.

Não obstante toda a complexidade que envolve o assunto, a transexualidade era, há pouco tempo, considerada pelos manuais médicos como uma psicopatologia prevista no catálogo de doenças mentais elencadas na Classificação Internacional de Doenças – CID10 (OMS, 1989), elaborado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como "Transtorno de Identidade de Gênero", F64.0, e, de forma um pouco mais atenuada, como Disforia de Gênero, pela Associação Americana de Psiquiatria (APA), que elabora o Manual Estatístico e Diagnóstico de Saúde Mental – DSM-5 (APA, 2014).

Apesar de a OMS ter considerado a transexualidade como patologia, esta não era a posição consolidada da maioria dos profissionais de saúde que atuam nessa área que não se alinhavam com a ideia de que um aspecto da sexualidade humana, como o gênero autopercebido, possa ser tratado como doença[3] (O

[2] Criminalista conhecido por seu histórico parecer no qual descriminalizava a conduta do cirurgião Roberto Farina, Médico que realizava cirurgias de transgenitalização em pessoas transexuais anteriormente à Resolução 1482/97 do CFM.

[3] O Globo. Agence France-Presse *(*AFP*). Estudo prova que transexualidade não é transtorno psiquiátrico*. O Globo. São Paulo, 28 jul. 2016. Com o objetivo de retirar as pessoas transgênero da classificação de transtornos mentais da Organização Mundial da Saúde (OMS), cientistas mexicanos realizaram o primeiro estudo de campo que demonstra

GLOBO, 2016), ainda mais quando não promove qualquer alteração biológica do estado de saúde, não se manifesta por um conjunto de sintomas perceptíveis ou não, não representa mal ou moléstia, não promove alteração do estado de espírito ou do ânimo e, tampouco, não incapacita as atividades habituais da pessoa ou degrada sua capacidade laborativa.

Em 18 de junho de 2018, a OMS, com ampla divulgação pela imprensa, editou a revisão do CID10 (OMS, 1989) para o CID11 (OMS, 2019), manifestando-se publicamente no sentido de excluir da sua classificação uma gama de "supostos transtornos de personalidade" como os classificados "transexualismo - F64.0"; "travestismo bivalente - F64.1" e "travestismo fetichista - F65.1". Essa versão foi uma pré-visualização, visando permitir aos países signatários planejar seu uso, preparar traduções e treinar profissionais de saúde.

Como previsto, em 20 de maio de 2019, A CID11 foi publicada para adoção dos Estados Membros, incluindo o Brasil, durante a Assembleia Mundial da Saúde, retirando a transexualidade da categorização de "distúrbios mentais" do referido catálogo, incluindo-a, no entanto, no mesmo documento como "Incongruência de Gênero", recebendo a classificação de "Condição Relativa à Saúde Sexual". A atualização é um marco e acontece mais de 40 anos depois de a homossexualidade também ter sido retirada da lista, em 17 de maio de 1990. Essa é a primeira grande revisão da CID pela OMS em quase três décadas (O GLOBO, 2018).

A atualização da lista da CID, de acordo com a organização, reflete avanços na medicina e na ciência[4]. Segundo a OMS (O GLOBO, 2018), as revisões são feitas quando a "evidência médica não apoia as suposições culturais". Foi o que aconteceu com a "homossexualidade", classificada na CID em 1948, e acontece agora com a transexualidade.

---

que as mudanças na identidade de gênero não são uma doença. O estudo, publicado na revista médica britânica "The Lancet Psychiatry", foi apresentado no México nesta quinta-feira por autoridades sanitárias e da OMS.

[4] O Globo: *Transexualidade sai da categoria de transtornos mentais da OMS*. A Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou, nesta segunda-feira, a transexualidade da categoria de "distúrbios mentais" na Classificação Internacional de Doenças (CID). A atualização é um marco e acontece mais de 40 anos depois de a homossexualidade também ser retirada da lista, na década de 1990. Essa é a primeira grande revisão da CID em quase três décadas.

2 DESCRIÇÃO DOS CASOS

Dentre os casos específicos de militares transgêneros que sofreram o processo de reforma compulsória por ousarem externar suas identidades de gênero, destacam-se:

> 1º CASO: Cabo (agora Subtenente) Maria Luíza da Silva - Foi reformada em 1999, após 22 anos de serviço à Força Aérea, tendo seu vasto currículo de militar exemplar, especializada em mecânica de aeronaves, sido ignorado, sendo forçada a se aposentar. Seu caso foi fruto de um documentário, do cineasta Marcelo Diaz, da Diazul de Cinema. Maria Luíza sempre manifestou o desejo de continuar no serviço ativo, mas de nada adiantou, tendo sido reformada pelo CID10 F64.0 "transtorno de identidade de gênero", com ganhos proporcionais ao seu tempo de serviço. No ano 2000, por meio da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)/Distrito Federal (DF), ingressou com uma ação para reaver seus direitos. A sentença confirmou a ilegalidade do ato que a reformou e lhe garantiu as promoções devidas, o cômputo do tempo de serviço em que esteve afastada, sendo confirmada pelo Acórdão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1). Após 20 anos de ação, a lide chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, em decisão monocrática do Relator no Agravo em Recurso Especial, foi confirmado o acórdão do TRF1, determinando a promoção de Maria Luíza a Subtenente, última graduação da carreira de praças, já que não podia regressar por conta da idade, fora dos limites legais. Sua ação segue em curso no STJ.
> 2º CASO: 3º Sargento Fuzileiro-Naval Éryka Fayson Marinho de Oliveira Nascimento - Em 2003 realizou cirurgia de redesignação sexual, tendo sido reformada em seguida, sob a alegação de soropositividade. Questionou na Justiça sua reforma, tendo o Judiciário corroborado com a decisão da Marinha do Brasil. Fora da Marinha, foi trabalhar no Ministério Público do Estado de Alagoas, em Maceió, a convite de um Procurador e no gabinete dele, por cinco anos, três vezes por semana, no quadro voluntário, quando decidiu ajuizar nova ação, tendo essa ação lhe garantido o direito à reforma pelo CID10 F64.0 ("transtorno de identidade de gênero"), com ganhos proporcionais ao seu tempo de serviço.
> 3º CASO: 3º Sargento Enfermeira Fabianne Portella - Enfermeira do Exército. Foi afastada das atividades militares após manifestar sua transexualidade. Ela realizou cirurgia de transgenitalização em 2008 e foi licenciada do Exército pelo CID10 F64.0 "transtorno de identidade de gênero", mesmo existindo mulheres militares enfermeiras, não tendo sido reformada por não contar com estabilidade.
> 4º CASO: Comandante Bianca Figueira Santos - Oficial Superior no Posto de Capitã-de-Corveta do Corpo da Armada da Marinha do Brasil, foi reformada *ex officio* em 2008, pelo CID10 F64.0 ("transtorno de identidade de gênero"), com proventos proporcionais ao tempo de serviço, apenas por ter relatado a seus superiores que estaria tomando hormônios,

externando sua condição transexual. Não adiantou dizer que queria permanecer na Ativa, tendo sido afastada abruptamente de suas atividades. Foi licenciada para um suposto tratamento de saúde de 90 dias que só foi interrompido a fim de ser dado termo à sua reforma, sem margem ao contraditório e ampla defesa. Ingressou com ação, nove meses após, na 14ª Vara Federal (VF) do Rio de Janeiro/RJ, com finalidade de integralização de seu salário e danos morais decorrentes, não tendo logrado êxito. Graduou-se em Direito, tornou-se Advogada e ingressou com nova ação (4ª VF de Niterói/RJ), pleiteando anular o ato irregular de sua reforma e outros pedidos decorrentes, que segue em curso no STJ.

5º CASO: Cabo Allanis da Silva Costa - Desde 2015 foi afastada do seu trabalho, estando em licenças médicas sucessivas e reiteradas em razão da exteriorização de sua transexualidade, sendo reformada não pelo CID10 F64.0, mas pelo fato de ter recebido licenças sucessivas em razão de sua transexualidade por mais de dois anos, auferindo proventos proporcionais ao seu tempo de serviço. Propôs ação judicial para que fosse interrompido seu processo de reforma e retornar à atividade, que segue em curso, na 1ª VF de Magé/RJ.

6º CASO: 2º Sargento Bruna Gurgel Batista - Foi afastada por cerca de três anos para tratar de um suposto problema de saúde, sua transexualidade, segundo a Marinha. Após esse tempo, foi considerada "agregada" ao serviço ativo, condição esta que pressupõe seu posterior afastamento da atividade. Quando finalmente teve sua reforma exarada pela Força, pelo CID10 F64.0 ("transtorno de identidade de gênero") com proventos proporcionais, buscou o auxílio da Defensoria Pública do Rio de Janeiro e conseguiu medida liminar a seu favor, impedindo sua reforma compulsória pela Marinha e restabelecendo seu salário, o que foi confirmada pela Sentença. Na ação a Marinha se recusava, inclusive, a alterar seu prenome e sexo, já retificado judicialmente. Atualmente sua ação encontra-se em curso no Tribunal Regional Federal da Segunda Região.

Até o presente momento, não há casos de homens trans[5], de quem se tem notícia, que reivindicaram suas identidades de gêneros nas Forças Armadas, nem em atividade, nem reformados.

3 ALEGAÇÕES DAS FORÇAS ARMADAS COM RESPECTIVAS ANÁLISES CRÍTICAS

Como já mencionado, apesar de a OMS ter publicado o CID11 para adoção dos Estados Membros, incluindo o Brasil, retirando-se a transexualidade

[5] Homens trans são geneticamente mulheres que adequam seus corpos femininos à sua identidade de gênero masculina.

da categorização de "distúrbios mentais", as Forças Armadas brasileiras continuam se utilizando do argumento da patologização das identidades trans para reformar militares transgêneros, emitindo laudos e pareceres médicos nos seguintes termos:

> Incapaz definitivamente para o SAM[6], por sofrer de transexualismo CID X F64.0 (não é alienação mental), doença sem relação de causa e efeito com o serviço, não estando inválido, não necessitando de internação permanente, não necessitando de assistência ou cuidados permanentes de enfermagem. (TRF2, 2018, online).

A reforma de um militar resumidamente se dá, de acordo com a Lei Federal 6.880/1980 (Lei 6.880, Estatuto dos Militares, 1980) ou por idade ou por doença, situações em que a militar, por conta dessa nova condição (idade avançada ou doença incapacitante) fique impossibilitada de retornar ao serviço ativo a fim de defender seu país em caso de um conflito belicoso, por exemplo, ou, em outro exemplo, no caso de convocação por conta de uma pandemia provocada por um vírus desconhecido, sem tratamento ou vacina.

A Marinha do Brasil alega, de acordo com os processos públicos pesquisados (Referências), que a reforma das militares foi a solução encontrada que menor dano acarretaria a elas, afastando-as de suas atividades a fim de não comprometerem o desempenho efetivo de suas identidades femininas que, na concepção das instituições, ficariam prejudicadas caso as militares permanecessem em atividade.

Outra alegação é que restaria prejudicado o desempenho das tarefas inerentes à carreira militar, como manobras operativas, marchas, atuação em ambiente de beligerância, embarques em navios e atividades ligadas à segurança pessoal, de terceiros e dos bens da Fazenda Nacional sob sua guarda, a bordo e nas organizações militares em terra, aí incluídos o uso de armamento militar, tarefas estas em que se exige um padrão de higidez física e mental maiores que aqueles relacionados à execução das atividades laborativas no meio civil (TRF2, Ação Ordinária 0036388-94.2018.4.02.5102, on-line).

Importante observar que, no efetivo das tropas das Polícias Militares Estaduais, como a PM de São Paulo, Santa Catarina, Pernambuco (UOL, 2015), bem como nas Polícias Civis (JORNAL EXPRESSO CEARÁ, 2018), já existem

[6] Serviço Ativo da Marinha.

policiais transgênero portando armamentos, realizando abordagens e operações militares, sendo utilizados de forma ampla e irrestrita, sem qualquer óbice. Há, inclusive, uma delegada transgênero na Polícia Civil da cidade de Goiânia (VEJA, 2017), estado de Goiás, que atua como titular da Delegacia da Mulher naquela cidade.

Vários países permitem oficialmente que transgêneros (REVISTA LADO A, 2015) sirvam abertamente nas forças militares, entre eles: Austrália, Áustria, Bélgica, Bolívia, Canadá, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Israel, Nova Zelândia, Holanda, Tailândia, Noruega, Espanha, Suécia e Reino Unido. A Grã-Bretanha aceita os transgêneros abertamente desde 1999 - e a Austrália passou a fazê-lo em 2010 (ESTADÃO, 2014).

As Forças Armadas alegam ainda (TRF2, Ação Ordinária 0036388-94.2018.4.02.5102, on-line) que a transexualidade das militares estaria suscetível a índices mais elevados de associação com outros transtornos psiquiátricos, pensamentos suicidas e até a possibilidade de insatisfação pós-cirurgia de transgenitalização, bem como repercussões na saúde e risco de complicações graves com o uso da terapêutica hormonal.

Tal informação baseia-se em um Compêndio de Psiquiatria "Kaplan e Sadock" (SADOCK, 2017) que trata a transexualidade de forma puramente técnica e apresenta algumas comorbidades decorrentes da condição de transexual, assim como, de forma correlata, apresenta comorbidades em todas as especificações nele catalogadas. Nota-se que o intuito da Força Armada, nesse caso da Marinha do Brasil, é claro: ressaltar apenas os trechos das comorbidades, um único parágrafo de 10 linhas na página 603 do vasto e denso manual, com o nítido intuito de estigmatizar e patologizar a condição transexual, tão somente. Transcreve-se:

> **Comorbidade em adultos -** Adultos diagnosticados com disforia de gênero exibem índices mais elevados do que outros adultos de transtornos depressivos, de ansiedade, comportamentos suicidas e autodestrutivos e abuso de substância. Acredita-se que cerca de 40% dos indivíduos transgêneros apresentam pensamentos suicidas ao longo da vida. O modelo do estresse das minorias prevê aumentos em doenças mentais em grupos que são estigmatizados, discriminados, assediados e abusados a taxas mais elevadas do que outros. O DSM-5[7] relata que pessoas que

[7] Manual Estatístico e Diagnóstico de Saúde Mental, elaborado pela Associação Americana de Psiquiatria (APA).

> apresentam disforia de gênero com início tardio podem mostrar maiores flutuações no alcance de seu sofrimento e maior ambivalência em relação à cirurgia de redefinição de sexo, além de maior insatisfação pós-cirurgia. (SADOCK, 2017)

Sabe-se que não é a transexualidade que gera qualquer comorbidade, é o tratamento que parcela da sociedade dispensa às pessoas transexuais que propicia o acometimento de determinados distúrbios de ordem psicossomática. Não há qualquer estudo científico que aborde os riscos que a atuação de transexuais pode acarretar no desempenho das atividades militares, pois sequer existem militares transexuais exercendo a atividade nas Forças Armadas brasileiras para possibilitar a realização de tal estudo.

Há uma ampla compreensão na medicina, principalmente comprovada pelas atualizações mais recentes da CID e das categorias de patologias, que a condição transexual não incapacita a pessoa de absolutamente nada e, nesse contexto, é intrigante que no laudo médico de incapacidade das militares está assentado que elas são capazes de tudo, todavia, apenas no meio civil, excetuando-se as atividades militares, o que levanta dúvidas a respeito de seus afastamentos compulsórios.

As Forças Armadas se utilizaram de uma suposta doença que constava no CID10 para respaldar a reforma das militares, porém, para mantê-las na atividade, outro era o fator que lhes recaía: suas condições de gênero femininas. Ou seja, a incapacidade não partia das militares, mas sim, das próprias Forças Armadas em mantê-las no serviço ativo, considerando todo o investimento que o país dispendeu em suas formações o que representa um "roubo" do próprio Estado e de seus contribuintes que pagam o salário das militares, reformadas em pleno vigor laboral e intelectual.

Não obstante, as Forças Armadas, especialmente a Marinha que detém o maior número de casos, não satisfeitas em praticarem tais atos de preconceito sob a forma de transfobia, agravam ainda mais a situação, praticando atos de machismo institucional e estrutural, inadmitindo que mulheres ocupassem os mesmos lugares anteriormente ocupados pelas militares trans, que tivessem a mesma carreira, os mesmos títulos e honrarias, as mesmas medalhas e condecorações, que ocupassem os mesmos espaços.

A Constituição brasileira (BRASIL, Constituição Federal, 1988), dentro dos princípios regentes do Estado Democrático e Constitucional de Direito,

desde 1988, não corrobora com a distinção entre homens e mulheres, enfatizando sua igualdade em direitos e obrigações, baseando-se nos fundamentos da dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º da Constituição Federal), com objetivos fundamentais da promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo ou quaisquer outras formas de discriminação.

Não há igualdade, nem equidade, quando existem funções e cargos a serem ocupados especificamente por homens, o que contraria a Constituição Federal Brasileira. A luta feminista já foi e tem sido árdua no sentido de atingir essa equidade, necessária e ainda premente. Mulheres já foram impedidas de votar até a criação do primeiro Código Eleitoral Brasileiro, em 1932; mulheres podiam ser mortas, sob o argumento da "legítima defesa da honra"; mulheres precisaram de uma lei específica que as amparassem e protegessem de seus algozes no âmbito da relação doméstica familiar; mulheres vítimas de homicídio precisaram de uma lei específica que agravasse a pena de seus assassinos.

Foi necessária a edição de leis específicas para possibilitar o ingresso das mulheres nas fileiras militares, incluindo-se seu ingresso nas linhas bélicas principais das carreiras, destacando-se a Lei Federal 12.705/2012 (BRASIL, Lei 12.705, 2012, art. 7º) que deu prazo de cinco anos para que o Exército Brasileiro inserisse o componente feminino na linha militar bélica de ensino da carreira militar, bem como a Lei Federal 13.541/2017 (BRASIL. Lei 13.54, 2017) que alterou a Lei Federal 9.519/1997 (BRASIL, Lei 9.519/1997, art.9º), passando a prever, no inciso I do parágrafo 1º do seu artigo 9º, que os Corpos e Quadros de Oficiais da Marinha do Brasil serão ocupados por Oficiais de ambos os sexos.

E ainda, no âmbito da Administração Naval, foi editado o Memorando 1 (BRASIL, Comando da Marinha, Memorando 1, 2017), de 10 de abril de 2017, que passou a possibilitar o ingresso de Oficiais e Praças femininas nos Corpos da Armada e de Fuzileiros Navais, antes restrito apenas a militares do sexo masculino, com ingresso a partir da Escola Naval.

Ressalta-se que a Lei Federal 9.519/1997 (BRASIL. Lei 9.519, 1997, art. 10º) prevê a transferência entre Corpos e Quadros na Marinha por interesse do serviço, admitindo em seu artigo 10º que, no interesse do Serviço Naval, poderão ser processadas transferências de oficiais entre os diversos Corpos e Quadros. No entanto, não havia interesse em manter as militares em atividade, o intuito era reformar, não importando se as militares não tivessem qualquer doença e apresentassem pleno vigor laboral e intelectual.

No contexto dessa possibilidade de transferência entre Corpos e Quadros, é intrigante observar que, no processo de reforma da Sargento Bruna (TRF2, Ação Ordinária nº 0210689-57.2017.4.02.5101, on-line), a Marinha alega que o artigo 10º, da Lei Federal 9.519/1997, só poderia ser aplicado a Oficiais e não a Praças, mas a Instituição assim não procedeu no caso da Comandante Bianca, que é uma Oficial Superior, na patente de Capitã-de-Corveta (Major nas outras Forças).

Outro artifício que foi empregado na ação da Cabo Allanis (1VF MAGÉ/RJ, Ação Ordinária nº 0182854-55.2017.4.02.5114, on-line) foi afastá-la por diversas e sucessivas licenças médicas, decorrentes da transexualidade, passando a configurar a condição de "militar agregada", nos termos da Lei Federal 6.880/1980 (BRASIL, Lei 6.880, 1980), fazendo com que, quando tais licenças acumuladas fossem contabilizadas e somadas, a militar poderia ser reformada por alcançar o total de dois anos de afastamento. Desse modo, utilizaram um subterfúgio intrigante, tendo em vista as ações judiciais propostas pelas militares que a antecederam e, assim, sua reforma não se daria pelo fato de sua condição transexual, mas sim, pelas sucessivas licenças com intervalo de dois anos que lhe foi imputada pela Administração Naval, mesmo ela não tendo solicitado tais licenças.

Não obstante, em outra das alegações das Forças Armadas, a questão recai sobre um possível constrangimento que a presença de militares transgêneros poderia gerar às demais mulheres em ambientes de privacidade e intimidade como alojamentos e banheiros, como relatado na ação da Sargento Bruna (TRF2, Ação Ordinária nº 0210689-57.2017.4.02.5101, on-line). Não se pode negar a existência de tais constrangimentos, o que adentra a esfera de subjetividades e individualidades de cada militar na condução da questão, todavia, sempre se adotando uma postura respeitosa no tratamento interpessoal. Contudo, somente se leva em consideração o contexto da maioria, não se considerando a especificidade da situação da militar trans, constrangida em sua individualidade.

Essa questão alçou o enquadramento de tese de Repercussão Geral na Suprema Corte do país, no julgamento do Recurso Extraordinário 845.779, que trata sobre a situação do uso de banheiros públicos por pessoas transexuais, em um caso em que uma mulher trans foi impedida de utilizar o banheiro feminino de um *Shopping Center* de Santa Catarina, em abordagem grosseira e vexatória, tendo sido retirada à força por seguranças do estabelecimento. O Ministro Luiz

Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, assim declarou em seu voto (CONJUR, 2015, RE 845.779):

> O suposto constrangimento causado às demais mulheres num banheiro feminino pela presença de uma transexual não é comparável ao mal estar suportado por ela se tivesse que usar o banheiro masculino. Imagine-se o desconforto que teria uma pessoa como a Roberta Close ou uma pessoa como a Rogéria se forem obrigadas a frequentarem um banheiro masculino, que seria uma agressão à natureza dessas pessoas, uma agressão à identidade dessas pessoas, ao modo como elas se percebem, ao modo como elas vivem as suas vidas.

Há ainda um contexto que deve ser levantado, no que concerne à dignidade humana, princípio norteador dos tratados e acordos internacionais que tratam sobre direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948, art.1º e 2º) prevê que:

> Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade, (...) sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Dessa forma, entende-se o conceito da dignidade como revestido de um caráter valorativo absoluto, concedido e disposto a cada ser humano em sua singularidade. Nesse sentido, o homem é um sujeito de direitos, mas, sobretudo, um ser digno, em sua essência, em sua alteridade.

No mesmo contexto, foi elaborado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, editado pela ONU em 16 de dezembro de 1966, internalizado pelo Brasil em 1992, assenta no item 1 do artigo 2º e do artigo 26 a proibição de quaisquer formas de discriminação e a garantia a todas as pessoas de proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, dentre outros.

O artigo 1º do Pacto de São José da Costa Rica (PSJCR, 1969, art.1º), que possui natureza jurídica de Legislação Supralegal em nosso ordenamento jurídico, afasta qualquer tipo de discriminação seja por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem

nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, como demonstra um trecho do Parecer Consultivo nº24, de 24 de novembro de 2017, da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

> (...) a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de um pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ ou sua expressão de gênero. (CIDH, 2017, p.78).

Relevante mencionar os Princípios de Yogyakarta que dispõem sobre a aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, e que, por sua vez, ressalta em seu preâmbulo a identidade de gênero:

> (...) como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo. (YOGYAKARTA, 2006, preâmbulo)

Como se pode constatar, a identidade de gênero é um viés da personalidade de cada pessoa que a identifica e a individualiza. E, quando há um desrespeito à identidade de gênero de um indivíduo, os direitos de sua personalidade são violados e, consequentemente, a sua dignidade é afrontada. Os Princípios de Yogyakarta aduzem também a relevância ou importância do trabalho digno na vida e na autoidentificação das pessoas, como demonstra seu Princípio 12:

> Princípio 12 – Direito ao Trabalho: "Toda pessoa tem o direito ao trabalho digno e produtivo, a condições de trabalho justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero". (YOGYAKARTA, 2006, princ.12)

Nas conferências que deram forma aos aclamados princípios, em que o Brasil participou e se constituiu signatário, proferiu-se ainda como obrigação ou dever dos Estados:

> b) Eliminar qualquer discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero para assegurar emprego e oportunidades de desenvolvimento iguais em todas as áreas do serviço público, incluindo todos os níveis de serviço governamental e de emprego em funções públicas, também "incluindo humanos o serviço na polícia e nas forças militares", fornecendo treinamento e programas de conscientização adequados para combater atitudes discriminatórias. (YOGYAKARTA, 2006, alínea b)

Da análise de todo esse conjunto principiológico global de direitos humanos, do arcabouço jurídico pátrio, incluindo os regramentos militares, e das alegações em que se fundamentam as Forças Armadas brasileiras para reformar *ex officio* suas militares transgêneros, percebe-se que não assiste razão legal para a reiterada violação de direitos pela qual vêm passando as militares trans, reiteradamente reformadas ao ousarem reivindicar suas identidades de gênero dentro das casernas.

AÇÕES INDIVIDUAIS E INSTITUCIONAIS

A desigualdade no Brasil é alarmante. Somos o décimo país mais desigual do planeta, segundo dados da OXFAM Brasil[8]. Tal desigualdade se reflete em amplo espectro, seja econômico, seja social, atingindo especialmente classes e categorias historicamente estigmatizadas como negros, índios, mulheres e LGBTQIA+.

Especificamente para a comunidade LGBTQIA+, geralmente os direitos específicos para sua condição sexual, como os chamados direitos sexuais, são alcançados por via judicial, uma vez que o Poder Legislativo nacional não consegue legislar regramentos que garantam as necessidades dessa parcela da população brasileira, inviabilizados por bancadas compostas por políticos conservadores que encaram como desnecessária a promoção de leis que visem

[8] OXFAM BRASIL. A Oxfam Brasil é uma organização da sociedade civil brasileira criada em 2014 para a construção de um Brasil mais justo, sustentável e solidário, eliminando as causas da pobreza, as injustiças sociais e as desigualdades.

igualar essa minoria já tão vilipendiada em seus direitos, garantias e liberdades fundamentais.

Dessa forma, diversas demandas com o viés de corrigir essa desigualdade e promover a dignidade humana à comunidade LGBTQIA+ são propostas ao Poder Judiciário, visando auferir garantias e direitos, os mesmos direitos que todos já detêm. Foi assim com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132 (STF, ADPF 132, 2011) e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4277 (STF, ADI 4277, 2011), em 2011, que possibilitou a união familiar entre pessoas de mesmo sexo; foi assim com a edição da Resolução nº175, em 2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, Resolução 175, 2013) que responsabilizava as autoridades competentes que se recusassem a habilitar, celebrar casamento civil ou de converter a união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Da mesma forma ocorreu com o julgamento pelo STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 (STF, ADI 4275, 2018), em 1º de março de 2018, que possibilitou a retificação de prenome e sexo de transgêneros nos assentos de registros civil, sem a necessidade de realização de cirurgia de redesignação sexual e sem a necessidade de apresentação de qualquer laudo médico patologizante da condição; e foi assim que, em 13 de junho de 2019, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 (STF, ADO 26, 2019) e do Mandado de Injunção nº4733 (STF, MI 4733, 2019), que o STF reconheceu a mora legislativa em sanar dispositivo constitucional vigente, do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, Constituição Federal, art.5º), enquadrando as espécies homofobia e transfobia ao crime de racismo até que sobrevenha lei visando suprir a referida lacuna constitucional, amparando essas minorias em toda sorte de violência no país que mais mata LGBTQIA+ por crimes de ódio do planeta.

Nessa busca por direitos, os mesmos direitos, chegou-se ao ponto constrangedor de se levar à Suprema Corte Nacional casos emblemáticos de pessoas que estavam sendo privadas de se utilizarem de banheiros públicos para satisfazerem suas necessidades básicas. O STF teve que se debruçar sobre o caso de uma trans que foi expulsa do banheiro feminino por seguranças de um *shopping* em Santa Catarina. No julgamento, ainda pendente, o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, reconheceu a repercussão geral, sob a tese nº 778, "por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias*",* ressaltando que "constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou

não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade" (STF, RE 845.779, 2015).

Não obstante, no contexto do impedimento de que mulheres trans pudessem continuar servindo ao país no âmbito das Forças Armadas brasileiras, o Ministério Público Federal, por meio de um Inquérito Civil (MPF, Inquérito Civil 1.30.001.000522/2014-11, 2014), estudou o assunto, ao constatar que militares transgêneros das Forças Armadas estavam sendo reformadas compulsoriamente, sem qualquer amparo no direito, simplesmente por serem transexuais e externarem seus desejos ou intenções de realizarem a transição de gênero.

Assim, foi elaborada pelo MPF uma Notificação/Recomendação (MPF, PRDC/RJ/nº04/2017), visando notificar o Comando do Exército Brasileiro (BRASIL, Lei Complementar 75, 1993, art.12º), recomendando: (a) que a transexualidade não seja considerada como motivo determinante para a reforma de militares, nem como forma de incapacidade para o exercício da atividade militar; (b) que sejam estabelecidos programas de reabilitação ou transferência de militares transexuais em funções compatíveis em outros Corpos ou Quadros das Forças Armadas, caso exerçam originalmente funções que não podem ser ocupadas por mulheres; e (c) que sejam implementados programas de combate à discriminação, voltados à erradicação da homofobia e transfobia, de modo a não excluir das Forças Armadas as pessoas transgêneros ou homossexuais.

Foi instaurada uma Ação Civil Pública (ACP), promovida pela Defensoria Pública da União (TRF2, ACP nº 0002781-93.2018.4.02.5101, 2018), visando impedir que as Forças Armadas continuem a reformar reiteradamente militares transgêneros de seus quadros por motivação transfóbica, após estas militares declararem suas condições de transexuais a seus superiores hierárquicos, devendo-se permitir que integrem o corpo, quadro, arma, serviço próprio condizente com suas autodeterminações de gênero, sem prejuízo da progressão funcional, computando-se tempo de serviço, o período em que algumas militares estiveram de licença para tratamento de saúde.

Nessa ACP, que já foi exarada a sentença, esta constatou haver a ocorrência de condutas irregulares, e quiçá preconceituosas, por parte das Forças Armadas brasileiras de forma a justificar a intervenção do Poder Judiciário na questão, sendo evidente que a transexualidade não impede o exercício de

atividades laborativas de qualquer espécie, não havendo a menor razoabilidade em aplicar à servidora (civil ou militar) regras inerentes à incapacidade laboral. A ação segue em curso, em sede recursal, no Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF2).

Em 13 de junho de 2019, o pleno do STF entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não elaborar lei que criminalizasse atos de homofobia e de transfobia, contrariando o inciso XLI, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que determina que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. A Suprema Corte reconheceu, por maioria, a mora do Congresso Nacional para criminalizar as condutas atentatórias a direitos e garantias fundamentais praticados contra os membros da comunidade LGBTQIA+ no sentido do enquadramento da Homofobia e da Transfobia como tipo penal definido na Lei 7.716/1989.

No contexto das ações individuais, a ação judicial promovida pela Cabo Allanis Costa encontra-se em curso, visando sua reintegração encontra-se em curso, conclusa para sentença, na 1ª Vara Federal de Magé/RJ **(1ªVF MAGÉ/RJ, 2017, on-line)**; a ação promovida pela 2º Sargento Bruna Gurgel encontra-se em pauta de sessão de julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2), em sede recursal (TRF2, 2018, on-line).

A ação promovida pela Comandante Bianca Figueira encontra-se em juízo de admissibilidade recursal no TRF2 (TRF2, 2018, online), em sede de Recurso Especial e Extraordinário, em vias de ser encaminhada ao Superior Tribunal de Justiça (STJ); e a ação da Subtenente Maria Luíza da Silva encontra-se no STJ (STJ, AREsp 1.552.655/DF, on-line), com decisão monocrática do Ministro Herman Benjamim a seu favor, em vias de ser levada ao pleno da turma, em sede de Agravo Interno.

É importante ressaltar que, na ação da hoje Subtenente Maria Luíza, um aspecto deve ser observado: a militar só não foi reintegrada à ativa por contar com 60 anos atualmente, tendo o curso processual se estendido por morosos 20 anos e a graduação de Subtenente só admitir militares até o limite etário máximo de 54 anos, de acordo com o Estatuto dos Militares (Lei Federal 6.880/1980).

CONCLUSÃO

Pessoas transexuais convivem com um grande dilema, um grande conflito, desde que nascem, desde que se entendem por gente, nas mais anosas

lembranças de suas infâncias. Sentem-se desencaixadas do contexto social de gênero, por se sentirem pertencentes a um determinado gênero, todavia, seus corpos, seu sexo, indicarem o sentido diametralmente oposto. Já foram (por vezes ainda são) vistas como pervertidas, como aberrações, como filhos do demônio, como doentes mentais.

Foram classificadas pela Classificação Internacional de Doenças, elaborado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), na sua 10ª versão (CID10) como portadoras de "Transtorno de Identidade de Gênero" (F64.0), vulgarmente conhecido pelo ultrapassado termo "transexualismo" (sic), com o sufixo "ismo" denotativo de doença.

Só recentemente, em 20 de maio de 2019, obtiveram, à custa de muita luta do movimento LGBTQIA+ e do entendimento que já era pacificado na classe médica, a retirada da categorização de transtornos mentais do CID10, com a publicação do CID11, passando a figurar em outra classificação na mesma CID como "Condição Relativa à Saúde Sexual", por pura preformatação, apesar do enorme estigma, a fim de que países pudessem lhes proporcionar políticas públicas de saúde, refenciando-se a um código de CID.

Pessoas transgêneros são expulsas de casa por pais e famílias incompreensivas que não aceitam suas expressões de gênero ou decisões de assumirem suas verdadeiras identidades; não conseguem encarar o ambiente escolar, hostil, perverso, onde são alvos constantes de bullying, brincadeiras risíveis e situações vexatórias e constrangedoras; não conseguem acessar o mercado de trabalho, pois sem família, sem educação e pelo preconceito latente na sociedade são rejeitadas e sumariamente descartadas de qualquer processo de seleção; quando já estão ocupando cargos e funções de trabalho, ao ousarem assumir suas identidades são dispensadas, afastadas de seus postos de trabalho.

Amar, casar, ter uma família, adotar, estudar, trabalhar, ir e vir, acesso à saúde, frequentar ambientes públicos ou privados, como um banheiro, por exemplo, são direitos constitucionalmente garantidos a qualquer cidadão brasileiro, de tal forma resguardados que muitos se tornam absolutamente corriqueiros e imperceptíveis em seu exercício diário.

Entretanto, para qualquer pessoa trans o exercício do direito aos mais simples atos cotidianos são fontes de medo, angústia e sofrimentos. Convivem com o julgo, "o olhar do outro", uma ameaça constante, sendo permanentemente

julgadas e sentenciadas à exclusão, ao desprezo e, tantas vezes, a violências de toda sorte.

Não seja! diz-lhes o mundo. Mas, se for, não conte; se contar, não mude; se mudar, não mostre; e, se mostrar, que seja longe de nós.

São, portanto, brasileiras que vivem de fato como se não tivessem sequer o direito de existir.

Nosso país ostenta o tenebroso e sombrio primeiro lugar no ranking de países9 que mais matam pessoas trans por motivação odiosa em todo o planeta, segundo dados da Transgender Europe10.

Das alegações, das ações e dos movimentos em busca de direitos que notadamente foram violados, o que se pode depreender é que o intuito das Forças Armadas sempre foi reformar, enquadrar em uma suposta doença que, apesar de inserida na Classificação Internacional de doenças, nunca foi doença, nem tampouco incapacita qualquer pessoa de absolutamente nada.

A intenção das Forças Armadas sempre foi levantar dúvidas sobre a condição das mulheres transexuais militares, uma condição pouco sabida e conhecida, suscitar ilações e suposições sobre possíveis riscos e consequências graves decorrentes sem qualquer fundamento técnico ou científico, mencionar que não existem mulheres nos cargos e funções, nos Corpos e Quadros anteriormente ocupados, em suma, o que importava era reformar, retirar de cena, afastar e, ainda por cima, alegar que aquela foi a solução que menor dano acarretaria para as militares afastadas.

O arcabouço jurídico nacional e internacional não coaduna com condutas tão nocivas e atentatórias às dignidades humanas dessas pessoas, mulheres trans militares, reformadas por ato de discriminação notória, revestido de pretensa legalidade, todavia viciado pelo preconceito, sob a forma de transfobia e machismo institucional e estrutural, que não encontra mais guarida no âmbito de nossos Tribunais e Cortes Superiores, bem como nas Cortes e Comissões Internacionais.

É inviável e intolerável conviver com tamanha violação de direitos.

---

[9] Brasil de Fato. *Em 2019, 124 pessoas trans foram assassinadas no Brasil.* (Referências).
[10] Transgender Europe. (Referências).

O presente artigo é uma parte bastante singela e resumida de um trabalho que se estrutura em ambiente acadêmico, a nível de mestrado, que se pretende expandir em muitos outros vieses e perspectivas. Todavia, espera-se que o objetivo principal, de publicizar tais violações de direitos, tenha sido alcançado, na certeza de que a luta e a militância individual de suas agentes, das militares reformadas por serem trans, bem como do movimento LGBTQIA+ se materialize em direitos, em igualdade, em cidadania, em respeito e em humanidade.

REFERÊNCIAS

1ª VARA FEDERAL DE MAGÉ/RJ. *Ação Ordinária nº 0182854-55.2017.4.02.5114*. Juíza: Ana Carolina Vieira de Carvalho. Disponível em: <https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=01828545520174025114&num_chave=&num_chave_documento=&hash=94b5e868078bf6a11b1b96e63893f421>. Acesso em: 30 Nov.2020, 11:52:47.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA (APA). *Manual Estatístico e Diagnóstico de Saúde Mental – DSM-5*. Disponível em: <http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnosico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf>. Acesso em: 30 Nov.2020, 07:58:38.

BENTO, Berenice. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008. Coleção Primeiros Passos.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 Nov.2020, 08:11:35.

_____. Lei Federal 9.519/1997, de 26 de novembro de 1997. *Dispõe sobre a reestruturação dos Corpos e Quadros de Oficiais e de Praças da Marinha*. Disponível em:<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9519-26-novembro-1997-365382-norma-pl.html>. Acesso em: 30 Nov.2020, 08:23:35.

_____. Lei Federal 12.705/2012, de 08 de agosto de 2012. *Dispõe sobre os requisitos para ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12705.htm>. Acesso em: 30 Nov.2020, 09:52:35.

_____. Lei Federal 13.541/2017, de 18 de dezembro de 2017. *Altera a Lei nº 9.519, de 26 de novembro de 1997, que "Dispõe sobre a reestruturação dos Corpos e Quadros de Oficiais e de Praças da Marinha"*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13541-18-dezembro-2017-785953-publicacaooriginal-154538-pl.html>. Acesso em: 30 Nov.2020, 08:32:35.

_____. Lei Federal 6.880/1980, de 09 de dezembro de 1980. *Dispõe sobre o Estatuto dos Militares*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 30 Nov.2020, 08:03:45.

_____. Comando da Marinha do Brasil. Memorando 1/2017, de 10 de abril de 2017. *37° Aniversário de Ingresso das Mulheres nas fileiras da Marinha do Brasil.* Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/sites/default/files/ordem_do_dia_07jul.pdf>. Acesso em: 30 Nov.2020, 08:35:35.

_____. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30 Nov.2020, 08:40:25.

BRASIL DE FATO. *Em 2019, 124 pessoas trans foram assassinadas no Brasil*. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/01/29/em-2019-124-pessoas-trans-foram-assassinadas-no-brasil>. Acesso em: 28Nov.2020, 19:38:15.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução nº175. *Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 30 Nov.2020, 11:19:43.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (CADH). *Pacto de San Jose da Costa Rica*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 30 Nov.2020, 08:58:35.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Parecer consultivo oc-24/17 de 24 de novembro de 2017*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf>. Acesso em: 30 Nov.2020, 08:56:25.

CONJUR. *Voto, Ministro Barroso, STF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-stf-questao.pdf_>. Acesso em: 28Nov.2020, 13:47:15.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ESTADÃO. Internacional. *Um desafio para o militar transgênero*. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,um-desafio-para-o-militar-transgenero-imp-,1134602>. Acesso em 28 Nov.2020, 13:20:25.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARINA, Roberto. *Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias*. São Paulo: Novalunar, 1982.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Notas sobre a prova no processo penal*. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, Forense, n. 25, jul.- dez. 1978.

JORNAL EXPRESSO CEARÁ. *Policial trans e gay defende PM flagrado beijando homem no metrô de SP*. Disponível em: <https://jornalexpressoce.com/2018/07/14/policial-trans-e-gay-defende-pm-flagrado-beijando-homem-no-metro-de-sp/>. Acesso em: 28 Nov.2020, 13:13:37.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). *Inquérito Civil 1.30.001.000522/2014-11*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/recomendacao-transexuais-forcas-armadas>. Acesso em: 28Nov.2020, 11:30:25.

_____. *Mandado de Injunção nº4733*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/MI-4733.pdf>. Acesso em: 30 Nov.2020, 11:18:38.

O GLOBO. *Agence France-Presse* (*AFP*). *Estudo prova que a transexualidade não é transtorno psiquiátrico*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/estudo-prova-que-transexualidade-nao-transtorno-psiquiatrico-19805459>. Acesso em: 28Nov.2020, 13:15:25.

_____. *Transexualidade sai da categoria de transtornos mentais da OMS*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/transexualidade-sai-da-categoria-de-transtornos-mentais-da-oms-22795866?fbclid=IwAR3zF_bmkEp3r1aa1BUWVxI-K4VZh44wv-wq_AQXBj2Gg0BkkhYf2VGVo3s_>. Acesso em 28Nov.2020, 13:14:54.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) de 10 de dezembro 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 30 Nov.2020, 09:14:45.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *Classificação Internacional de Doenças – CID 10*, 1989. Disponível em:<https://www.bulas.med.br/cid-10/>. Acesso em:30 Nov.2020, 07:53:35.

_____. *Classificação Internacional de Doenças – CID 11*, 2019. Disponível em: <https://www.who.int/classifications/classification-of-diseases>. Acesso em:30 Nov.2020, 14:45:35.

OXFAM BRASIL. *Mapa da Desigualdade no Brasil*. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/desigualdade-social-sera-desafio-para-o-proximo-governo/?gclid=Cj0KCQiAh4j-BRCsARIsAGeV12CGDawX_vLKFh5fgTohYtF8SKpEXsNtVlSsDQAhtdbcYc38Fkg0nq4aAmapEALw_wcB>. Acesso em: 28Nov.2020, 17:41:07.

REVISTA LADO A. *Transgêneros militares de diversos países se reúnem e trocam experiências*. Disponível em: <https://revistaladoa.com.br/2015/11/brasil/absurdo-catolico/>. Acesso em: 30 Nov.2020, 15:16:16.

SADOCK et al. *Compêndio de psiquiatria: ciência do comportamento e psiquiatria clínica*. Disponível em: <https://oitavaturmadepsicofm.files.wordpress.com/2019/03/compecc82ndio-de-psiquiatria-kaplan-e-sadock-2017.pdf>. Acesso em 28 Nov.2020, 08:10:15.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Agravo em Recurso Especial: AG em REsp 1.552.655/DF (2019/0220529-0)*, Relator: Ministro Herman Benjamin, DJ. 17/03/2020). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=%221.552.655%22&b=DTXT>. Acesso em: 30 Nov.2020, 11:55:25.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta nº132*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 30 Nov.2020, 11:10:35.

_____. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº4277*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 30 Nov.2020, 11:10:55.

_____. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº4275*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf>. Acesso em: 30 Nov.2020, 11:14:35.

_____. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão nº26*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 30 Nov.2020, 11:15:27

SUTTER, Matilde Josefina. *Mudança de Sexo: Causas e Consequências. Intersexualidade e transexualidade*. Revista do IMESC, nº 3, 1982.

TRANSGENDER EUROPE. Disponível em: <https://transrespect.org/en/map/trans-murder-monitoring/#>. Acesso em: 28Nov.2020, 19:37:05.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO (TRF2). *Ação Civil Pública: ACP nº 0002781-93.2018.4.02.5101*. 5ª Turma Especializada. Relator: Desembargador Ricardo Perlingeiro**.** Disponível em: <https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=00027819320184025101&num_chave=&num_chave_documento=&hash=9c8b691c6729cdc5a2d2e547f0d97495>. Acesso em: 30 Nov.2020, 11:39:07.

_____. *Ação Ordinária nº 0210689-57.2017.4.02.5101*. 8ª Turma Especializada. Relator: Desembargador Marcelo Pereira da Silva. Disponível em: <https://eproc.trf2.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=02106895720174025101&hash=a78bdc45e405692b26e8e403cf691301>. Acesso em: 30 Nov.2020, 11:45:15.

_____. *Ação Ordinária nº 0036388-94.2018.4.02.5102*. 6ª Turma Especializada. Relator: Desembargador Guilherme Couto de Castro. Disponível em: <https://eproc.trf2.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=00363889420184025102&hash=0d482f19118c5a078738370d22eeebcc>. Acesso em: 30 Nov.2020, 11:48:35.

UOL. Economia, emprego e carreiras. *Passei por mulher para entrar na PM*. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2015/03/03/passei-por-mulher-para-entrar-na-pm-veja-relato-de-policial-transexual.htm>. Acesso em: 28 Nov.2020, 13:08:25.

VEJA. Abril. *Laura Castro Teixeira, 36, delegada: medo, angústia e liberdade*. Disponível em:<https://veja.abril.com.br/brasil/laura-castro-teixeira-36-delegada-medo-angustia-e-liberdade/>. Acesso em 28 Nov.2020, 12:50:13.

WALKER, Paul. *Sex and Life Cycle: Transexualism (Sexo e Ciclo da Vida: Transexualismo)***.** Nova York: Grune & Stratton, 1996.YOGYAKARTA. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 30 Nov.2020, 08:43:08.

A ANDROGENIA DA CIÊNCIA MODERNA COMO OBSTÁCULO PARA INSERÇÃO E PROMOÇÃO DAS MULHERES NO MUNDO ACADÊMICO

Fernanda Meneghini Machado
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Serviço Social, Rio de Janeiro, Brasil
fernandameneghini@hotmail.com

Resumo: As mulheres são maioria em praticamente todos os níveis de ensino da formação científica no Brasil, no entanto, são uma notável minoria entre os postos de maior prestígio. No Brasil, na iniciação científica (IC) as mulheres ocupam 55% das bolsas, no entanto, na distribuição das bolsas de produtividade em pesquisa (PQ), 64% dessas ficam com os homens e 36% com as mulheres. Nas categorias mais altas de PQ, as bolsas nos níveis A1 e sênior, 75% das bolsas são direcionadas aos homens. Para pensar a relação entre as mulheres e a ciência, especialmente nos espaços de formação intelectual, entendemos que devemos refletir sobre os processos sociais e históricos que deram origem à sociedade patriarcal produtora de bens, para desnaturar a dominação masculina e a lógica da produção de valor nesta sociedade. Portanto, partindo da categoria do patriarcado, referindo-se a um sistema de dominação masculina que adquire uma dimensão histórica e uma base material ligada às formas de produção e reprodução social, por meio de uma pesquisa bibliográfica, propomos aqui levantar alguns dos elementos intrínsecos ao capitalismo e ao patriarcado que interferem na relação das mulheres com o mundo científico e que se apresentam como obstáculos para uma inserção democrática nos espaços de produção de conhecimento.

Palavras-chave: Mulher, ciência, patriarcado.

INTRODUÇÃO

Para pensar a relação das mulheres com a ciência, especialmente nos espaços de formação intelectual, entendemos que devemos refletir sobre os processos sócios históricos que resultaram na sociedade patriarcal produtora de mercadorias a fim de desnaturalizar a dominação masculina e a lógica da produção de valor nessa sociedade. Por termos, nós e as últimas gerações, nascidos em um sistema totalitário como o capitalismo, onde a produção de valor oculta as relações sociais, tendemos a pensar e sentir o mundo como se esse modelo fosse transistórico, ou seja, como se essa fosse a única maneira possível

de produzir e reproduzir subsistência e de nos relacionarmos uns com os outros, e da humanidade se relacionar com a natureza (como se não fizéssemos parte dela).

> A natureza não produz possuidores de dinheiro e de mercadorias, de um lado, e simples possuidoras de suas próprias forças de trabalho, de outro. Essa não é uma relação histórico-natural, tampouco uma relação social comum a todos os períodos históricos, mas é claramente o resultado de um desenvolvimento histórico anterior, o produto de muitas revoluções econômicas, da destruição de toda uma série de formas anteriores de produção social (MARX, 2013, p.244).

Ao ponderar que existiram outras formas sociais, o fazemos na perspectiva não de um saudosismo do que não vivemos, ou de retomarmos as formas consideradas "primitivas" de existência. Tampouco o fazemos considerando que o capitalismo seja a forma mais avançada e libertadora da humanidade. Não temos como saber como seria o mundo caso não tivessem ocorrido as revoluções burguesas. Mas sabemos que os processos de colonização, expropriação, escravização, guerras e genocídios foram realizados em nome do chamado progresso.

Não obstante, o que temos é resultado desse processo sócio-histórico, e que compreendê-lo criticamente nos fornece elementos para pensarmos o que queremos daqui pra frente e como podemos construir essa sociedade desejada.

Na perspectiva por ultrapassar as amarras da dominação masculina, movimentos feministas ganharam evidência no final do século XIX e início do século XX com as lutas pelo sufrágio universal. Tais lutas eram encampadas por mulheres brancas e de classes médias e altas. Ainda que seja importante considerar esses limites, foi por meio dessa primeira onda do movimento feminista que se despertou para o processo social de invisibilização das mulheres.

No final da década de 1960 as lutas das mulheres se ampliaram e ganharam espaço na militância acadêmica. A chamada segunda onda do feminismo surgiu nos Estados Unidos e em alguns países europeus e questionava valores sociais e políticos que justificavam a dominação masculina. Nesse momento que a perspectiva de gênero ganha força, onde a desigualdade passa a ser questionada e entendida como uma construção social.

> Com o objetivo de fazer avançar essas análises e acreditando na potencialidade dos empreendimentos coletivos, algumas mulheres vão fundar revistas, promover eventos, organizar-se em grupos ou núcleos de

> estudos... Às vezes transformados em guetos, mediante processos nos quais também têm responsabilidade e envolvimento, muitos desses grupos acabam por ser excluídos (e por se excluírem) da dinâmica mais ampla do mundo acadêmico. Torna-se comum a tendência de deixar que nesses espaços (e *apenas* neles) se tratem das questões relacionadas à mulher. Deste modo, propostas, que iam desde a "integração do universo feminino ao conjunto social" até pretensões mais ambiciosas de "subversão dos paradigmas teóricos vigentes", enfrentam muitas dificuldades para se impor. Há uma disposição para que pesquisadoras mulheres se ocupem em discutir ou construir uma História, uma Literatura, ou uma Psicologia *da mulher* — de algum modo perturbando pouco a noção de um universo feminino separado (LOURO, 1997, p. 18).

Ainda que limitados e considerados periféricos, não podemos subestimar tais contribuições. Foram nesses potentes espaços e contribuições que os estudos feministas ganharam caráter político, e o aumento de produção acadêmica ocorreu não somente no sentido de evidenciar os processos dominação que até então eram naturalizados e ocultados, como também contribuiu para ampliar o questionamento sobre a dita neutralidade da ciência.

Naquele fomento foi fundamental contrapor aos argumentos "científicos" que se baseavam nas diferenças biológicas, uma vez que esses serviam para justificar as desigualdades entre os sexos. Se contrapor a essas ideias, colocando gênero como uma categoria fundamental de análise, contribuiu para demonstrar que não são as características biológicas dos sexos que causam as desigualdades e hierarquias, mas sim a forma como essas são representadas ou valorizadas na sociedade.

No decorrer da história do feminismo se ampliou o debate sobre a categoria gênero. Debate esse não homogêneo, com diferentes perspectivas teóricas e filosóficas. Uma das críticas realizadas em diálogo com algumas ideias do pós-estruturalismo se refere à fixidez da polarização da categoria gênero e às dicotomias masculino/feminino, teoria/prática, ciência/ideologia, produção/reprodução, público/privado, razão/sentimento. "A concepção dos gêneros como se produzindo dentro de uma lógica dicotômica implica um pólo que se contrapõe a outro (portanto uma ideia *singular* de masculinidade e de feminilidade), e isso supõe ignorar ou negar todos os sujeitos sociais que não se "enquadram" em uma dessas formas" (LOURO, 1997, p.34). Assim, se evidenciou a necessidade de historicizar esse conceito, considerando a complexidade das relações sociais e o uso da categoria diferença (divergente de

desigualdade). Há assim a necessidade de se pensar as relações de poder e resistência em sua dinamicidade.

No Brasil o conceito de gênero se difundiu na década de 1990, através, principalmente, do artigo "Gender and the politics of history" de Joan Scott (1999). Este artigo traz o conceito gênero como uma categoria de análise. Houve um avanço quando ela chama atenção para o caráter relacional das definições de feminino-masculino, porém, gênero passa a ser essencialmente social, esquecendo outros elementos como o corpo e a sexualidade. Saffiotti (2004a) considera que tal contribuição resultou em perdas, uma vez que o ser humano deve ser visto como uma unidade, indivisível. Esta autora considera um avanço a contribuição de Scott o fato de ela ter colocado o fenômeno do poder no centro da organização social de gênero. Porém, ressalta o poder como sendo elemento que pode ser usado tanto na direção da igualdade como da desigualdade entre as categorias de sexo[1].

A categoria que adotaremos por hora nesse trabalho é a de patriarcado, que segundo Piscitelli (2002) se refere a um sistema de dominação masculina e que, a partir das correntes de pensamento do feminismo socialista, adquire uma dimensão histórica e uma base material vinculada às formas de produção e reprodução social. Ou seja, a relação homem/mulher deve ser vista como uma relação política, e, no caso da sociedade produtora de mercadorias, a dominação masculina se formata com especificidades.

Saffioti (2004a) considera que muitas feministas acrescentaram bastante para o estudo sobre as mulheres na década de 1970 e anos anteriores, quando elas utilizam o conceito de patriarcado. Esta autora explica que este conceito em nada se relaciona com o constructo mental weberiano, uma vez que os tipos ideais de Weber só se prestam na realidade daqueles que o criaram e está atado ao contexto social onde teve sua gênese. A autora utiliza a definição de patriarcado de Hartmann (1979) que diz que este regime significa um pacto masculino para garantir a opressão das mulheres. O patriarcado é sustentado em uma maneira como os homens asseguram para si mesmos e para seus dependentes os meios necessários para reprodução da vida dentro de uma

[1] O debate em torno da categoria gênero é demasiado diverso e seu movimento de constantes disputas e reelaborações teóricas são resultados de divergências dos pressupostos teóricos e políticos feministas. Nesse momento do trabalho não temos condição de abarcar esse debate, no entanto, reconhecemos ser de inteira relevância no desenvolvimento da tese.

organização doméstica. Neste regime, as mulheres são objetos de satisfação sexual dos seus dominadores; reprodutoras de novas gerações e de força de trabalho. As mulheres são dominadas, exploradas e oprimidas. A dominação-exploração é na verdade o mesmo fenômeno que apresenta duas faces: a mulher é explorada no trabalho onde ganham salários historicamente menores e ocupam posições desprivilegiadas, como também são controladas na sua sexualidade e na capacidade reprodutiva, quando induzidas a ter determinados número de filhos e o tempo de tê-los, mesmo elas portando de elementos femininos que possam influenciar nesse processo. (SAFFIOTI, 2004a)

Há de se considerar que o patriarcado se manifesta de diferentes formas pelo mundo, podendo até ser observadas diferenças de grau de domínio exercido pelos homens sobre as mulheres, no entanto, para Saffioti (2004a), a natureza do fenômeno é a mesma. O patriarcado se apresenta como um fenômeno que funciona quase que automaticamente, ele pode ser acionado inclusive por mulheres, por exemplo, através da educação dos filhos.

Saffioti (2004b, p.43) acredita que a teoria de gênero sozinha não dá conta de substituir a teoria do patriarcado:

> Não se trata de abolir o uso do conceito gênero, mas de eliminar sua utilização exclusiva. Gênero é um conceito por demais palatável, porque é excessivamente geral, a-histórico, e pretensamente neutro. [...] O patriarcado ou ordem patriarcal de gênero, ao contrário, como vem explícito em seu nome, só se aplica a uma fase histórica, não tendo pretensão de generalidade nem de neutralidade, e deixa propositadamente explícito o vetor da dominação-exploração.

O patriarcado não está restrito a ser apenas uma hierarquia entre as categorias de sexo. Este regime traz consigo uma contradição de interesses. Para superação da dominação-exploração das mulheres pelos homens, não basta aumentar os espaços a serem ocupados por mulheres, isso não vai anular a natureza do patriarcado. A contradição não encontra solução neste sistema, para se superar essa contradição são necessárias mudanças sociais mais amplas, onde sejam mantidas as diferenças e eliminadas as desigualdades (SAFFIOTI, 2004a)[2].

[2] Buscaremos, no decorrer da tese, nos apropriarmos do debate sobre articulação e/ou interseccionalidade, uma vez que tais conceitos permitem articulações entre gênero, sexualidade, raça e etnicidade/ nacionalidade e contribuem para uma melhor compreensão sobre nossa temática, principalmente quando consideramos a

Dessa forma, destacamos a importância de entender a ciência moderna e a sua essência, uma vez que, como dito anteriormente, não basta realocar os sujeitos sociais considerando uma paridade entre os sexos nos diferentes espaços. Assim, continuaremos nossa problematização teórica pensando as formas e conteúdos em que se desenvolve o pensamento na sociedade capitalista, relacionando-o com questões inerentes às mulheres.

1. A ciência é sexualmente neutra?

A exclusão das mulheres do mundo científico, embora possa ser fenomenicamente explicado a partir dos processos de socialização sexistas tem sua essência, ou seja, está arraigado na ascensão da ciência moderna. Como explica a autora Lucía Tosi, no século XVII houve um grande declínio das tradições mágicas sendo parte de um processo que resultou na Revolução Científica, que tinha como base as ideias de Copérnico, Galileu e Kebler, e as teorias mecanicistas. A partir daquele momento, a filosofia cartesiana triunfou ao rechaçar a existência de forças ocultas, simpatias/antipatias e explicar os fenômenos naturais a partir de cálculos, tamanhos, fórmulas e velocidades das partículas. Nesse processo, se separou o mundo do espírito do mundo da matéria, ao passo que se desenvolveram as investigações e experimentações científicas. Um contrassenso é que esse processo ocorreu sem questionar o poder e a autoridade da religião.

Essas transformações científicas e culturais que se iniciaram no século XV vieram acompanhadas por uma perseguição massiva às mulheres. Tal episódio de criminalização das mulheres foi denominado de Caça às Bruxas e teve seu auge entre os anos 1600 e 1650. Foi fomentado por homens em uma verdadeira obsessão pelo que eles atribuíam como forças demoníacas, eliminando assim saberes empíricos praticados pelas mulheres.

Com a ascensão do Iluminismo e a ideologia do progresso, os processos de violência física e dizimação das mulheres foram paulatinamente não sendo mais tão necessários. Pois por meio da educação e da cultura foi sendo criado tanto uma nova maneira de enxergar o mundo, quanto a construção de uma nova imagem do papel das mulheres.

constituição do capitalismo no Brasil, com sua história de violência da colonização e escravismo.

Nesse sentido, o autor Johannes Bareuther explica que a ciência moderna não é sexualmente neutra, ao contrário, em suas palavras, trata-se é de um androcentrismo da ciência. Ou seja, a ciência moderna tem suas leis e regras a partir do homem, como se isso fosse universal, um sentido de ideia única – ou seja, a ciência é masculina.

O conhecimento sobre o mundo e as relações com a natureza tal como conhecemos é diversa de períodos anteriores ao capitalismo. As transformações científicas e culturais para atender às necessidades da nova relação de dominância foi um processo lento que se consumou no início do século XVII: "na música e na poesia surge o ritmo do compasso, na filosofia a separação sujeito-objeto, na matemática a geometria analítica de Descartes e um entendimento completamente novo dos números" (BAREUTHER, 2014, p.6).

Bareuther explica que tais mudanças se relacionam com a dominância do dinheiro como unidade, sendo necessário elaborar um conhecimento capaz de equiparar medidas e coisas diferentes para atender a relação dinheiro-mercadoria. Para tanto, a matemática moderna usa os "números puros", ou seja, os números como unidades substanciais por si só e para estabelecer relações entre desiguais. "Até a Idade Média era impossível colocar um sinal de igualdade entre termos com dominadores diferentes ou combiná-los de imediato matematicamente. Apenas se relacionavam entre si proporções entre grandezas do mesmo tipo" (BAREUTHER, 2014, p.9).

A relação com a natureza se transforma drasticamente também nesse período. Antes a mesma era vista e aceita como caótica e não separada da humanidade, com a modernidade, o objetivo passa a ser controlá-la, numa relação de exterioridade. Nessa nova relação com a natureza, a mesma se apresenta como matéria passiva, inerte e morta:

> O novo pensamento mecanicista já não reconhece qualquer espírito na natureza, a não ser talvez o puro espírito divino das leis matemáticas a que ela obedece. Mas este é um espírito com o qual, no entanto, já não é possível o entendimento, pelo menos no quadro da própria práxis científica relacionada com a natureza, por causa do seu caráter puramente formal (...). Com isso está identificada a segunda separação óbvia: a separação sujeito-objeto. Pois o sujeito do conhecimento pressupõe o método experimental, mas não é como tal parte integrante da natureza (BAREUTHER, 2014, p.16-17).

Além da separação sujeito-objeto, que se relaciona com o dualismo espírito-natureza, há mais uma desagregação: a separação entre natureza dominada e natureza não dominada. Em relação à natureza não dominada, há uma espécie de ideia de devir, ou seja, ela *ainda não o é*, mas existe o desejo e empenho por controle. Ainda assim, como tudo no capitalismo, está subsumida na lógica da abstração funcional para rotação do sistema.

Bareuther (2014) apresenta as ideias de Francis Bacon (1561-1626), considerado fundador da ciência moderna, burguês, mentor da razão dominadora da natureza para demonstrar a gênese do pensamento moderno. Para Bacon, a natureza é masculina quando é dominada e controlada; quando se apresenta como anárquica, difusa, impura e não controlada, ela é feminina, portanto, perigosa e ameaçadora. Ademais, o burguês também alegava ser impossível qualquer implicação afetiva com assuntos como negócios e ciência:

> Os que não conseguem livrar-se do amor, o melhor é mantê-lo firmemente sob controle e separá-lo rigidamente dos assuntos e negócios [actions] sérios da vida; pois quando ele se intromete seriamente na actividade profissional [business] de uma pessoa [men's], então ele emaranha a sua situação financeira [fortunes] e faz dela um ser que perde completamente de vista os seus objectivos (BACON 1979, apud BAREUTHER p. 40).

Como pode ser observado, para o precursor da ciência moderna, a legalidade da ciência, do conhecimento e da racionalidade, como um todo, são soberanos em relação à natureza e inerente ao masculino. Suas ideias fundamentam a caça às bruxas, uma vez que justificaram os processos violentos de perseguição às mulheres que interagiam de forma diferente com a natureza. O autor considerava que a feminilidade simbolizava a natureza não dominada e a selva, portanto, não racional e perigosa. A caça às bruxas, assim, aparece como o crime fundador do patriarcado produtor de mercadorias, tendo um significativo papel no estabelecimento da racionalidade científica moderna (BAREUTHER, 2014).

Desde o século XVI que a natureza passou a ser descrita como ameaçadora, portanto, devendo ela ser controlada e dominada. Nesse período até o fim do século XVIII ocorreu a transição da sociedade feudal para a sociedade moderna. Não foi um processo linear e tampouco pacífico. Foram séculos de violência: guerras religiosas em várias partes do mundo e pessoas perdendo seus meios de sobrevivência no processo de acumulação primitiva. Nesse período se constituiu o Estado absolutista, modelo esse que Bareuther (2014) atribui como

o mais parecido com a atual democracia liberal burguesa, com um poder central e universal, do que com o emaranhado de relações recíprocas de dependência e obrigação do feudalismo.

Nessa transição, enquanto o capitalismo não se constitui enquanto totalidade, foi necessário a presença de um soberano que personificava a generalidade social, exercendo um domínio racional sobre os demais, equivalente ao domínio de Deus sobre a natureza. Esse poder centralizado promoveu a perseguição e a caça às bruxas junto com a igreja católica, rechaçando os conhecimentos das mulheres relacionados ao trato com a natureza; expropriando e destruindo conhecimentos que por elas eram dominados, como, por exemplo, o parto, que passou a ser realizados por homens detentores do saber médico. Ou seja, não se tratava somente da expropriação brutal dos conhecimentos medicinais das mulheres, mas da imposição de um projeto radicalmente diferente de relação com a natureza, em que a fundamentação teórica se referia às mulheres como inferiores, predispostas à bruxaria e a estabeleceram pactos com o demônio.

Outra justificativa para a repulsão às mulheres se deve à atração erótica por elas, uma vez que esse sentimento de atração colocava em perigo a unidade masculina. Aqui se mostra o conflito psíquico que surge como paradoxo, nomeadamente que "o sujeito masculino repele aqui com sadismo aquilo que tem de negar a si mesmo com masoquismo, isto é, que ele simultaneamente deseja o que repele, mas tem de o repelir enquanto desejado" (Bosch 2000, p. 116 apud BAREUTHER, 2014, p.27). Na sociedade em ascensão, era necessário o autocontrole para fluência do comércio, economia monetária, divisão do trabalho e convívio com estrangeiros, portanto, as mulheres apareciam como uma ameaça.

Não podemos perder de vista, assim, que a caça às bruxas não foi um fenômeno inerente à Idade Média, mas se constituiu, em certa medida "de um primeiro *fenômeno de modernização*, de um pressuposto sangrento para a ascensão moderna da racionalidade masculina" (SCHOLZ, 1992, p.7). Ainda que com algumas contradições, como todo processo social, os elementos e disputas em jogo apresentavam divergências ideológicas. A igreja, ao mesmo tempo que antipatizava com a nova racionalidade relacionada às ciências naturais, uma vez que essa contrastava com as ideias da igreja sobre o mundo, sua função social foi inegavelmente ambivalente.

> Por meio da caça às bruxas, de fato, a Igreja forneceu o impulso decisivo para a destruição da antiga imagem mística do mundo, e nesse sentido foi

> plenamente propícia aos novos poderes e às novas ideias. Em que pese sua "animosidade ao progresso", a Igreja atuou de certa forma como um algoz a serviço da nascente modernização. Isso também é corroborado pelo fato de que "a neurose das bruxas não surgiu em áreas rurais, mas nas regiões industrialmente mais desenvolvidas e intelectualmente mais avançadas da Europa" (cf. Heinemann, 1989, pp. 37) ao passo que o *Malleus*, por exemplo, foi rejeitado pela Inquisição espanhola. O Iluminismo, como o impulso seguinte da modernização patriarcal, ligada ao valor, pôde assim condenar a caça às bruxas com venerável indignação sobretudo porque essa "tarefa" já havia sido previamente realizada (SCHOLZ, 1992, p. 7).

Assim, com o "trabalho sujo" realizado pela igreja, permitiu-se que as ideias iluministas não evidenciassem que seu conteúdo e razão-de-ser eram masculinos. Desse modo, após a substituição violenta do conteúdo concreto-sensível e da natureza tratada pelas mulheres pela lógica da abstração funcional, com o passar dos anos, quando o capital toma forma de totalidade social, a razão dominadora começa a se apresentar como sexualmente neutra, como o ideal da razão.

No início da Idade Moderna o potencial regulador da igreja se intensifica por meio do protestantismo, que promove via uma ampla reforma uma ética individualizada e a redenção pela moral. No que tange ao patriarcado, há um processo de domesticação das mulheres e promoção do ideal materno como nova imagem da mulher. De acordo com Lutero, um dos principais líderes da reforma, a mulher tinha vocação para o lar e para a maternidade. Ainda que o papel da reforma protestante seja um importante elemento a ser considerado, a diferenciação entre âmbitos público e privado se concretiza e se alastra por todas as camadas da sociedade ao passo que se desenvolve a racionalidade instrumental que sustenta ideologicamente a sociedade moderna. A princípio, essa divisão era mais evidente entre a burguesia, na qual casamento e maternidade eram únicos lócus sociais da mulher. "A domesticação da mulher atingiu no século XIX um tal ápice, que mesmo o forte instinto sexual imputado às mulheres ao longo do tempo chegou a ser desmentido" (SCHOLZ, 1992, p.9).

No século XIX nascem também os primeiros movimentos feministas, no entanto, com o desenvolvimento do capitalismo, a classe operária tinha como referência de socialização o modo de vida da burguesia, assim, a questão das mulheres pobres foi subsumida à "questão de classe". No auge da II Guerra Mundial, com a grade quantidade de homens recrutados no serviço militar, as

mulheres foram demandadas a ocuparem seus cargos nas fábricas, ampliando assim as pautas específicas das trabalhadoras mulheres, o que não alterou o padrão de hierarquia entre os sexos.

Com o desenvolvimento do valor e a coisificação das relações humanas, as cisões patriarcais se tornam mais nítidas, transmutando-se, para além de problemas individuais, questões públicas, políticas. A sociedade moderna tem sua constituição patriarcal da produção de valor, ou seja, "o pressuposto sexualmente patriarcal da produção e troca de mercadorias, que já se encontra na raiz da socialização do valor e não pode ser apreendido por uma concepção "sociologista" abreviada dos papéis" (SCHOLZ, 1992, p12). Nesse sentido:

> "O valor é o homem", não o homem como ser biológico, mas o homem como depositário histórico da objetivação valorativa. Foram quase exclusivamente os homens que se comportaram como autores e executores da socialização pelo valor. Eles puseram em movimento, embora sem o saber, mecanismos fetichistas que começaram a levar vida própria, cada vez mais independente, por trás de suas costas (e obviamente por trás das costas das mulheres). Como nesse processo a mulher foi posta como o antípoda objetivo do "trabalhador" abstrato - antípoda obrigado a lhe dar sustentação feminina, em posição oculta ou inferior -, a constituição valorativa do fetiche já é sexualmente assimétrica em sua própria base e assim permanecerá até cair por terra (SCHOLZ, 1992, p16).

Há tempos, no entanto, que a esfera do trabalho abstrato não é ocupada com uma ampla maioria de homens, o que, de forma alguma, significa que a ocupação massiva de mulheres em postos de trabalhos e outras dimensões do espaço público tenha eliminado as características predominantemente masculinas desses espaços, de forma que a inserção de mulheres na vida pública é permeada por dificuldades geradas pelo fato desses locais se constituírem como uma identidade masculina. Identidade esta historicamente enraizada na subjetividade dos homens da qual às mulheres tiverem que se adaptar para se tornarem parte.

Os estudos feministas marxistas mais tradicionais se vinculam aos movimentos trabalhistas, cuja principal crítica é a apropriação da mais-valia – esta produzida pelos trabalhadores - pelo capital. Nessa perspectiva, as feministas questionam que a questão do patriarcado deveria ser colocada ao lado do antagonismo entre capital e trabalho, ou seja, reivindicam que os movimentos de classe problematizem sobre as relações de sexo nessa sociedade. Nessa perspectiva, ao requererem a remuneração do trabalho doméstico, realoca esse para o campo do trabalho abstrato. Para Scholz, no entanto, "o movimento

feminista não precisa - para dar prova de seu valor (moral e econômico) – tentar a redefinição da atividade feminina em termos de trabalho, já que o "trabalho" é de certo modo, a "raiz" de todo o mal".

Isso não significa, por sua vez, que a atividade feminina e as atribuições patriarcais a ela vinculadas, da forma como se manifestam hoje, sejam de algum modo melhores e permitam deduzir modelos para um futuro, como acreditam algumas feministas. De fato, a "esfera feminina" e as qualidades imputadas às mulheres representam somente o outro lado da moeda do "trabalho abstrato no patriarcado ligado à forma-valor. Eis porque é tão errado referir-se positivamente à esfera feminina quanto ao trabalho e geral" (SCHOLZ, 1992, p.1). Ou seja, a reprodução é o outro lado do trabalho produtivo, mas ambos estão localizados e subjugados ao sistema de dominação e exploração capitalista.

Dessa forma, a partir da noção do caráter fetichista da sociedade, o patriarcado não deve ser considerado tendo como referência somente a distribuição de papéis sexuais, como se o conceito de valor fosse assexuado. E sim observar esse problema a partir do seu nexo constitutivo, ou seja, o trabalho abstrato e o valor como masculinos.

Ainda se levando em consideração o caráter fetichista da sociedade moderna, a dominação é sem sujeito por sua própria essência, ou seja: o domínio não é exercido por sujeitos autoconscientes, mas são colocados em prática por instituições culturais e políticas capazes de cunhar uma história.

A tese de Scholz é:

> A contradição básica da socialização através da forma-valor, de matéria (conteúdo, natureza) e forma (valor abstrato) é determinada com especificação sexual. Todo conteúdo sensível que não é absorvido na forma abstrata do valor, a despeito de permanecer como pressuposto da reprodução social, é delegado à mulher (dimensão sensível, emotividade, etc.) (SCHOLZ, 1992, p.3).

Nessa concepção, não se pode inferir a cisão por meio das diferenciações sexuais por meio de uma positivação instrumental dos conceitos formulados por Marx. Lembrando que tal autor formulou categorias para explicar a sociedade moderna e criticá-la, e não para uma explicação transistórica e neutra. Ou seja, a autora se apropria de suas explicações e explica que é necessário ultrapassar esse modo de vida pela sua essência, e não a positivar.

CONCLUSÃO

Fazer esse exercício de olhar para a constituição da ciência como modo de pensar que se hegemoniza na sociedade moderna por vezes pode parecer desconectado da situação atual das mulheres nos ambientes científicos, principalmente depois de uma série de conquistas dos movimentos feministas por mais protagonismo. No entanto, acreditamos que ainda não superamos a modernidade, e que explicar essa sociedade que percebemos como uma sociedade capitalista patriarcal requer entender a lógica do valor.

Assim, a constituição do valor sexualmente específica não nega a separação das ocupações por sexo no capitalismo, porém, não reivindica a inserção da mulher no trabalho abstrato e na ciência mecanicista como solução para o patriarcado, pois ao se inserirem nos espaços públicos sem alterar as hierarquias do trabalho produtivo e reprodutivo não alteram as bases do patriarcado. A estruturação básica dessa divisão por sexo nas sociedades ocidentais é a separação e a hierarquização entre esfera privada (família, cuidados, sexualidade) e pública (trabalho abstrato, Estado, política, ciência, arte, etc.). Sendo a primeira feminina e a segunda masculina.

Quando se busca a inserção da mulher na esfera pública se busca uma melhora parcial nesse tempo histórico, no entanto, não é capaz de alterar a gênese e a essência desse processo. E isso explica porque muitas vezes essa inserção é muito mais difícil para as mulheres e porque elas não alcançam a maioria dos espaços de maior reconhecimento. Ou seja, ainda que as mulheres ocupem igualmente espaços políticos e se insiram massivamente nos postos de trabalho abstrato, não significa uma alteração da estrutura do patriarcado. O que ocorrerá será uma adaptação, no geral violenta, para a adequação a esses espaços historicamente e essencialmente constituídos como masculinos.

REFERÊNCIAS

BAREUTHER, Johannes. **O androcentrismo da razão dominadora: natureza demoníaca e natureza mecânica**. 2014. Disponível em: http://www.obeco-online.org/johannes_bareuther1.htm Acesso em 2019.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**. Petrópolis: vozes, 1997.

MARX, Karl. **O Capital:** Crítica da Economia Política: Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

SAFFIOTI, Heleiete I.B. **Gênero e patriarcado: violência contra mulheres**. In: A mulher brasileira nos espaços público e privado.1. Ed.São Paulo: Fundação Perseu Abrano, 2004a p .43-61.

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

SCHOLZ, Roswitha. **O valor é o homem**. 1992. Disponível em: http://obeco.pl.anetaclix.pt/rst1.htm. Acesso em 2019.

SCOTT, Joan Wallach et al. **Gender and the Politics of History**. Columbia University Press, 1999.

A IDEOLOGIA DE GÊNERO: liberdade de expressão ou discurso opressor?

Simone Vinhas de Oliveira
Universidade Estadual de Londrina, Professora Doutora do Departamento de Direito Privado, Londrina, Brasil, vinahas@uel.br

Samia Moda Cirino
Faculdades Londrina, Professora Doutora do Departamento de Direito, Londrina, Brasil, samiamoda@hotmail.com

Marcelo Luan Lopes Jarreta
Universidade Estadual de Londrina, Graduando em Direito, Londrina, Brasil, marcelo.ljarreta@uel.br

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo traçar a construção histórica do discurso da "ideologia de gênero", desenvolvido por grupos religiosos e conservadores em meio a discussões de políticas públicas relacionadas ao gênero e sexualidade, tendo sido difundido especialmente por grupos católicos e, posteriormente, protestantes. A partir disso, o trabalho buscará analisar como o discurso de ideologia de gênero faz uso da linguagem para estruturar a reverberação do gênero como um ideal não científico e nocivo à ordem social cristã. Com isso, a pesquisa possibilita questionar a construção do discurso como uma estrutura de poder heteronormativa e pautada na lógica binária de sexo. Por fim, o trabalho apresentará algumas provocações formuladas por Judith Butler que dão conta de explicar a performatividade de gênero, reforçando o conceito para além de uma ideologia e viabilizando a subversão das estruturas de poder. O resultado esperado dessa investigação consiste em demonstrar a construção desse discurso como afronta às teorias que identificam modelos de opressão nas relações de gênero e sexualidade. Para tanto, realiza um levantamento bibliográfico evidenciem a construção do discurso de ideologia de gênero, de modo a mapear sua origem e repercussões. Ainda, o trabalho realiza o levantamento bibliográfico das teorias que fundamentam as relações de poder e o caráter performativo do gênero.

Palavras-chave: Discurso; Poder; Ideologia de Gênero; Linguagem.

INTRODUÇÃO

A noção de ideologia de gênero se mostrou um fator preponderante na elaboração ou ausência de formulação de políticas públicas relacionadas a grupos

sociais que compreendem categorias fundadas em questões de gênero e sexualidade.

Assim, com intuito de desvelar e desconstruir esse discurso que tem orientado as pautas políticas em diversos países da América Latina, como o Brasil, em um primeiro momento, o presente trabalho descreve a construção histórica da denominada ideologia de gênero. Verifica-se como esse discurso avançou ao longo de disputas políticas em torno de conferencias das Nações Unidas que visavam apontar o norte para o desenvolvimento de políticas públicas nos países signatários.

A partir dessa breve retomada histórica, observa-se que as disputas que se sucederam em torno das questões de gênero e sexualidade, de certo modo polarizadas, entre teóricas feministas e grupos religiosos, culminaram num exercício lógico-semântico por parte dos grupos conservadores, instrumentalizando os termos de ideologia e de gênero para o desenvolvimento de um discurso opressor.

Diante disso, o presente trabalho propõe a análise das relações de poder e sua manifestação no discurso e na linguagem, de modo a demonstrar como foi possível essa instrumentalização linguística e o uso do discurso da ideologia de gênero como um instrumento de poder.

Essas análises, à luz da teoria desenvolvida por Judith Butler, permitem expor que o discurso da ideologia de gênero está pautado numa lógica binária heteronormativa que visa a naturalizar as categorias de sexo e gênero. Por fim, são apresentadas provocações trazidas pela referida autora visando à subversão dessa lógica e das estruturas de poder nela pautadas.

1. A construção do discurso de ideologia de gênero

Pensar a ideologia de gênero como um discurso de poder construído requer, necessariamente, analisar a relação entre educação e religião, principalmente no que tange à influência política da igreja católica em países do contexto da América Latina, como é o caso do Brasil. Isso porque a colonização desses países envolveu a imposição da religião católica oficial dos países colonizadores, especialmente Espanha e Portugal. A consolidação do poderio dessa instituição religiosa ao longo da história moldou a moral dessas sociedades, bem como ainda é fator preponderante para as decisões políticas.

Essa influência religiosa estende-se ao âmbito da educação, de modo a manter-se como esfera de poder, eis que não se olvida o potencial libertador da educação, isto é, de viabilizar rupturas com lógicas discriminatórias do constructo social. Tanto é que a educação para todos e todas tem sido considerada um direito humano fundamental há tempo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabelece que "todo ser humano tem direito à instrução [...] orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais" (ONU, 1948). Da mesma forma, a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos também têm sido postas como preceitos pétreos, de modo que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos [...] sem distinção de qualquer espécie" (ONU, 1948).

Na história mais recente, essa relação entre educação e religião tem ganhado contornos bastante críticos no que tange à educação sexual. Por exemplo, no governo do atual presente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, há um claro discurso de combater a educação sexual pautada no que denominam de "ideologia de gênero". Trata-se de discurso veiculado e que encontra apoio nas bancadas políticas católica e evangélica do Congresso Nacional e Ministérios do Governo. Assim, a compreensão desse discurso com forte cunho religioso requer, primeiramente, averiguar a construção histórica da chamada "ideologia de gênero".

Na bibliografia feminista, observamos que as oposições deste movimento social com os segmentos religiosos voltados ao gênero começaram nos anos 1990 no que tange ao questionamento da Igreja Católica sobre a pertinência da adoção do termo nas negociações estabelecidas durante a Conferência Internacional da Mulher, realizada pela ONU em Pequim no ano de 1995 (GIRARD, 2007; CORRÊA, 2011). Conforme apontado por Girard (2007), nesta Conferência os representantes do Vaticano e de ONGs cristãs estadunidenses contestaram a maioria dos trechos que citava o termo gênero nas propostas previamente formuladas pelas feministas para o documento final.

Conforme menciona Maria das Dores Campos Machado em seu artigo "O discurso cristão sobre a 'ideologia de gênero'", para melhor analisar as enunciações discursivas formuladas no campo católico é importante, primeiro, mencionar que gênero foi adotado como um enquadramento conceitual pelo movimento feminista para analisar "os mecanismos legais e culturais da subordinação das mulheres" (GIRARD, 2007), mas, segundo Sonia Alvarez,

forma um "terreno discursivo bastante movediço" (ALVAREZ 2014). Ou seja, mesmo entre as teóricas e o movimento feminista, existe uma grande controvérsia sobre a utilização do conceito gênero (SCOTT, 2012), a reprodução das lógicas binárias de categorização (BUTLER, 2004) e a "dessexualização do conceito" na maioria dos estudos dos anos 1980 e 1990 (CORRÊA, 2011).

Apesar de toda essa formulação discursiva em torno do conceito de gênero, no contexto relacionado às Conferências das Nações Unidas na década de 1990, a maioria das ativistas feministas e das delegações dos países empregava o termo gênero para tratar especificamente das situações que implicavam às mulheres (GIRARD, 2007), visando garantias aos direitos reprodutivos e sexuais. Porém, o Vaticano e as militantes de ONGs cristãs vislumbraram implicações futuras relacionadas à perspectiva trazida pelo conceito de gênero – o reconhecimento da importância da cultura e construção social que separava os papéis sociais e as identidades do sexo biológico – e exigiram que fosse empregada uma definição precisa para a categoria gênero (GIRARD, 2007, p. 374).

Nesse contexto, Butler afirmou que o interesse dos representantes da Igreja e das ONGs conservadoras era o de reafirmar a concepção de mulher fundada pela lógica biologizante e binária, reforçando os papeis performativos atribuídos a ela tradicionalmente, ou seja, ser esposa e mãe:

> [...] se o Vaticano busca substituir a linguagem de gênero pela linguagem do sexo, isto se deve ao fato de que esta instituição pretende re-biologizar a diferença sexual, isto é, restabelecer um estreito conceito biológico de reprodução como um destino social da mulher (BUTLER, 2004, p. 185).

Portanto, tornou-se fundamental vencer a disputa acerca do sentido de gênero: de um lado, as ativistas feministas com uma análise pautada em uma espécie de construcionismo social e, de outro, a Igreja Católica que defendia que o termo estivesse fundamentado na identidade sexual biológica dos homens e mulheres. Contudo, um ponto de concordância entre as feministas e as militantes cristãs é o de que a posição assumida pelo Vaticano foi influenciada pelo debate relacionado ao conceito de gênero apresentado pelas feministas. Isso porque as críticas do movimento feminista se pautavam numa concepção do sexo como um dado biológico, sobre o qual a cultura atuaria, o que supostamente apontaria para uma radicalização do debate e um distanciamento cada vez maior da visão cristã. A preocupação da Igreja era de que a amplitude da conceituação de gênero

proposta pelas teóricas feministas facilitasse a introdução de questões não só relacionada a mulheres, mas também a homossexuais.

Por conta de todo esse debate relacionado à interpretação do conceito de gênero, a versão final do documento firmado na Conferência de Pequim acabou trazendo apenas uma referência simplista e vaga ao termo, empregando no mesmo sentido já utilizado em outros documentos das Nações Unidas (CORRÊA, 2011). Mesmo assim, essa saída que os conferencistas adotaram desagradou a Igreja e as militantes conservadoras que passaram a adotar tom mais forte no discurso contrário ao movimento feminista, associando as ativistas com o que chamaram de "cultura da morte", em função da pauta relacionada ao direito ao aborto. Além disso, responsabilizaram as feministas pela ampliação da homossexualidade (ainda tratando, na realidade, como homossexualismo no sentido patológico) nos compromissos firmados entre os países, demanda que foi incorporada pela ONU a partir da Conferência de População e Desenvolvimento realizada no Cairo, em 1994.

Após as constantes derrotas nas proposituras levadas às conferências, os grupos ligados à Igreja Católica passaram a adotar outras táticas na tentativa de rebater a perspectiva de gênero concebida pelas teorias feministas. Tais táticas passam preponderantemente pelo discurso e por um exercício linguístico com o termo gênero. Com isso, os religiosos apresentam uma estratégia que atribui ao gênero defendido pelos movimentos feministas um caráter ideológico que implica formatos de sexualidade desviantes e que ameaçam o padrão cristão.

É importante destacar neste ponto, a concepção de ideologia que acompanha essa fundamentação do discurso desses grupos conservadores pode ser sintetizada nos argumentos apresentados por Jorge Scala, advogado argentino que, em 2010, lançou o livro "Ideologia de género: El género como heramienta de poder", publicado no Brasil, em 2011, com o título "Ideologia de Gênero: neototalitarismo e morte da família". Nessa obra, o autor apresenta a ideia de que os estudos de gênero, tal qual como desenvolvidos por teóricas feministas e acadêmicos de diversas áreas, não constituem um campo teórico e científico, mas uma estratégia ideológica. O autor argumenta:

> […] uma teoria é uma hipótese verificada experimentalmente. Uma ideologia é um corpo fechado de ideias, que parte de um pressuposto básico falso - que por isto deve impor-se evitando toda análise racional -, e então vão surgindo as consequências lógicas desse princípio falso. As ideologias se impõem utilizando o sistema educacional formal (escola e universidade) e não formal (meios de propaganda), como fizeram os

> nazistas e os marxistas. [...] o fundamento principal e falso (da ideologia de gênero) é este: o sexo seria o aspecto biológico do ser humano; e o gênero seria construção social ou cultural do sexo. Ou seja, cada um seria absolutamente livre, sem condicionamento algum, nem sequer o biológico -, para determinar seu próprio gênero, dando-lhe o conteúdo que quiser e mudando de gênero quantas vezes quiser.

Nesse sentido, os teóricos religiosos conceberam a noção de que a introdução do gênero nos documentos oficiais firmados pelos países junto à ONU e nas políticas públicas internas demonstra o potencial de poder dessa "ideologia". Consideram que sua imposição se assemelha a um regime totalitário, ou seja, a ideologia de gênero teria uma força normativa para impor uma doutrina política poderosa e totalitária similar aos regimes fascistas experimentados pela humanidade nos eventos da Segunda Guerra Mundial, pintando o gênero como um grande monstro.

Nessa mesma linha se apresentou a teórica católica Dale O'Leary, que no livro "The Gender Agenda: Redefining Equality", o gênero representa o aspecto da "radicalização do feminismo" a partir das influências do pensamento marxista. Essa noção ganhou atenção da Igreja Católica, principalmente na América Latina, influenciando o surgimento de movimentos conservadores sob o pretexto de lutar contra a ameaça da ideologia de gênero. Um exemplo próximo aos brasileiros e que se nutriu da obra de O'Leary foi o Movimento Escola Sem Partido, criado em 2004. O movimento, composto por lideranças religiosas do país – e não mais somente católicos, mas reunindo principalmente protestantes – protagonizou intensos debates políticos e jurídicos, numa tentativa de demonstrar que o foco das políticas públicas pautadas na "ideologia de gênero" era justamente desenvolver por meio da educação, uma doutrinação totalitária feminista e LGBT.

Essa construção do discurso do gênero como uma ideologia, demonstra um exercício linguístico intenso por parte da Igreja e de grupos conservadores. É preciso compreender como a linguagem é utilizada como instrumento potente do discurso enquanto estrutura de poder que intensifica a manutenção das lógicas binárias e heteronormativas. Além disso, é preciso analisar o próprio discurso como mecanismo que visa caracterizar os sujeitos que subvertem a lógica performativa de gênero como inimigos de uma moral que fundamenta o constructo social.

2. Linguagem, discurso e poder

A comunicação desempenha um papel fundamental nos processos de relação humana. As interações sociais estão baseadas fundamentalmente em uma relação direta com a língua. Contudo, essas relações se concretizam em processos desiguais que se caracterizam e se moldam por forças simbólicas, como dialetos, modo de falar, os conhecimentos adquiridos e que compõe a fala, etc. Portanto, evidentemente que há no processo da linguagem, a clássica relação de dominação desigual (dominantes x dominados). Esse processo de dominação é delineado pela sociedade através do seu hábito linguístico, conforme explica Pierre Bourdieu (BOURDIEU, 1996).

Compreender a linguagem como mecanismo que compõe estruturas de poder, principalmente em se tratando de um processo de manipulação psíquica, invariavelmente passa pelas formulações de Vygotsky (1984), que justamente concebe e desenvolve a linguagem como instrumento. O autor, teórico da psicologia, desenvolve seu conhecimento alçando questões acerca da natureza das relações entre suas consequências psicológicas, levantando questionamentos sobre a natureza das relações que se estabelecem entre o emprego de instrumentos e o desenvolvimento da linguagem (VYGOTSKY, 1984).

Conforme analisado por Ana Luiza Bustamante Smolka, Vygotsky resgata ideias desenvolvidas por Hegel e Marx, ressaltando as diferenças entre signo e instrumento. Smolka sintetiza o trabalho de Vygotsky, apontando que o teórico define os instrumentos como "meios de controle e domínio da natureza", de modo a orientar a conduta para o objeto da atividade. Contraponto a isto, os signos seriam "meios de atividade interna, dirigidos para o controle do indivíduo, modificando as próprias operações psicológicas e não o objeto sobre o qual incidem" (SMOLKA, 1995).

Essa definição expressa uma base fundamental na teoria de Vygotsky, uma vez que o domínio da natureza, das atividades e o domínio dos comportamentos estão diretamente relacionados entre si, de modo com que as mudanças produzidas pelos sujeitos na natureza culminam em mudanças nos próprios sujeitos, o que determina que, da mesma forma que os instrumentos ampliam o conjunto de atividades que possibilitam o desenvolvimento de aspectos psicológicos inéditos, o uso de signos muda fundamentalmente toda a atividade psicológica (VYGOTSKY, 1984).

Essa compreensão é importante para nossa pesquisa ao passo que possibilita assimilar a noção do caráter instrumental da linguagem, no sentido de uso da linguagem, como se fosse um instrumento à disposição. Seguindo essa concepção, a linguagem é vista como um meio para atingir um fim, ao mesmo tempo que não se afasta da noção de que a linguagem é um meio de expressão, de comunicação. As duas concepções se unem.

Ao transferir as contribuições de Vygotsky para as discussões travadas pelas teóricas feministas e grupos religiosos acerca do gênero e, principalmente, analisando o termo "ideologia de gênero", cunhado pelos grupos conservadores como fruto desse embate, podemos compreender o caráter instrumental da linguagem proposto pelo autor. Mas, nesse caso, a linguagem parece operar como um dos dispositivos que compõe uma estrutura maior que tem como fim, fundamentar uma noção de medo e funciona como estrutura de poder: o discurso.

Não é incomum associar a linguagem com o discurso, afinal, como mencionado anteriormente, a linguagem também se define como expressão de comunicação – aqui não se fazendo distinção entre comunicação escrita ou falada. A noção a qual pretendemos relacionar é a do discurso, que instrumentaliza a linguagem, como mecanismo de poder e aqui a proposições de Michel Foucault se mostram imprescindíveis, principalmente pelo fato de que o filósofo estudou o poder não para desenvolver uma teoria de poder, mas para identificar os sujeitos atuando sobre os outros sujeitos. Essa distinção é importante para o presente trabalho, pois não pretendemos adotar uma noção de poder como aquela que se refere à dominação de uma estrutura sobre outra.

Foucault, anteriormente, apontava a relação direta entre as relações de poder e a disciplina que, nas palavras do autor "[...] traz consigo uma maneira específica de punir, que é apenas um modelo reduzido do tribunal" (FOUCAULT, p. 149, 2008). A disciplina torna as relações de poder mais palpáveis, pois é por meio dela que estabelecem as relações entre aquilo que oprime e o que é oprimido.

Dando sentido a uma nova formulação de relações de poder, Foulcault desenvolveu o conceito de biopoder, no qual o autor delimita que as relações de poder passaram a operar por uma noção de controle daquilo que é considerado norma:

> [...] Temos, assim, novos instrumentos de poder que funcionam não pelo direito, mas pela técnica, não pela lei, mas pela normalização, não pelo

> castigo, mas pelo controle, e que se exercem em níveis e formas que extravasam do Estado e de seus aparelhos" (FOUCAULT, 2015, p. 98).

Para Foucault, o poder é heterogêneo, ou seja, não se apresenta em um único formato ou possui uma única definição. Além disso, para o autor, o poder existe como uma multiplicidade de forças dentro de um mesmo domínio, não estando inserido a uma classe ou a uma instituição. Enfim, o poder tem várias faces e várias instâncias, por isso o denomina microfísico (FOULCAULT, 1988). Dessa forma, sinteticamente podemos entender o poder como uma ação sobre ações.

Nessa perspectiva, o poder deixa de se impor somente contra os sujeitos numa esfera privada, como era o entendimento do poder disciplinar, passando a assumir também um caráter normalizador sobre uma coletividade que não se enquadra naquilo que se entende como norma, principalmente no que se refere a aspectos biológicos. Nesse ponto, é possível relacionar diretamente a questão do gênero. Dessa forma, o biopoder não fica restrito a uma repressão punitiva como lógica de poder, mas se mostra como um grande conjunto de técnicas que produzem e sustentam as relações de poder.

As relações de poder disciplinar, noção desenvolvida anteriormente pelo filósofo, está voltada para os corpos dos sujeitos dominados, se expressando a partir de normas que estão postas previamente e que permitem uma atuação vigilante, a fim de classificar os sujeitos entre os normais (que seguem as normas) e os anormais (que subvertem as normas). Essa noção fica elucidada quando tratamos das questões voltadas ao gênero, uma vez que as normas estão pautadas numa lógica binária e biológica de sexo (homem e mulher). A noção de gênero formulada a partir da construção social viola essas normas, por exemplo.

A partir dessas formulações, podemos compreender como o discurso da ideologia de gênero, por meio de uma instrumentalização linguística, reformula os conceitos de ideologia e de gênero para estabelecer uma lógica entendida como não normalizada, ou seja, impõe a noção, por meio do discurso como mecanismo de poder, de que a ideologia de gênero vem para desviar a coletividade da norma padrão de sexo biológico binário (homem e mulher).

Essa compreensão demonstra a atuação direta do poder sob os corpos dos sujeitos, na medida em que cria uma conduta normalizante que se propaga em outras esferas de dominação, dentre as quais, destacamos a educação e o direito.

3. A atuação subversiva dos sujeitos

Como vimos até aqui, a saída encontrada por movimentos religiosos e conservadores contra o iminente desenvolvimento de políticas públicas pautadas numa noção de gênero mais ampla e equitativa, foi aplicar um desvirtuamento semântico ao conceito de gênero e ideologia. Por meio do discurso, travaram uma noção de medo como tática para frear avanços nos direitos relacionados à igualdade de gênero e uma educação mais inclusiva. Essa atuação se mostrou possível a partir do momento em que o discurso exerce uma relação de poder que atua como base para normas que reforçam as estruturas pautadas nas lógicas normalizadoras definidas por esses grupos.

A distinção entre sexo e gênero predominou as teorias feministas da segunda onda, que postulavam uma distinção entre essas categorias, sendo que o primeiro corresponderia às características biológicas e o segundo ao domínio socio cultural. Na esteira dessa discussão, Judith Butler trouxe em *Problemas de Gênero (1990)* a noção de que tanto o sexo quanto o gênero são construídos socialmente, não sendo possível, portanto, a concepção do sexo como biológico tão somente (BUTLER, 2010, p. 25)

Ao tratar da desconstrução de conceitos e comportamentos pautados na concepção heteronormativa de sexo binário, Judith Butler trabalha a chamada heterossexualidade compulsória, imposta pelas instâncias reguladoras do poder, ou seja, pelo discurso hegemônico que predomina no atual modelo democrático. Dessa forma, a autora objetiva expandir as concepções de sujeito para uma construção variável de ser, pós identitária (BUTLER, 2010, p. 23), que inclua não só as lésbicas como também os transexuais e os intersexuais. Dessa forma, propõe que os paradigmas de definição dos sujeitos sejam traçados por uma teoria de gênero não-binário, em que a construção social é fundamental.

Partindo da desconstrução da concepção essencialista sobre os sujeitos, a autora aponta para o fato de que, ao mesmo tempo que há indivíduos cujo gênero têm relação de coerência entre sexo, gênero e sexualidade, há aqueles que parecem enfrentar tal lógica, como é o caso dos transgêneros e intergêneros. Assim, propõe, por meio da *teoria queer,* criar e disseminar "matrizes rivais e subversivas de desordem do gênero" (BUTLER, 2010, p. 39), enfrentando o falocentrismo que sustenta a heterossexualidade compulsória.

A partir dessa conceituação, Butler possibilita verificar que há uma limitação quanto às possibilidades de participação e inclusão nas estruturas de poder. Aqui é fundamental compreender a teoria de Foucault, que estabeleceu uma relação entre a sexualidade e poder, demonstrando que as estruturas normativas são construídas com suporte no homem. Esta correlação entre poder e sexualidade implicaria, segundo Butler, a impossibilidade de entender como inteligível uma sexualidade subversiva ou emancipatória, livre das estruturas de poder heteronormativas (BUTLER, 2010, p. 53). Em outras palavras, tanto a heterossexualidade padrão quanto a homossexualidade transgressora já estão abarcadas pelas estruturas de poder, haja vista que as identidades são constituídas a partir de exclusões binárias, a exemplo hetero/homo. Portanto, o que o sistema procura excluir, no processo constitutivo dos sujeitos, está, necessariamente, incluso na lógica desse sistema.

Contudo, Butler argumenta que inserir os sujeitos de gênero subversivo nas esferas de poder não é o mesmo que se introduzir e reproduzir as relações de dominação impostas pelo poder falocentrista (BUTLER, 2010, p. 55). Ou seja, embora nenhum sujeito, incluindo os subversivos, esteja fora dos mecanismos de poder, é possível encontrar estratégias subjetivas próprias contra as limitações estruturais. Essa possibilidade, que Foucault define como atos de liberdade (FOUCAULT, 2007), é denominada *subjetividade ética* pelo autor francês. Já Butler define como *agência* (ou agenciamento), em cuja noção, o desejo aparece como um aspecto fundamental. Isto é, Butler vê possibilidades de as pessoas contestarem as imposições da lei por atos de rebelião e de questionamento.

Os sujeitos subversivos, que contestam e resistem aos mecanismos de poder, questionam intrinsecamente o próprio ser em si mesmo. Melhor dizendo, não dão conta do seu próprio ser e de como aparecer em sociedade, mas encontram as possibilidades para ressignificar normas, discursos, experiências e práticas sociais. Isso configura um conceito chave para a autora, a *performatividade*, já que para Butler, o sujeito é performativo, ou seja, uma produção padronizada, uma reiteração ignorante de normas, que não o determinam totalmente. Essa concepção de sujeito é o que torna possível a condição da agência, compreendida como a capacidade de ação.

O paradigma de sujeito desenvolvido pela autora viabiliza, paralelamente, a compreensão de falha e, portanto, a necessidade de ruptura com o atual modelo democrático, participativo e discursivo. Com base na

conceituação de sujeito e performatividade, a autora apresenta em *Corpos em Aliança e a Política das Ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia (2015)*, uma nova referência para a efetivação da participação política dos sujeitos subversivos. Conforme a mesma autora demonstrou em *Precarious Life (2003)* e, em complemento, em *Quadros De Guerra: Quando a Vida é Passível de Luto? (2009)*, os mecanismos de poder, aliado à prática discursiva liberal do atual modelo democrático, impôs aos sujeitos subversivos uma condição de precariedade *(precarity),* impossibilitando a participação política dos mesmos e, por consequência, a sua inclusão estrutural e normativa.

Por meio de uma propositura crítica como forma de resistência às imposições das estruturas de poder heteronormativas, os sujeitos se permitem romper com as condições dominantes e subalternizantes a que estão submetidos. Segundo Butler, essa atuação teria a função de "expor os limites do esquema histórico das coisas, o horizonte epistemológico e ontológico dentro do qual os sujeitos podem surgir" (BUTLER, 2015, p. 29).

Em Corpos em Aliança e a Política das Ruas, Butler trabalha o conceito de performatividade de modo a analisar a ocupação dos espaços públicos e o caráter performativo da atuação política, o que nos oferece condições para pensar nas expressões políticas do corpo e, como proposto pelo presente trabalho, na ruptura com as lógicas heteronormativas de poder. No livro, Butler objetiva pensar sobre novas formas de reivindicações políticas, diversa do modelo discursivo e deliberativo da democracia liberal, considerando a experiência do próprio sujeito em si mesmo como atuação política subversiva e ocupação dos espaços. A noção de atuação política de Butler, inclusive, permite compreender o caráter discursivo dos corpos, influência foucaultiana em sua obra. Esse mesmo caráter discursivo está presente em sua concepção de espaço público.

A construção teórica de Butler propõe uma relevante crítica aos modelos democráticos neoliberais, enfatizando a anomalia concernente a participação de grupos socialmente vulneráveis, em condição precária, nas assembleias de discussão e deliberação desse atual modelo. Para tanto, a autora desenvolve um modelo teórico de participação que desconstrói os pilares da democracia deliberativa. Nesse sentido, oferece um novo paradigma para a participação política dos sujeitos precarizados a partir da performatividade, que subsiste na atuação desses indivíduos e da ressignificação dos estereótipos de gênero.

CONCLUSÃO

Como desenvolvido neste trabalho, podemos observar que o discurso, enquanto mecanismo de poder, é capaz de reproduzir e emanar uma lógica de dominação pautada em um sistema binário de sexo, alastrando essa formulação para campos e estruturas de poder que, ao adotarem essa noção de dominação, exclui grupos sociais dessas mesmas estruturas. Um elemento que pode ser tomado como exemplo disso é a própria noção de sujeito de direito, que não compreende como tal aqueles que não se enquadram nessa lógica. Isso porque a própria condição de existência do sujeito não constitui uma identidade socialmente reconhecida e legitimada.

Essa noção, transferida a uma análise jurídica, implica na ideia de que um sujeito não reconhecido é um não sujeito. Essa percepção de não-ser certamente está associada a produção de discursos pautados numa lógica heteronormativa binária de poder, como o discurso da ideologia de gênero, que compreende como anormal sujeitos que fogem a essas normas. Não se vê em nenhum dispositivo de poder, a inserção de outras lógicas que não aquela que reforça tais padrões.

No âmbito da educação, a reverberação do discurso da ideologia de gênero, inviabiliza o desenvolvimento de políticas educacionais que visem à redução das desigualdades de gênero. Isso impede que a educação cumpra com seu papel inclusivo e de quebra de padrões discriminatórios, uma vez que a lógica criada pelos grupos conservadores elabora uma noção de doutrinação de gênero nas escolas, representando um perigo à moral e padrões cristãos.

Esse entendimento nos permite, por outro lado, compreender que a educação é preponderante na formação social e desempenha um papel fundamental no processo de ruptura com as estruturas de poder heteronormativas. Desta forma, podemos considerar que, quando a escola promove um processo de omissão em função do discurso de ideologia de gênero, ela acaba inversamente reforçando a cultura padronizada heteronormativa.

Por fim, ainda como proposta provocativa, se observa que os estudos formulados por Judith Butler apresentam uma noção de sujeito que subverte as normas binárias e, ainda, que a atuação desses sujeitos subversivos pode representar uma ruptura sistêmica dessas relações de poder.

Nesse sentido, a autora apresenta não só a possibilidade de subversão das lógicas de poder numa esfera individual, mas também no âmbito coletivo,

apresentando uma noção de esfera pública e atuação política que, por si só, demonstra ser subversiva com as lógicas de atuação políticas pautadas nas estruturas de poder heteronormativas. Ainda, nos permite verificar duas importantes noções: a forma da democracia, que diz respeito a como se dá no campo público, e o princípio da soberania popular, questionando a noção de "democracia" e enfatizando sua natureza polissêmica. Butler afirma que há um paradoxo na compreensão dos processos democráticos, afirmando que a noção de coletividade da sociedade deveria deixar para trás as rotulações quando se trata de democracia, já que a denominação "democrática" opera como estratégia biopolítica de governo da população. Desse modo, é proposta uma discussão entre uma democracia real e uma simulada.

REFEFÊNCIAS

ALVAREZ, Sonia E.. "*Para além da sociedade civil: reflexões sobre o campo feminista*". Cadernos Pagu, Campinas, n. 43, p. 13-56, abr. 2014. Disponível em: Disponível em: http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8645074> . Acesso em: 05 nov 2020.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer*. São Paulo: Edusp, 1996, pp. 09-16.

BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia.* Tradução Fernanda Siqueira Miguens. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

_____. *Problemas de gênero*. Feminismo e subversão de identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

_____. (2015). *Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto?* 1ª ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2015.

_____. *Undoing gender.* Nova York: Routledge, 2004.

_____. *Vida precária.* Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar. São Carlos, Departamento e Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar, 2011, n.1, p. 13-33.

CORRÊA, Sonia "*O conceito de Gênero: teorias, legitimação e usos*". In: BARSTED, Leila; PITANGUY, Jaqueline. O Progresso das Mulheres no Brasil: 2003-2010. Rio de Janeiro: CEPIA, 2011. p. 339-344.

ESCOLA Sem Partido. Site Oficial. "*Objetivos*". Disponível em: <http://www.escolasempartido.org/objetivos>. Acesso em: 09 nov. 2020

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque; J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. *Microfísica do poder*. MACHADO, Roberto (org.). 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GIRARD, Françoise. "*Negociando derechos sexuales y orientación sexual en la ONU*". In: PARKER, Richard; PETCHESKY, Rosalind; SEMBER, Robert (Eds.). Políticas sobre Sexualidad: Reportes desde las líneas del frente. México, 2007. p. 347-398. Disponível em: <http://www.sxpolitics.org/frontlines/espanol/book/index.php>. Acesso em: 10 nov. 2020

MACHADO, Maria das Dores Campos. "*O discurso cristão sobre a "ideologia de gênero*". Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2018000200212&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 14 dez 2020.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423_por.> Acesso em: 11 dez. 2020.

SCOTT, Joan W. "*Os usos e abusos de gênero*". Projeto História, São Paulo, n. 45, p. 327-351, 2012. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.ph> . Acesso em: 12 dez 2020.

SMOLKA, Ana Luiza Bustamante. "*A concepção de linguagem como instrumento: um questionamento sobre práticas discursivas e educação formal"*. Disponível em: < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X1995000200003> . Acesso em: 14 dez 2020.

VYGOTSKY, Lev Semionovitch. (1984)4 *Formação Social da Mente*. SP: Martins Fontes.

DESIGUALDADE DE GÊNERO NO BRASIL:
considerações a partir da campanha "Adolescência primeiro, gravidez depois"

Karen de Sales Colen
Universidade Federal Fluminense, Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Niterói, Brasil,
karencolen@id.uff.br

Natália Caroline Soares de Oliveira
Universidade Federal Fluminense, Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios, Niterói, Brasil,
oliveira_natalia@id.uff.br

Resumo: O objetivo do artigo é compreender como a insuficiência de políticas públicas voltadas à adolescência e à educação sexual pode contribuir para aumentar a desigualdade de gênero no Brasil. Em um país onde o tema do casamento na infância e na adolescência não está na atual pauta de discussões políticas, o Governo Federal está investindo em uma campanha de prevenção à gravidez na adolescência que parece ter viés religioso. A gravidez pode ocorrer na constância desses casamentos precoces ou fora desses relacionamentos e é fundamental discutir as decorrências das gestações para a vida das adolescentes brasileiras, no que diz respeito a sua saúde, educação e inserção na esfera pública. Nesse sentido, em um contexto político em que se apresenta uma agenda "antigênero", a análise terá como objeto a campanha "Adolescência primeiro, Gravidez Depois — Tudo tem o seu tempo", divulgada em fevereiro de 2020 pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos em parceria com o Ministério da Saúde. Para essa investigação, os aspectos metodológicos abarcaram a análise de dados sobre a gravidez e o casamento na adolescência, bem como a análise da Campanha a partir da consulta aos sítios eletrônicos institucionais do Governo Federal. Além disso, a metodologia incluiu a revisão bibliográfica a respeito das discussões feministas sobre a desigualdade de gênero, incluindo o debate sobre família, maternidade e justiça e acerca da dicotomia entre as esferas pública e privada. Como resultado, apontou-se que enquanto a problemática relacionada à esfera privada não for incluída na agenda política e a esfera pública não estiver atenta às questões transversais relacionadas à problemática central, não haverá mudança justa e satisfatória, tampouco a solução de problemas relacionados à gravidez na adolescência.

Palavras-chave: Desigualdade de gênero. Gravidez na adolescência. Política Pública. Governo Federal.

INTRODUÇÃO

No início do ano de 2020, uma das primeiras ações do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), dirigido pela pastora evangélica Damares Alves, foi o lançamento da campanha "Adolescência primeiro, Gravidez Depois — Tudo tem o seu tempo", juntamente com o Ministério da Saúde, à época comandado por Luiz Henrique Mandetta. Ao que tudo indica, em razão da pandemia do novo coronavírus (COVID-19), a campanha teve a sua execução suspensa, mas pelas informações obtidas nos sítios eletrônicos oficiais do Governo Federal e outras fontes de consulta, a análise realizada no presente artigo aponta que, ao que tudo indica, o fundamento dessa política pública tem viés religioso.

Para essa investigação, os aspectos metodológicos abarcaram a análise de dados sobre a gravidez e o casamento na adolescência, bem como a análise da Campanha a partir da consulta aos sítios eletrônicos institucionais do Governo Federal. Além disso, a metodologia incluiu a revisão bibliográfica a respeito das discussões da teoria política feminista sobre a desigualdade de gênero, incluindo o debate sobre família, maternidade e justiça e acerca da dicotomia entre as esferas pública e privada. Desse modo, a estrutura do artigo segue a ordem da metodologia utilizada para a construção da análise a que se pretende.

1. CAMPANHA DO GOVERNO FEDERAL E DADOS SOBRE GRAVIDEZ E MATERNIDADE NA ADOLESCÊNCIA

A campanha "Adolescência primeiro, Gravidez Depois — Tudo tem o seu tempo" foi divulgada no dia 3 de fevereiro de 2020, pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) dirigido por Damares Regina Alves em parceria com o Ministério da Saúde (MS), à época comandado por Luiz Henrique Mandetta. Destinada aos adolescentes e aos seus pais ou responsáveis, a campanha é fruto da Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência instituída pela Lei nº 13.798/2019 e promulgada durante o primeiro ano da presidência de Jair Messias Bolsonaro.

A referida lei acrescentou o art. 8º-A e seu parágrafo único à Lei nº 8.069/1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente — prevendo que,

anualmente, ações por parte do poder público[1] juntamente com organizações da sociedade civil disseminariam informações a respeito de medidas educativas e preventivas para a redução da incidência da gravidez na adolescência. O lançamento da campanha foi transmitido pela página do Ministério da Saúde na rede social *Facebook*[2], na qual foram publicizados os materiais de imagem e vídeo[3] para a sua divulgação.

As imagens, que podem ser baixadas em formato pdf[4], correspondem a diferentes cartazes com imagens de adolescentes de ambos os sexos, brancos e negros, em fotos individuais ou em dupla. A imagem em dupla, no arquivo intitulado "casal", sugere uma roda de conversa em que estão presentes uma adolescente negra e um adolescente negro. As imagens individuais, no documento intitulado "menina" ou "menino", apresentam uma adolescente negra vestida de beca — traje utilizado em formaturas — e um adolescente segurando uma bola de basquete. Todas as imagens parecem conter o slogan da campanha, do governo e do Sistema Único de Saúde (SUS), a indicação das redes sociais do Ministério da Saúde, o número do Disque Saúde — 136 — e o seguinte texto: "Gravidez não combina com adolescência e traz consequências para toda a vida. Informe-se. Reflita. Converse com sua família. Planeje seu futuro e procure orientações em uma unidade de saúde".

Apesar dos cartazes da Campanha conterem imagens de adolescentes brancos e negros, não se encontrou nenhum material escrito ou em vídeo que problematizasse a questão, mostrando a porcentagem e as decorrências da maternidade na adolescência em razão não só de gênero, mas também de raça e geração. Dados apresentados no documento "Estatísticas de Gênero – Uma

[1] Em fevereiro de 2019, além do MMFDH e do MS, assinaram a carta compromisso interministerial do Programa Prevenção da Gravidez na Adolescência o Ministro da Educação, Ricardo Vélez Rodríguez, e secretário especial de Desenvolvimento Social, Welington Coimbra, representando o Ministério da Cidadania, dirigido por Onyx Lorenzoni (MEC, 2019).

[2] A transmissão pode ser acessada em: <https://www.facebook.com/minsaude/videos/647719435971253/?t=3>, Acesso em: 13 out. 2020.

[3] O vídeo pode ser acessado no canal do MMFDH, intitulado como Mulher, Família e Direitos Humanos, na plataforma digital *YouTube*:< https://www.youtube.com/watch?v=tvvWTvgRtH4&feature=emb_logo>, Acesso em: 13 out. 2020.

[4] À época da entrega da escrita final deste artigo, em nov./2020, o sítio eletrônico com as imagens de divulgação da campanha não foi encontrado.

análise dos resultados do Censo Demográfico 2010" (IBGE, 2014) mostram que a proporção de mulheres de 15 a 19 anos de idade, com ao menos um filho nascido vivo, reduziu de 14,8%, em 2000, para 11,8%, no ano de 2010. Nas áreas urbanas, em 2010, 11,1% das mulheres jovens de 15 a 19 anos tinham ao menos um filho nascido vivo, ao passo que, nas áreas rurais, esse índice foi de 15,5%. E quanto aos diferenciais de cor ou raça, enquanto 8,8% das jovens brancas dessa mesma faixa etária tinham ao menos um filho nascido vivo, o indicador entre as jovens pretas ou pardas foi 14,1%, em 2010.

Além disso, as informações mais recentes sobre os índices de gravidez na adolescência que consideram os marcadores sociais de idade, gênero, raça e região brasileira podem ser obtidos no documento "Saúde Brasil 2017: uma análise da situação de saúde e os desafios para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável"[5] (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018). Esses Objetivos, da Organização das Nações Unidas (ONU), dizem respeito à convocação global para o desenvolvimento de ações que visem reduzir a pobreza, preservar o meio ambiente e o clima e assegurar que todas as pessoas desfrutem de paz e prosperidade. São dezessetes objetivos: erradicação da pobreza; fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem-estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água potável e saneamento; energia limpa e acessível; trabalho decente e crescimento econômico; indústria, inovação e infraestrutura; redução das desigualdades; cidades e comunidades sustentáveis; consumo e produção responsáveis; ação contra a mudança global do clima; vida na água; vida terrestre; paz, justiça e instituições eficazes; parcerias e meios de implementação. De posse do conhecimento dos Objetivos, os dados apresentados na pesquisa "Saúde Brasil 2017" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018, p. 243-244), apontam o seguinte:

[5] A pesquisa considerou como adolescente as jovens na faixa etária de 10 a 19 anos.

Tabela 1 – Características de adolescentes de 10 a 19 anos com filhas e filhos registrados no Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (SINASC), no período compreendido entre 2011 e 2016.

Características	10 a 14 anos n = 162.853		15 a 19 anos n = 3.125.746		Total n = 3.288.599	
	n	%	n	%	n	%
Raça/cor						
Preta/parda	109.886	67,5 %	1.980.160	63,3 %	2.090.046	63,6 %
Branca	31.236	19,2 %	750.958	24,0 %	782.194	23,8 %
Indígena	4.521	2,8%	31.246	1,0%	35.947	1,1%
Estado civil						
Solteira	121.622	74,7 %	1.927.561	61,7 %	2.049.183	62,3 %
Casada/União estável	37.723	23,2 %	1.151.501	36,8 %	1.189.224	36,2 %
Escolaridade (em anos de estudo)						
Nenhuma	1.220	0,7%	10.133	0,3%	11.353	0,3%
1 a 3	9.288	5,7%	89.125	2,9%	98.413	3,0%
4 a 7	106.120	65,2 %	1.015.790	32,5 %	1.121.910	34,1 %
8 a 11	42.555	26,1 %	1.892.075	60,5 %	1.934.630	58,8 %
12 e mais	228	0,1%	57.345	1,8%	57.573	1,8%
Sem informação	3.442	2,1%	61.278	2,0%	64.720	2,0%
Região de residência						
Norte	30.470	18,7 %	459.482	14,7 %	489.952	14,9 %
Nordeste	61.271	37,6 %	1.022.983	32,7 %	1.084.254	33,0 %
Sudeste	42.821	26,3 %	1.033.809	33,1 %	1.076.630	32,7 %
Sul	15.682	9,6%	363.713	11,6 %	379.395	11,5 %
Centro-Oeste	12.609	7,7%	245.759	7,9%	258.368	7,9%

Legenda: n = número de total de adolescentes de acordo com as características e o período pesquisado.

Fonte: Elaboração própria com base no documento do Ministério da Saúde intitulado "Saúde Brasil 2017: uma análise da situação de saúde e os desafios para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável" (2020).

Dos dados acima apresentados pode-se depreender que, entre os anos de 2011 e 2016, cerca de 3,3 milhões de adolescentes brasileiras se tornaram mães. O nível de escolaridade mostra que entre 10 e 14 anos, 65,2% possuía de 4 a 7 anos de estudo e, entre 15 a 19 anos, 60,5% possuía de 8 a 11 anos de estudo. De acordo com a região de suas residências, a maioria dos nascimentos de filhas e filhos de adolescentes de 10 a 14 anos ocorreu na Região Nordeste (37,6%) e de adolescentes de 15 a 19 anos, na Região Sudeste (33,1%) seguida da Região Nordeste (32,7%). Embora a maioria das adolescentes esteja concentrada na faixa etária de 15 a 19 anos, observou-se um alto índice de maternidade entre crianças[6] e adolescentes de 10 a 14 anos (162.853). Entre essas duas faixas etárias, a incidência de gravidez e maternidade foi maior entre meninas e mulheres pretas e pardas (67,5%) em relação às meninas e mulheres brancas (19,2%). Outro dado que salta aos olhos diz respeito ao percentual de crianças e adolescentes casadas ou em união estável: 23,2% entre 10 e 14 anos, e 36,8% entre 15 e 19 anos. A estimativa do Banco Mundial (2019, p. 3) é a de que o país não consiga alcançar a meta dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, da Organização das Nações Unidas (ONU), que é a de erradicar os casamentos infantis até o ano de 2030.

O documento "Saúde Brasil 2017", elaborado pela Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, teve como objetivo produzir e divulgar análises da situação de saúde diante das perspectivas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), especialmente, o ODS 3 sobre Saúde e Bem-estar. O estudo visou contribuir para a ampliação do conhecimento sobre as vulnerabilidades vivenciadas na adolescência feminina a partir de uma perspectiva interseccional, tendo como hipótese que não tem sido investigado de modo satisfatório no cenário brasileiro como a saúde gestacional é afetada por contextos de vulnerabilidade à violência sexual entre as adolescentes (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018, p. 254). Não por acaso, informa que além de fatores como início precoce da vida sexual, pobreza e falta de acesso aos serviços públicos de saúde, a violência sexual também está associada a ocorrência de gravidez na adolescência (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018, p. 250).

[6] Embora a pesquisa considere a faixa etária de 10 a 19 anos como adolescência, para o presente artigo, considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, conforme disposição do artigo 2º da Lei n. 8.069/1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente.

A análise por raça/cor mostrou a condição de desigualdade a que estão submetidas adolescentes negras na faixa etária de 10 a 14 anos e de 15 a 19 anos e, consequentemente, ao alto grau de exposição à violência sexual e à gravidez. Das 49.489 notificações de estupro registradas entre os anos de 2011 e 2016, 19,5% das adolescentes tiveram um ou mais filhas e filhos nascidos vivos. O autor da violência era um ente familiar ou parceiro íntimo em 68,5% dos casos de estupro em adolescentes de 10 a 14 anos com filha ou filho nascido vivo e em 37,7% dos casos para as adolescentes de 15 a 19 anos nessa mesma situação (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018, p. 247). Em relação a gestação de adolescentes com filhas e filhos nascidos vivos com e sem notificação de estupro, mais de 75% das adolescentes de 10 a 14 anos eram de raça/cor negra e mais de 71% das adolescentes de 15 a 19 anos eram de raça/cor negra e mais de 30% estavam casadas ou em união estável. Essa situação de violência produz efeitos concretos em distintas áreas da vida das jovens mães e também tem impacto na saúde dos recém-nascidos — como a prematuridade (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018, p. 248).

Essas informações sobre gravidez e maternidade de acordo com os marcadores sociais de idade, gênero, raça e região brasileira, além da notificação de violência sexual, são fundamentais para a elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas que promovam e assegurem a saúde de crianças e adolescentes. A continuidade desse tipo de levantamento de dados nacionais e a disseminação da pesquisa, bem como de informações sobre o serviço público para atendimento relativo à saúde sexual e reprodutiva da população pode ser um meio de diminuir as desigualdades sociais e de gênero no país. A gravidez na adolescência é uma realidade na sociedade brasileira e as suas ocorrências e consequências poderiam ser tratadas de modo mais satisfatório se não só as mulheres, mas também os homens fossem integrados em uma discussão sobre essa temática que não esteja permeada por valores ideológicos ou religiosos.

2. "TUDO TEM O SEU TEMPO": UMA REFERÊNCIA RELIGIOSA?

Notícias divulgadas nos sítios eletrônicos da BBC *News* Brasil (SCHREIBER, 2019) e da Folha de São Paulo (CANCIAN, 2020) antes de a Campanha ser lançada mencionaram que para a Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência que ocorreria em fevereiro de 2020, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos lançaria um programa que

estimulasse as adolescentes e os adolescentes brasileiros a adiarem o início da prática da relação sexual. Segundo a coordenadora geral de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério, Cecília Pita, a pasta não promoveria a utilização de métodos contraceptivos alegando que essa incumbência já estaria sendo realizada por políticas na área da saúde e da educação. A coordenadora também afirmou que o Seminário sobre Gravidez Precoce que seria realizado na Câmara dos Deputados em dezembro de 2019, tendo como um dos convidados o pastor Nelson Júnior, teria inspiração na política de abstinência sexual desenvolvida nos Estados Unidos após a eleição do presidente Donald Trump[7] (SCHREIBER, 2019).

Para analisar a introdução dessa política no cenário brasileiro, é preciso considerar a trajetória de vida de Damares Regina Alves e de Nelson Neto Júnior. A Ministra Damares Alves é advogada e pastora[8] — primeiro da Igreja Quadrangular e depois da Igreja Batista da Lagoinha —, tendo atuado na Frente Parlamentar Evangélica[9] e no Movimento Nacional Brasil sem Aborto[10]. O seu desempenho entre o setor evangélico brasileiro é marcado por uma "lógica normativa" centralizada na família, na educação religiosa de crianças e no enfrentamento das discussões de gênero e sexualidade. Comprometida com uma "agenda antigênero", a Ministra, por exemplo, vetou o uso da expressão "equidade de gênero" substituindo-a por "igualdade entre homens e mulheres" nos documentos da pasta (MACHADO, 2020, p. 99; 106).

---

[7] Para obter informações sobre a discussão norte-americana sobre a abstinência, que se acirrou a partir da década de 1980, confira: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51043161>, Acesso em: 25 nov. 2020.

[8] Damares Alves é apresentada como "pastora evangélica" no sítio eletrônico do Ministério: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/damares-alves>, Acesso em: 7 nov. 2020.

[9] A Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional foi criada em setembro de 2003, na 52ª legislatura (2003-2006), composta por Deputadas e Deputados Federais e Senadoras e Senadores, com a finalidade de "procurar, de modo contínuo, a inovação da legislação necessária à promoção de políticas públicas, sociais e econômicas eficazes, influindo no processo legislativo a partir das comissões temáticas existentes nas Casas do Congresso Nacional, segundo seus objetivos, combinados com os propósitos de Deus, e conforme Sua Palavra" (art. 2º, III, Estatuto da Frente Parlamentar Evangélica, nov. 2015). A Frente foi registrada em 9 de novembro de 2015.

[10] Informações sobre esse movimento podem ser obtidas em:< https://brasilsemaborto.org/>, Acesso em: 7 nov. 2020.

Nelson Neto Júnior é pastor da Base *Church*, localizada na cidade de Vitória (ES) e é o responsável por introduzir, em solo brasileiro, uma experiência desenvolvida por pastores evangélicos norte-americanos para "estimular a castidade entre os jovens" (MACHADO, 2020, p. 106). Juntamente com a sua esposa Angela Cristina, é líder da campanha "Eu Escolhi Esperar" e presidente de um instituto com esse mesmo nome. O movimento "Eu Escolhi Esperar", que não pertence a nenhuma instituição religiosa específica, é descrito em seu sítio eletrônico como uma "campanha cristã, que atua especificamente em duas áreas: preservação sexual e integridade emocional [...] criada com o propósito de encorajar, fortalecer e orientar os solteiros cristãos a esperarem até o casamento para viverem suas experiências sexuais" (EU ESCOLHI ESPERAR, 2020).

Essas são as perspectivas religiosas que parecem fundamentar a Campanha do Governo Federal para reduzir o índice de gravidez entre adolescentes brasileiras. Sobre esse assunto, uma matéria intitulada como "Defensor de abstinência como programa de governo, 'Eu Escolhi Esperar' já prepara livros didáticos" foi publicada pelo grupo jornalístico O Globo, em 07 de janeiro de 2020 (GLOBO, 2020), e outra intitulada como "Escolhi Esperar é inspiração para o Governo Federal" foi publicada em 12 de junho de 2020 no sítio eletrônico da "campanha cristã" (EU ESCOLHI ESPERAR, 2020). Ambas apontam o que Nelson Júnior informou à BBC *News* Brasil (SCHREIBER, 2019) em entrevista: a contracepção como método suplementar, haja vista que a abstinência sexual seria o método mais eficaz. E embora não tenha sido encontrado nenhum material produzido pelo movimento "Eu Escolhi Esperar", o seu líder mencionou em entrevista ao portal de notícias Pleno.*News* a disponibilidade para auxiliar o governo de Jair Bolsonaro na prevenção à gravidez na adolescência, já que estão "desenvolvendo um material didático para as escolas, um jogo de tabuleiro para trabalhar essa conscientização junto aos adolescentes e as famílias [...], um trabalho que vai ao encontro de uma sociedade conservadora" (RAMOS, 2020).

Sem desconsiderar que essa Campanha possui em seu título a frase "tudo tem o seu tempo", ao que tudo indica, fazendo referência a um texto bíblico cristão[11], Machado (2020, p. 107) escreve que a criação de organizações não governamentais por parte de setores religiosos neoconservadores cresceu no

[11] Em uma das traduções do livro de Eclesiastes, em seu capítulo 3, versículo 1, está escrito que "Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu."

Brasil e na América Latina, de forma geral, e que a campanha e o movimento "Eu Escolhi Esperar" é um exemplo disso, ampliando as suas parcerias com o poder público. Além disso, Machado (2020, p. 105) entende que a inserção do termo "família" no nome da pasta que desenvolve políticas para as mulheres, bem como a nomeação de uma pastora — a Damares Alves — para assumir o novo Ministério são indícios do progresso do neoconservadorismo na política brasileira.

Em relação a esse assunto, Biroli, Vaggione e Machado (2020, p. 28-40) propõem cinco dimensões para identificar as ações do neoconservadorismo na América Latina, sobretudo, no Brasil: a) "alianças e afinidades" entre atrizes e atores católicos e evangélicos para defender a família heterossexual, a vida desde o momento da concepção e a ordem moral cristã; b) "juridificação da moralidade" diante da possiblidade da eficácia das legislações em controlarem práticas e hierarquizarem a "ordem sexual", desconsiderando a sexualidade como um elemento da cidadania; c) operacionalização em cenários democráticos com participação na arena pública a fim de influenciar leis e políticas públicas com valores religiosos; d) transnacionalidade de suas campanhas e argumentações; e) relação com o neoliberalismo no panorama da responsabilização das famílias em meio a processos de privatização e mercantilização.

O neoconservadorismo, por meio da "juridificação reativa", dissolve as fronteiras entre o religioso e o secular. Com a dinâmica neoliberal em que há a ampliação do econômico em detrimento do social e em que a família é foco da privatização (BIROLI, 2020, p. 142), essa juridificação se consolida na intersecção entre o direito e a religião em que, de um lado, o Estado regula o religioso e, de outro, agentes religiosos se valem do direito em defesa de seu posicionamento moral. Assim, considerando que o neoconservadorismo é propiciado por processos de democratização e, ao mesmo, viola as "regras do jogo democrático" com a supressão de direitos (VAGGIONE, 2020), podem-se observar no cenário político brasileiro as teses de agentes neoconservadores, católicos e evangélicos, contra a suposta "ideologia de gênero"[12] (MACHADO, 2020).

[12] Neologismo idealizado pela ativista católica "pró-vida" Dale O'Leary, com o objetivo de explicar as conferências da Organizações das Nações Unidas (ONU) ocorrida na década de 1990 — em Cairo, 1994 e em Beijing, 1995. A expressão "ideologia de gênero" é uma das principais "estratégias retóricas" do movimento identificado como "pró-família" (VAGGIONE, 2020, p. 55).

Essa pressão dos neoconservadores em torno das temáticas de gênero e sexualidade, em que parlamentares católicos "pró-vida" se opõem ao direito ao aborto e parlamentares evangélicos, aos avanços dos direitos sexuais, têm reflexos no plano da educação, especificamente, no que se refere à educação sexual nas escolas. O Projeto de Lei nº 8.035/2010 que dispunha sobre o Plano Nacional de Educação (PNE) para o decênio 2011-2020 e que tinha sido aprovado no ano de 2012, sofreu modificações sugeridas por parlamentares neoconservadores (MACHADO, 2020, p. 94-95), tendo sido aprovado para o decênio 2014-2024 — Lei nº 13.005/2014 — sem as referências à identidade de gênero e à orientação sexual.

Quando marcadores sociais, como classe, idade, gênero e raça, deixam de integrar a análise das situações concretas vivenciadas por meninas e mulheres, no Brasil, há o silêncio e a omissão por parte do Estado em garantir os seus direitos com vistas a uma vida digna. E quando se aborda a temática da gravidez e da maternidade na adolescência, as desigualdades se evidenciam. Na discussão teórica e política nos feminismos, por exemplo, existem posicionamentos que demonstram que a maternidade não é uma experiência universal e compulsória e que o peso dessa relação pende para as mulheres que têm a sua autonomia individual e coletiva reduzida (BIROLI, 2018). Nesse processo, a maternidade e a paternidade poderiam ser assuntos tratados com profundidade pela Campanha do Governo Federal para conferir responsabilidade a ambos os lados envolvidos na relação que resultou em uma gravidez.

3. ESFERAS PÚBLICA E PRIVADA: A POLITIZAÇÃO DO PESSOAL

A teoria política feminista durante muito tempo concentrou suas críticas na dicotomia realizada pelos principais teóricos políticos sobre a distinção e atuação entre esfera pública e privada. Os principais pontos que autoras como Carole Pateman (1993[1988]), Susan Okin (2008[1998]) e Nancy Fraser (1997) questionaram, em especial nas décadas de 1980 e 1990, são a participação das mulheres no âmbito público e político, o isolamento da mulher na esfera doméstica e a separação entre essas esferas. A divisão entre as esferas pública e privada alçaria os acontecimentos que ocorrem no âmbito privado ou familiar como algo particular e individual e, por isso, não seriam passíveis de discussão nos espaços públicos. Nesse sentido, Pateman (1993, p. 69) apresentou a discussão em torno dessas esferas afirmando que "o contrato social é também

um contrato sexual". Essa alegação demonstrou que as teorias sobre o contrato social não incluíam as mulheres em sua formulação, já que as ideias de universalidade, liberdade e autonomia eram associadas àqueles que ocupavam a esfera pública, nesse caso, os homens.

A campanha "Adolescência primeiro, Gravidez Depois — Tudo tem o seu tempo" parece desconsiderar a dicotomia entre o público e o privado, embora tenha uma preocupação com um fato recorrente no Brasil, a gravidez na adolescência. A sua atuação como uma política pública não parece estar atenta a questões do âmbito privado que são essenciais para a discussão na esfera pública: a maternidade, a vida doméstica, a sexualidade e, consequentemente, sobre seus efeitos na igualdade social e de gênero. Essas questões são pontos de análise fundamentais em uma discussão que promova a superação das desigualdades de gênero.

Uma das questões muito debatida pelas feministas críticas da separação das esferas pública e privada é o que a campanha em análise permite a discussão: o papel da mulher na família e a política do cuidado. A esfera privada foi durante muito tempo considerada como um ambiente exclusivamente individual e privado, em que a maior autoridade era a do chefe de família, na maioria dos casos, exercida por um homem. As tarefas desenvolvidas nesse ambiente privado eram de exclusividade das mulheres, tais como o cuidado com as crianças e com os mais velhos, a limpeza e organização da casa, o preparo da comida e a administração doméstica. A esfera pública ou ambiente político, por sua vez, era destinado aos homens e, nesse caso, as discussões relacionadas à economia, ao dinheiro e às dinâmicas de poder eram exercidas especificamente por eles.

Atualmente, esse cenário se modificou e muitas mulheres ocupam cargos públicos, participam da política e exercem também influência na esfera pública, a exemplo da própria atuação política da Ministra Damares Alves. No entanto, a discussão em torno da separação e atuação das esferas privada e pública não está encerrada. A expressão "o pessoal é político", que outrora foi o ponto central para a discussão política da atuação de ambas as esferas, ainda se mantém forte para problematização. Susan Okin (2008, p. 314) destacou que a expressão em questão quer dizer que "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". Desta forma, o que é definido como doméstico e o que é definido como não-doméstico devem ser pensados de forma conjunta.

A campanha em questão permite retomar a expressão "o pessoal é político", que apontou, além da problemática das separações das esferas, as suas consequências, tais como a desigualdade e segregação das mulheres, o trabalho reprodutivo, a problemática em torno da maternidade e a ausência de participação das mulheres nas discussões no âmbito público. A discussão em relação à gravidez na adolescência e ao casamento infantil é, sobretudo, um debate sobre o papel da mulher na família, a sua autonomia corporal, a sexualidade e a política do cuidado, uma vez que o público alvo são os adolescentes e os seus familiares. Além disso, não se pode olvidar que a campanha parece ter uma conotação religiosa que se mistura a uma intervenção do Estado na família e à preservação da esfera privada com normas e valores morais vigentes no governo atual: "a família acima de tudo e Deus acima de todos", frase recorrente e lema de campanha do presidente Jair Bolsonaro.

O avanço do neoconservadorismo como base para a criação de políticas públicas, como apontado e demonstrado nos tópicos anteriores, permite a percepção de uma interação entre a esfera política e o que foi apresentado no artigo como esfera privada ou vida doméstica, com a criação de uma política voltada para a sexualidade na adolescência. Essa política é apresentada em outros termos, ao contrário de uma teoria liberal clássica como a de Locke (1967), que trata a família como algo independente do político e, portanto, de cunho individual e restrito ao âmbito doméstico e de reponsabilidade do pai. A esfera pública, nesse caso da campanha do Governo Federal, parece estar agindo em uma tentativa de politizar a esfera doméstica com um elemento que não é tão novo no cenário político brasileiro: a religião cristã.

Para além da discussão da laicidade do Estado, a religião nesse caso tem como foco a manutenção de uma sociedade conservadora. A indicação constante no texto da campanha de "Converse com sua família. Planeje seu futuro e procure orientações em uma unidade de saúde" parece não conversar com a realidade brasileira, que possui altos índices de contextos de vulnerabilidade e da prática de violência sexual em face de crianças e adolescentes, além das questões relacionadas à pobreza e à falta de acesso aos serviços públicos de saúde. O déficit brasileiro em relação à conscientização por meio de uma política que promova a educação sexual nas escolas e o combate à violência sexual certamente não será um fator de contribuição da referida campanha. Além disso, as problemáticas em torno das demandas específicas relacionadas à raça, classe, escolaridade e regionalidade também são demandas que não parecem que serão abarcadas pela campanha, demarcando as suas lacunas e insuficiências.

A família como termo central para a pasta de políticas públicas para as mulheres já carrega em si a pergunta: qual a constituição dessa família? O último censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010) demonstrou que o número de mães solo no Brasil — aquelas que são as únicas responsáveis financeiramente e também pelo cuidado e educação das crianças — teve um salto de 10,5 milhões para 11,6 milhões no período de 2005 a 2015. A família, a maternidade e o cuidado de filhas e filhos sempre foram delegados às mulheres, e esse fato, certamente, foi e ainda é um grande impeditivo para que elas adentrassem no mercado de trabalho, já que a dupla jornada é um problema que as mulheres enfrentam diariamente. Um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2015, demonstrou que as mulheres trabalharam cerca de 7,5 horas a mais por semana que os homens devido à dupla jornada, que inclui o cuidado de filhas e filhos, trabalhos remunerados e afazeres domésticos. Esses dados, embora não sejam específicos para adolescentes, demonstram a dificuldade que uma futura mãe pode enfrentar, além de enfatizar uma construção social que vem da infância: as mulheres são criadas e educadas para o cuidado.

A discussão em torno do que deve ou do que não deve ser problematizado na esfera privada é recorrente, desde a conquista das feministas em relação à politização da violência doméstica, até a questão do aborto, que envolve tanto a autonomia do corpo da mulher quanto os problemas de saúde pública. O fato é que, a separação das esferas não é mais possível de ser aceita, como bem define Pateman (2013, p. 59) "as duas esferas são os dois lados da mesma moeda do patriarcalismo liberal". Problemas como os relacionados ao cuidado das crianças, a violência sexual infantil e de adolescentes, o início da vida sexual, o uso de métodos contraceptivos e a educação sexual, são questões que devem ser tratadas como um problema também da esfera política. Essas questões não dizem respeito a uma "ideologia do gênero" ou a "sexualização das crianças", mas com a discussão democrática de problemas que impedem a equidade de gênero, ou como sugere a Ministra Damares, a "igualdade entre homens e mulheres". Independentemente das diferenças que ambas as discussões possam propor, tanto em um sentido de assimetria social quanto em um sentido liberal e legal, a campanha em questão não terá como produto final uma mudança estrutural da sociedade, tampouco a resolução do problema relacionado à gravidez na adolescência.

A demanda central que a "politização do pessoal" pode apresentar diz respeito aos problemas relacionados a esfera privada serem impeditivos e

agravantes para a inserção das mulheres na esfera pública. E mesmo que essa inserção ocorra, como no caso das mães chefes de família, ela não é garantia de uma superação de padrões sociais que desqualificam o trabalho da mulher e tudo o que se relaciona ao feminino, uma vez que as mulheres continuam exercendo profissões ligadas ao afeto e ao cuidado, tais como as ocupações de babá, enfermeira, cozinheira, costureira e empregada doméstica.

Ao analisar ambas as esferas e colocá-las em diálogo, os problemas de uma passam também a ser incorporados e articulados pela outra, assim são produzidos conceitos, deveres e direitos em uma sociedade justa, pois "não há sociedade justa na qual as relações na família sejam estruturalmente injustas; a democracia requer relações igualitárias em todas as esferas da vida, incluída a familiar" (MIGUEL & BIROLI, 2013, p. 17). A questão da gravidez na adolescência, para além de uma conversa e planejamento familiar, envolve a conscientização sobre a gravidez, a orientação sobre o uso de métodos contraceptivos e também a abordagem sobre as consequências que uma gravidez pode trazer para uma/um adolescente.

O debate levantado pelas feministas ao longo de anos sobre a dicotomia entre a esfera pública e a esfera privada traz evidências de que essa estrutura legitima a subordinação e a diferenciação de gênero na sociedade, além de reafirmar o sistema patriarcal ainda existente. Diante da campanha analisada e dos dados levantados, percebeu-se que enquanto a problemática relacionada à esfera privada não for incluída na agenda política e a esfera pública não estiver atenta às questões transversais que se relacionam com a problemática central — a gravidez na adolescência —, não haverá mudança justa e satisfatória, tampouco a solução de problemas tão enraizados na sociedade brasileira, como a violência, a pobreza e o preconceito.

CONCLUSÃO

A pesquisa procurou demonstrar que a campanha "Adolescência primeiro, Gravidez Depois — Tudo tem o seu tempo", para além da "agenda antigênero" declarada pelo Governo Federal, carrega em sua estrutura o avanço do neoconservadorismo no Brasil. Os dados referentes à gravidez na adolescência apresentados na pesquisa, bem como a interseccionalidade que atravessam o tema, como os marcadores sociais raça, região e classe, são bases essenciais para uma discussão mais aprofundada sobre a questão. A indicação de adiamento do início da "vida sexual", bem como a conversa com familiares ou a

procura de um centro de saúde, não servem como uma saída para um problema tão complexo como o da gravidez na adolescência.

A discussão sobre a dicotomia entre a esfera pública e privada, embora tema central para a teoria política feminista, se apresenta como um problema a ser enfrentado, uma vez que a campanha do Governo Federal permite a retomada da discussão sobre o papel da mulher na família, a política do cuidado, a autonomia sobre o corpo das mulheres e à sexualidade. Essa, em especial, parece ser a problemática em um governo que visa a manutenção do conservadorismo e que se fundamenta em preceitos religiosos para pautar as suas políticas públicas. Assim, enquanto uma política pública voltada para a gravidez na adolescência não tiver como base a problemática que envolve tanto as questões oriundas da vida privada, quanto as que advêm do espaço público, não será possível pensar em uma solução que atue de forma igualitária para mulheres e homens, promovendo a igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BIROLI, Flávia. Gênero, "valores familiares" e democracia. In: BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. *Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 135-187.

BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. *Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 83-133.

BRASIL. Lei nº 13.798, de 3 de fevereiro de 2019. *Diário Oficial da União:* Brasília, DF, 04 fev. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13798.htm>, Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 26 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>, Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL SEM ABORTO. Movimento Nacional da cidadania pela vida. Disponível em: <https://brasilsemaborto.org/>, Acesso em: 07 nov. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 8.035/2010. Disponível em: <

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831421&filename=PL+8035/2010>, Acesso em: 25 nov. 2020.

CANCIAN, Natália. Contra a gravidez na adolescência, ministério de Damares quer estimular política de 'escolhi esperar'. *Folha de S. Paulo*, 04 jan. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/01/contra-gravidez-na-adolescencia-ministerio-de-damares-quer-estimular-politica-de-escolhi-esperar.shtml>, Acesso em: 25 nov. 2020.

EU ESCOLHI ESPERAR. *Escolhi Esperar é inspiração para o Governo Federal.* Disponível em: <https://euescolhiesperar.com/noticia/governo-federal/>, Acesso em: 14 nov. 2020.

EU ESCOLHI ESPERAR. Sobre. Disponível em: <https://euescolhiesperar.com/sobre/>, Acesso em: 14 nov. 2020.

FRASER, Nancy. Justice Interruptus: Critical Reflections on the "Postsocialist" Condition. Routledge, New York, 1997.

GLOBO. Defensor de abstinência como programa de governo, 'Eu Escolhi Esperar' já prepara livros didáticos. *O Globo*, 07 jan. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/defensor-de-abstinencia-como-programa-de-governo-eu-escolhi-esperar-ja-prepara-livros-didaticos-1-24176177>, Acesso em: 25 nov. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Estudos sobre as desigualdades*. Disponível em: < https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29526 >, Acesso em: 26 nov. 2020

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Estatísticas de Gênero – Uma análise dos resultados do Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv88941.pdf Acesso em: 10 nov. 2020.

LOCKE, John. *Two treatises of govemment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1967.

MACHADO, Maria das Dores Campos. O neoconservadorismo cristão no Brasil e na Colômbia. In: BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. *Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 83-133.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia (orgs). Teoria política feminista: textos centrais. Vinhedo: Belo Horizonte, 2013.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Ministro da Educação assina carta compromisso para a prevenção da gravidez na adolescência. *Brasília*, DF, 05

maio 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mec/pt-br/assuntos/noticias/ministro-da-educacao-assina-carta-compromisso-para-a-prevencao-da-gravidez-na-adolescencia>, Acesso em: 13 out. 2020.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. *Ministra de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos*. Brasília, DF, 01 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/damares-alves>, Acesso em: 07 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *#LIVE Campanha de Prevenção à Gravidez na Adolescência*. Brasília, DF, 03 fev. 2019. *Facebook*: Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.facebook.com/minsaude/videos/647719435971253/?t=3>, Acesso em: 13 out. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Saúde Brasil 2017: uma análise da situação de saúde e os desafios para o alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável*. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/sinasc/saude_brasil_2017_analise_situacao_saude_desafios_objetivos_desenvolvimento_sustetantavel.pdf>, Acesso em: 10 nov. 2020.

MULHER, FAMÍLIA E DIREITOS HUMANOS. *Prevenção da gravidez na adolescência*. Brasília, DF: Mulher, Família e Direitos Humanos, 2019. 1 vídeo (30s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tvvWTvgRtH4&feature=emb_logo>, Acesso em: 13 out. 2020.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>, Acesso em: 14 nov. 2020.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 2, maio/ago. 2008, p. 305-332.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. BRASIL. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>, Acesso em: 10 nov. 2020.

PATEMAN, Carole. Críticas feministas à dicotomia público/privado. In: MIGUEL, Luiz Felipe; BIROLI, Flávia (Org.). *Teoria política feminista: textos centrais*. Editora Horizonte, Vinhedo: São Paulo, 2013.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

RAMOS, Rafael. Pastor rebate: "Abstinência sexual não é um retrocesso". *Pleno.News*, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://pleno.news/pleno-

entrevista/pastor-rebate-abstinencia-sexual-nao-e-um-retrocesso.html>, Acesso em: 25 nov. 2020.

SCHREIBER, Mariana. Contra gravidez na adolescência, Damares busca inspiração nos EUA para estimular jovens a não fazer sexo. *BBC News Brasil,* 06 dez. 2019. Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50682336>, Acesso em: 25 nov. 2020.

VAGGIONE, Juan Marco. A restauração legal: o neoconservadorismo e o direito na América Latina. In: BIROLI, Flávia; VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. *Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 41-82.

WORLD BANK GROUP. *Casamento na infância e adolescência: a educação das meninas e a legislação brasileira. Abril, 2019*. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/657391558537190232/pdf/Child-Marriage-Girls-Education-and-the-Law-in-Brazil.pdf>, Acesso em: 10 nov. 2020.

A TUTELA DA DIVERSIDADE: os precedentes constitucionais e efetivação de direitos no Brasil

Natalia Silveira Alves
UFF, docente, Departamento de Direito Privado, Niterói, Brasil.
natalia.silveira.alves@hotmail.com

Resumo: A Constituição da República de 1988, além de marco para a reabertura democrática do Brasil, consolidou a ascensão do Supremo Tribunal Federal como grande guardião da Constituição e seu principal intérprete, centralizando a competência de não apenas aplicar as normas constitucionais, mas também de garantir efetividade aos mandados constitucionais através da consolidação de precedentes. É neste contexto que o tema da pesquisa se desenvolve e se estrutura, pretendendo-se analisar o papel dos precedentes constitucionais no processo de efetivação e limitação da diversidade no Brasil. Através de pesquisa jurídico-dogmática, busca-se analisar o fortalecimento do sistema precedencialista no direito brasileiro, os seus impactos na efetivação de direitos e as limitações institucionais que restringem a própria percepção sobre direito.

Palavras-Chaves: precedentes; direitos; diversidade; dignidade.

INTRODUÇÃO:

A Carta Constitucional de 1988, além de marco para a reabertura democrática do Brasil, espelhou as mudanças trazidas por um novo modelo de Constitucionalismo, marcado pela força normativa da Constituição[1] e pelo desenvolvimento de uma nova jurisdição e hermenêutica constitucional. Estas mudanças, verdadeiros marcos do Neoconstitucionalismo[2], contribuíram para o fortalecimento do Judiciário, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, que adotou uma posição ativa, centralizando debates sociais relevantes, na mesma medida em que concretiza direitos já constitucionalizados.

[1] "Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição." (HESSE, 1991. p. 25-26.)

[2] BARROSO, Luís Roberto, Forense, 2009. p. 61.

Assim, questões que deveriam ser discutidas no âmbito das pautas executivas e legislativas, passaram a encontrar no plenário do STF o espaço que mereciam, exigindo debates mais apurados e intensos, que o elevaram à posição de Corte Suprema na tutela de direitos. Nessa perspectiva, as decisões do Supremo Tribunal Federal não se limitam a uma declaração simples de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, elas enfrentam divergências complexas, estabelecem limites estreitos e atravessam linhas tênues, alcançando pessoas, vidas e direitos.

Inegavelmente, o Judiciário como um todo possui esta característica fundamental; todavia, considerando a Suprema Corte a grande intérprete da Constituição e a última instância recursal para a tutela jurisdicional, a importância de suas decisões em sede de controle de constitucionalidade é realçada, reforçando a urgência de mecanismos que consolidem a sua força vinculante.

Dessa forma, o tema da presente pesquisa se desenvolve no processo de internalização do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, pautado, historicamente, por uma cultura legalista e pouco aberta à vinculatividade decisória; mas que, atualmente, se apresenta com pontos de contato entre sistemas jurídicos até então compartimentados. Nessa perspectiva, discussões e decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal em sede controle de constitucionalidade sobre temas fundamentais, como, por exemplo, a *união estável homoafetiva (*ADI 4277[3]) e a *alteração do nome e da classificação de gênero no assento de nascimento dos transgêneros (*RE 670422[4]*),* ganham destaque, expondo o fortalecimento do Poder Judiciário no processo de efetivação de direitos no país e delineando a hipótese de trabalho que ora se apresenta.

Assim, a pesquisa, de tipo jurídico-prospectivo[5], encontra o desafio de compreender a conformação de uma estrutura nacional de valorização de decisões constitucionais, com instrumentos jurisprudenciais e legais próprios, na mesma medida em que busca analisar os impactos do seu desenvolvimento para o processo de efetivação de direitos plurais e, por consequência, da diversidade.

[3] ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.
[4] RE 670422, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2018.
[5] "O tipo jurídico-projetivo, ou jurídico-prospectivo parte de premissas e condições vigentes para detectar tendências futuras de determinado instituto jurídico ou de determinado campo normativo específico." (GUSTIN; DIAS, 2010. p. 29)

1. Os precedentes no direito constitucional brasileiro:

A Constituição da República de 1988 foi um marco para a democracia brasileira, representando não somente um momento de transição política, como também um momento de fortalecimento das instituições, delineando competências e organizando os Poderes da República. Somada a estas questões, a Constituição Cidadã assumiu sua normatividade e supremacia, irradiando seus efeitos para os demais ramos do direito e se portando como um grande filtro para a validade do ordenamento jurídico.

Em razão deste fortalecimento constitucional e da própria centralização da Constituição no sistema jurídico brasileiro, o controle de constitucionalidade de normas se tornou instrumento fundamental para a proteção da força normativa da Constituição, sendo introduzido na atuação de todos os Poderes da República. Neste âmbito, o Judiciário se destacou, apropriando-se desta competência com primazia, assumindo sua ascensão diante de uma explosão de litigiosidade e também diante do movimento de grande constitucionalização de direitos.

Sobre o tema, Lenio Streck propõe reflexões importantes, reconhecendo, entre algumas críticas, o novo momento do Judiciário brasileiro diante da inserção do que ele denomina de justiça constitucional, admitindo, inclusive, a sua relevância no contexto de realização dos direitos fundamentais.

> Numa palavra: a inserção da justiça constitucional no contexto da realização dos direitos fundamentais-sociais deve levar em conta, necessariamente, o papel assumido pela Constituição no interior do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Do mesmo modo, a evolução da concepção de Estado exige uma ruptura com a clássica divisão de poderes. Há que se compreender que, ínsita ao novo papel assumido pelo Direito (transformador, a partir da ideia de força normativa e da perspectiva dirigente da Constituição), está a admissão de um (por vezes necessário) deslocamento da esfera de tensão dos demais Poderes em direção ao Poder Judiciário. (STRECK, 2003)

Sem dúvidas, a ascensão do Judiciário no Brasil tem como base o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, tendo em vista que, protegendo a Carta Magna de interpretações divergentes e mal intencionadas e exercendo a jurisdição constitucional com primazia, se responsabilizou por garantir a integração do sistema jurídico brasileiro, conformado no entorno de uma Constituição forte e garantidora de direitos.

Nesta esteira, a Suprema Corte passou a centralizar debates até então restritos aos demais Poderes, adotando uma postura ativa diante da judicialização maciça dos conflitos e da fragilidade do Legislativo e do Executivo, o que respaldou sua proatividade na tutela e efetivação dos direitos como um todo, principalmente dos direitos fundamentais.

Conforme avalia Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao tecer comentários sobre a medida cautelar concedida, em 09 de setembro de 2015, no julgamento da ADPF 347[6], "a corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, a assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo" (CAMPOS, 2015). E ela assim o faz, através dos debates realizados em plenário e através de suas decisões, atuando, muitas vezes, a partir de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, o que corrobora a tese de que a atuação mais ativa das Cortes acaba sendo o único meio para "superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, *legislative blindspots*, e sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados" (CAMPOS, 2015).

Desta forma, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade espelham não apenas uma análise de constitucionalidade, mas também a concretização de direitos e a afirmação de valores defendidos pela Carga Magna, o que exige uma compreensão mais complexa de sua sistemática decisória. Por desempenhar o papel de guardiã da Constituição e por muitas vezes ocupar as lacunas deixadas pelos demais poderes, as decisões da Suprema Corte não podem ser analisadas de forma singela, sendo importante o debate sobre sua vinculatividade, ainda que sejam reais as dificuldades inerentes a ela.

2. Um novo caminho de respeito às decisões da Suprema Corte

O respeito aos entendimentos consolidados pelo Supremo Tribunal Federal e a sua observância como parâmetros interpretativos a serem seguidos, são fatores essenciais para o nascimento de uma nova perspectiva sobre as decisões judiciais no Brasil, contribuindo para a construção de um sistema

[6] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560. Acesso: 05.10.2020.

decisório integrado, isto é, um sistema, onde as decisões deixam os seus compartimentos isolados e passam a apresentar pontos de contato umas com as outras, refletindo uma linha decisória que tende a ser lógica e constante, principalmente quando capitaneada por um tribunal superior, como o Supremo Tribunal Federal.

A integração entre decisões de um mesmo sistema jurídico privilegia a unidade do ordenamento, promovendo interpretações equânimes e evitando tratamentos divergentes para casos idênticos, o que proporciona o atendimento à segurança jurídica, à estabilidade e à confiança dos jurisdicionados, além de afastar a chamada jurisprudência lotérica, grande óbice para a integridade do sistema jurídico como um todo. Esta percepção decisória tem sido inserida no direito brasileiro através de mudanças pontuais que reafirmam a importância de se proteger os entendimentos da Suprema Corte e de garantir a sua aplicabilidade para situações análogas, objetivando-se a proteção máxima da força normativa da Constituição.

As mudanças foram iniciadas, sem dúvidas, com a ampliação do controle abstrato de constitucionalidade, exercido com exclusividade pelo STF. A Constituição de 88 e as emendas que seguiram trouxeram novos legitimados ativos, além de novas ações objetivas para o desempenho deste controle, ampliando as possibilidades de decisões com efeitos vinculantes e *erga omnes* no âmbito da Suprema Corte. Em seguimento, a EC 45/2004 instituiu a figura da súmula vinculante, em plena consonância a um ideal maior de respeito, por parte das instâncias inferiores, aos entendimentos consolidados pelo STF, cada vez mais caracterizados pela obrigatoriedade.

As súmulas vinculantes demarcaram a influência do sistema precedencialista no direito brasileiro, isto é, reforçaram valorização dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, em que pesem as inúmeras diferenças entre elas e os chamados precedentes obrigatórios do *common law*, como pode ser apreciado em pequeno trecho extraído da obra de Patrícia Perrone.

> Já no caso das súmulas, verifica-se, primeiramente, que são necessárias diversas decisões para se extrair um conteúdo com eficácia normativa (ou com efeitos impositivos intermediários), ao contrário do que ocorre no *common law*, em que basta um precedente. Além disso, a norma delas emergente é cristalizada em um texto, em um enunciado-síntese, produzido a partir da interpretação da própria corte vinculante sobre seu julgado. Esses fatores garantem um teor vinculante mais acentuado a tais proposições: em primeiro lugar, o texto escrito é uma barreira a novas

> interpretações reconformadoras dos precedentes; além disso, a formulação do holding pelo próprio tribunal, sem a participação das cortes vinculadas em sua gênese, afasta de tal processo esta importante instância crítica, que lida, em sua dia-a-dia, com uma riqueza fática maior, e que poderia contribuir na definição da generalidade da norma. (MELLO, 2008, p. 147/148)

Por fim, a legislação brasileira e a própria jurisprudência se mostraram receptiva a expansividade dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição difusa, evidenciando não apenas a busca por valorização das decisões da Suprema Corte, mas também a construção de uma cultura de respeito a estas decisões, independentemente da forma como o controle de constitucionalidade é realizado. Em síntese, é perceptível a preocupação com a integridade das decisões judiciais, principalmente as exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, buscando-se o desenvolvimento de parâmetros para a solução igualitária de casos análogos e também para a otimização dos julgamentos.

> O espírito da denominada Reforma do Processo, portanto, foi o de acentuar o poder normativo dos Tribunais Superiores e estabelecer uma vinculação estrita do precedente judicial. De um lado, para as sumulas vinculantes e os precedentes decorrentes de decisões prolatadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, estabeleceu-se uma norma constitucional tão forte quanto as "convenções constitucionais" inglesas sobre a força do precedente judicial. De outro lado, para os recursos "extraordinários" ou os "recursos representativos de controvérsias", cria-se um precedente dotado de "efeito vinculante" ao menos em "sentido frágil", que cria uma autêntica obrigação jurídica de seguir o precedente a não ser em casos excepcionalíssimos, que devem ser devidamente justificados. (BUSTAMANTE, 2015, p. 295)

Nessa esteira, ganha relevância a abrangência de efeitos de todas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, independentemente da forma como ele é exercido, buscando-se conformar uma linha decisória atinente a uma interpretação uniforme da Constituição. Em outros termos, a ausência de efeitos vinculantes de algumas das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, inibe o fortalecimento de seus entendimentos, permitindo interpretações diversificadas de uma mesma questão constitucional, colocando em risco a própria estabilidade da Constituição, sendo explícita a necessidade de instrumentos que viabilizem esta obrigatoriedade de seguimento.

Bustamante vai além, afirmando que mesmo não existindo uma regra de direito positivo que estabeleça o dever de observar os entendimentos consolidados por tribunais como o Supremo Tribunal Federal, "haverá, ao menos uma regra moral fortemente internalizada pelos aplicadores do direito positivo recomendando a atenção ao precedente judicial" (BUSTAMANTE, 2015, p. 276). Isto se deve ao fato de que a não observância dos parâmetros decisórios extraídos dos entendimentos fixados pelo Supremo Tribunal Federal acarreta imprevisibilidade quanto à atuação de juízes e tribunais, gerando uma insegurança jurídica generalizada, que afeta diretamente a confiança dos jurisdicionados na atuação jurisdicional.

Nesse contexto, a tendência que se confirma no direito brasileiro, principalmente após a promulgação do novo Código de Processo Civil em março de 2015, é a de se conceber as decisões do Supremo Tribunal Federal como parâmetros obrigatórios a serem respeitados e seguidos pelas instâncias inferiores, conformando um sistema nacional de precedentes no direito brasileiro, o qual evidenciaria a importância de uma tutela jurisdicional estável, coerente e isonômica, sobretudo quando direitos fundamentais compõem o núcleo do conflito em questão.

> O Judiciário não pode legitimamente conviver com concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, máxime quando o seu significado já foi definido pelo Supremo. Imaginar que as decisões tomadas por este tribunal, apenas por ser produzidas em controle difuso, não obrigam os demais juízes é desconsiderar a fragilidade do coeficiente de legitimidade democrática do Judiciário e esquecer a importância do discurso – visto como elemento componente do conceito de democracia – como via de legitimação do controle de constitucionalidade. (MARINONI, 2013, p. 164)

No entanto, compreender a constituição de precedentes constitucionais no Brasil também envolve enfrentar os desafios históricos do sistema brasileiro. Isto se deve ao fato de que o Brasil, herdeiro do sistema da *civil law*, assumiu uma postura tímida em relação às decisões judiciais vinculantes, e mesmo diante de uma nova realidade, ainda existem claras barreiras sistêmicas no desenvolvimento de uma suposta aproximação ao *common law*.

Alguns autores demonstram receios quanto a esta aproximação em razão de uma possível violação das estruturas tradicionalmente consolidadas no ordenamento jurídico brasileiro. Outros, porém, afirmam que, apesar de o Brasil

ser um país expoente do sistema da *civil law*, a adoção de decisões vinculativas pelo sistema pátrio não o desqualifica, mas o torna coerente, uma vez que qualquer sistema jurídico "necessita de certo grau de aderência ao precedente judicial, sob pena de se frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas da ideia de Estado de Direito (BUSTAMANTE, 2012, p. 82)".

Nesse sentido, a coerência do sistema decisório impõe uma sistematicidade entre as decisões, evitando-se, assim, ameaça à unidade e à completude do sistema jurídico, sobretudo, quanto à interpretação constitucional, considerando a grande base norteadora de todo o ordenamento.

> Given that (or so far as) we are here dealing with societies characterized by an adherence to the ideology and the practice of 'rational' legal order in the sense proposed by Max Weber (1967), we can indeed say that coherence in interpretation of particular provisions over many cases, and interpretative practice aimed at securing an overall coherence of the legal system, are absolutely fundamental to them. Coherence in both senses is of a rational legal discourse. (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, 1997, p. 487)

Consoante exposto, esta perspectiva não é unânime na doutrina brasileira, ao contrário, a construção, no Brasil, de uma cultura de respeito aos precedentes oriundos dos tribunais superiores, traz muitos receios aos estudiosos sobre o tema, não apenas pelo desenvolvimento de um "hibridismo-sistêmico", corroborado pela importação de mecanismos consolidados no sistema da *common law*, mas também pelos entraves gerados ao acesso à justiça e à realização dos direitos fundamentais.

3. Os desafios encontrados

O Brasil, como ressaltado anteriormente, herdou das tradições do *civil law* o apreço a lei, em prejuízo da jurisprudência, cujo papel sempre foi diminuído diante da função de juízes e tribunais em aplicar a legislação vigente ao caso concreto, sem espaços para participação no processo de construção do Direito. No entanto, com o desenvolvimento do constitucionalismo e com a insurgência de novos ideais pós-positivistas, ratificados no Brasil através da Constituição da República de 1988, novas aptidões do Judiciário foram reveladas e, neste contexto, as decisões judiciais passaram a ocupar um novo espaço no

ordenamento jurídico brasileiro, consolidando direitos e sanando omissões deixadas pela legislação.

Nesta esteira, os entendimentos dos tribunais e dos juízes alcançaram a sua importância no processo de criação do direito brasileiro, o que se percebeu com intensidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que assumiu a primazia de definir os caminhos a serem seguidos na interpretação constitucional, fazendo com que suas decisões sejam utilizadas como fontes de legitimação de direitos e, principalmente, de outras decisões, conformando-se como parâmetros decisórios.

Certamente, este processo contínuo de valorização da jurisprudência no Brasil e da conformação de um sistema de respeito aos precedentes obrigatórios traz consequências importantes para o sistema jurídico brasileiro, inicialmente descaracterizando suas matrizes originárias e encontrando resistências na própria maneira com que ele foi moldado e estruturado.

Um dos pontos de forte resistência e desconforto se pauta na concepção de que decisões obrigatórias ensejariam a substituição da lei pela jurisprudência, em razão do caráter abstrato e geral destas decisões que se assemelhariam a legislação, usurpando parte da competência do Poder Legislativo e, por consequência, violando a própria estrutura do Estado brasileiro. De acordo com esta perspectiva, a generalidade destas decisões obrigatórias tenderia a substituir a legislação, garantindo certa normatividade não internalizada pela sistemática tradicional do direito brasileiro. Ademais, considerando o momento de total ativismo judicial vivenciado pela Suprema Corte, a vinculatividade de suas decisões contribuiria para centralizar, ainda mais, grande parte das pautas sociais a um Poder com carência de legitimidade democrática, esvaziando competências legislativas e executivas.

Todavia, a valorização das decisões judiciais e a ascensão do Judiciário, dentro de limites certos, podem ser consideradas como uma sobrevida ao sistema jurídico brasileiro, garantindo a ele adaptabilidade diante das mudanças sociais, sem que os outros Poderes se sintam oprimidos.

Luis Roberto Barroso confirma esta posição, afirmando que a atuação ampla do Judiciário e do STF é necessária e importante, desde que respeitadas as fronteiras procedimentais e substantivas do direito, não sendo necessário sufocá-lo para que os demais Poderes da República encontrem maneiras de se auto afirmarem.

> Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. (BARROSO, 2012)

Esta resistência em se conceber com naturalidade os entendimentos pacificados pelos tribunais superiores encontra respaldo na resistência em se conceber as decisões judiciais também como normas jurídicas, como se este reconhecimento impulsionasse a desvalorização das leis ou sua equiparação as decisões judiciais.

Como bem ensina Thomas da Rosa de Bustamante, "os textos legais constituem uma mera possibilidade de Direito, pois sua transformação em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete" (BUSTAMANTE, 2012, p. 233), dessa forma, a norma jurídica em si, não é o dispositivo legal, tampouco a interpretação judicial, sua formulação depende da existência de um dispositivo legal e da atuação do intérprete conjuntamente, o que faz das decisões judiciais um resultado integrado entre o Legislativo e o Judiciário, desmistificando possíveis violações à separação de poderes.

Do mesmo modo, parte da doutrina sustenta que a obrigatoriedade decisória poderia dificultar a adequação das decisões à realidade social e à realidade do caso concreto analisado. A vinculatividade e a obrigatoriedade das decisões, nesta vertente, diminuiriam o campo de atuação do julgador, que ficaria restrito a aplicá-las, sem a possibilidade de adequá-las às circunstâncias presentes, ensejando a estagnação da jurisprudência e da doutrina, além de perpetuar erros e injustiças. Esta posição pessimista se funda na ideia de que a consolidação de um sistema de respeito às decisões dos Tribunais Superiores traduz, em contrapartida, o engessamento das demais instâncias, fazendo com que elas apenas reproduzam os entendimentos consolidados, sem exercer qualquer participação efetiva no processo decisório, o que colaboraria para um tratamento judicial precário e desconexo com a realidade social.

No entanto, tal perspectiva desconsidera algumas questões importantes acerca da expansividade dos entendimentos decisórios, e, entre elas, está a necessidade de interpretação judicial para a aplicação destes parâmetros e, também, a possibilidade de superação dos mesmos em razão das novas circunstâncias fáticas que exigem uma postura diferenciada do Judiciário.

A partir do momento em que o precedente é concebido como uma norma a ser aplicada, este receio de engessamento do direito perde seu principal fundamento, tendo em vista que mal aplicar um entendimento judicial é tão grave quanto mal aplicar uma lei, sendo necessária para ambos, a atuação dos magistrados no intuito de adequá-los as peculiaridades presentes.

> Nesse contexto, fica evidente a importância de se compreender o conceito pós-positivista de norma e da necessidade do acesso hermenêutico para se evitar uma equivocada aplicação dos provimentos vinculantes. Essa percepção é fundamental para que se possa dar à lei e às decisões dos Tribunais Superiores o real poder que elas conseguem ter e nada além. Imaginar uma lei, um precedente ou uma decisão vinculante contendo a norma pronta em si para resolver diversos casos consiste na crença intolerável pelo pós-positivismo. (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 182)

No caso específico de um entendimento judicial, o magistrado tem o papel fundamental de verificar a real compatibilização entre àquele parâmetro decisório e o caso em análise, e, nos casos em que esta compatibilização é baixa ou nenhuma, caberá a ele adequar sua decisão, podendo inclusive não aplicar o entendimento consolidado, desde que justificado (*distinguishing)*.

Deve-se ponderar também que estes posicionamentos não podem ser analisados do ponto de vista da imutabilidade, isto é, eles não são imutáveis e indiferentes às mudanças doutrinárias e sociais, sendo possível sua superação sempre que o desenvolvimento da doutrina demonstrar que o entendimento está equivocado ou que ele não mais se coaduna com a realidade social.

Nesses termos, a construção de um sistema de valorização dos precedentes não tem a função de engessar as decisões judiciais, esvaziando-a da sua finalidade social, tampouco visa diminuir as potencialidades dos magistrados ou imobilizar os demais Poderes da República. Em verdade, seu objetivo é garantir ao sistema jurídico brasileiro unidade interpretativa, permitindo que a aplicação da legislação não seja feita de forma isolada e independente, mas sim

que seja inserida em uma sistemática coerente, onde a Constituição da República deve ser considerada como o seu início e fim.

4. A tutela da diversidade e o papel dos precedentes constitucionais

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal foi demandado a se manifestar sobre questões muito específicas, absorvendo demandas sociais minoritárias e pautas de identidade, em evidente reflexo às lacunas institucionais para a tutela desses direitos. Nesse contexto, as decisões da Corte Superior assumiram uma nova posição, não apenas garantindo a aplicabilidade das normas constitucionais, como também efetivando os mandamentos da Constituição.

Em um breve recorte, nos últimos dez anos, pautas intimamente ligadas às liberdades individuais ganharam destaque no Tribunal, evidenciando a importância dessas decisões para a própria efetividade de direitos até então esvaziados institucionalmente. Temas como a união estável homoafetiva *(*ADI 4277[7]), o aborto nos casos de feto anencéfalo *(*ADPF 54[8]), a possibilidade de alteração do nome e da classificação de gênero no assento de nascimento dos transgêneros *(*RE 670422*[9])* e a descriminalização ou legalização do uso de drogas (ADI 4274[10] *e* RE 635.659) impulsionaram o papel da Suprema Corte, alterando o plano de análise funcional dos precedentes constitucionais.

Em verdade, embora todos esses casos tenham movimentado a sociedade em suas raízes constitutivas, interligadas, sobretudo, a moralidades religiosas e informações preconcebidas, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o seu papel constitucional, suprindo, em certa medida, as lacunas intencionais e politicamente satisfatórias deixadas pelos demais Poderes, avançando no processo de efetivação de dignidade e na defesa de direitos plurais.

Nessa perspectiva, os precedentes constitucionais também alcançaram o seu lugar de destaque na tutela de direitos, garantindo segurança, isonomia e previsibilidade na aplicação e interpretação das normas constitucionais, sobretudo em relação às pautas minoritárias, nas quais a omissão institucional contribui para reforçar abismos sociais e dificultar o acesso a direitos basilares.

---

[7] ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.
[8] ADPF 54, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012.
[9] RE 670422, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2018.
[10] ADI 4274, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2011.

Em uma leitura atenta, a construção de um sistema de respeito decisório impulsionou a posição dos precedentes como instrumentos de concretização da diversidade e, por consequência, de proteção à liberdade de cada indivíduo exercer, na esfera privada, a sua autonomia plena, sendo capaz de realizar escolhas, ter a sua intimidade preservada e encontrar espaços institucionais para a efetivação de seus direitos e proteção de sua dignidade enquanto ser humano.

Se por um lado, o contexto político brasileiro e o desenvolvimento de mecanismos jurisdicionais específicos garantiram o fortalecimento do Poder Judiciário, por outro, foi a concepção sobre as decisões exaradas pelos Tribunais Superiores e a vinculatividade de seus efeitos que definiram a posição dos precedentes nesse novo momento constitucional, reforçando o papel das decisões vinculativas na garantia e efetivação de direitos, o que se percebe, sobretudo, nos casos paradigmáticos.

No julgamento da ADI n. 4277, por exemplo, o STF garantiu interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 do Código Civil de 2002, ratificando a isonomia familiar entre casais heteroafetivos e homoafetivos. Para tanto, não apenas desenvolveu fundamentação tecnicamente precisa (*ratio decidendi*), como também pautou toda a discussão pelo viés sociológico exigido, analisando o contexto e os impactos da matéria em análise para a construção de uma sociedade mais solidária.

Nesse mesmo sentido, examinando o inteiro teor do acórdão, é possível identificar a consolidação de uma estrutura efetivamente precedencialista, comprometida com as nuances linguísticas e com a pertinência jurídica exigida, o que pode ser observado em pequeno trecho extraído do voto do relator, Ministro Ayres Britto:

> Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo − data vênia de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela

> metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade "mais ou menos", para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que "A gente pode morar numa casa mais ou menos,/Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos"/ E até ter um governo mais ou menos", assim conclui a sua lúcida mensagem: "O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos".[11]

O mencionado julgamento não apenas garantiu direitos a uma parcela expressiva da população, como também proporcionou visibilidade institucional a relações concretas, colocadas à margem do próprio Direito. Nesse sentido, não há como desconsiderar os impactos da decisão na própria conformação de uma sociedade mais inclusiva, em consonância aos anseios de uma constituição intitulada como cidadã, na qual a dignidade da pessoa humana é fundamento da República.

Nesse mesmo sentido, no julgamento do RE n. 670422, a busca por inclusão a partir da garantia de direitos básicos e, por consequência, de dignidade foi novamente colocada em pauta na Suprema Corte, reforçando o papel dos precedentes nesse processo. No mencionado julgamento, foi analisado e reiterado o direito fundamental à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil aos transgêneros, sendo fixada a seguinte tese:

> i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa;
> ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero';
> iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial;
> iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos;

[11] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635.

Como se observa, a partir da concepção de um direito basilar, o entendimento fixado pela Suprema Corte ressignificou à tônica dos direitos de personalidade, contextualizando o direito ao nome a uma realidade única, pautada por preconceito, exclusão, busca por respeito e identidade. O mencionado precedente traduz esse anseio por reconhecimento, o que pode ser analisado a partir de pequeno trecho extraído do voto proferido pelo relator, Ministro Dias Toffoli:

> Alerto que aqui não estamos apenas analisando uma política de reconhecimento da identidade, tema bem tratado pelo filósofo canadense Charles Taylor 7 ; devemos ir além da simples auto compreensão do indivíduo, o que será muito importante e valioso para ultrapassarmos a dimensão ontológica do indivíduo – do sujeito relacionado com seu meio social -, e alcançar um nível advocatório, o que exige uma defesa dos direitos individuais de forma pública e democrática, não anatomista. Na espécie, esta Suprema Corte não pode se limitar à prática de mero exercício da subsunção, sob pena de impedir que o transexual seja respeitado em seu direito de ter um tratamento igualitário e não discriminatório. A hermenêutica aplicada há de levar em conta também a força normativa dos fatos para efetivar a ponderação a garantir a proteção máxima aos direitos fundamentais dos transexuais, sem nulificar a segurança jurídica e o interesse da coletividade. Todo ser humano possui o direito à personalidade – o que inclui o nome civil, a designação de gênero, o estado civil e o domicílio – e os direitos de viver em sociedade, de conviver em família e em comunidade. Renovo minha convicção de que todo ser humano deve ter afirmada a plenitude de seus direitos, que são os elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade. A concretização dos direitos da personalidade, como já asseverado por Gustavo Tepedino é insuscetível de redução a uma situação jurídica tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, principalmente porque "o modelo do direito subjetivo tipificado, adotado pelo Codificador brasileiro, será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica".[12]

Os casos em tela, entre tantos outros, evidenciam não apenas a construção de decisões cada vez mais comprometidas com seus efeitos, como também o desenvolvimento de um sistema comprometido com o seu papel na sociedade, o qual espelha a tutela de direitos diante da busca por dignidade.

[12] http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760

CONCLUSÃO

Os desafios sociais resultantes da Segunda Guerra Mundial transformaram a lógica do Direito enquanto ciência pura, espelhando a premência de espaços éticos e morais para a compreensão do ordenamento jurídico como instrumento de proteção e efetivação de direitos. Nesse contexto, a Constituição assumiu um novo papel e passou a ser compreendida como um arcabouço de princípios e regras com força normativa, revestidos de elevada carga axiológica, envolvendo ideais de justiça e de proteção aos direitos fundamentais. Esta abertura normativa impulsionou a adoção de novos métodos interpretativos e a própria jurisdição constitucional ganhou novos contornos, devendo atender às demandas de uma sociedade cada vez mais complexa e plural.

Todas essas transformações neoconstitucionais também impactaram o Brasil institucionalmente, encontrando na Constituição da República de 1988 a sua formalização. A Carta Magna, mais do que um marco para a redemocratização brasileira, espelhou os impactos de um novo constitucionalismo e de um novo momento social, demarcado por um processo amplo de constitucionalização do direito e pela (re)construção de uma consciência cidadã.

Nesse contexto, o Judiciário e, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal assumiram as lacunas deixadas pelos demais Poderes da República, efetivando direitos, através de decisões com força normativa, eficácia *erga omnes e* efeitos vinculantes, compondo o objeto do presente trabalho, o qual foi desenvolvido a partir do estudo dos precedentes e sua estruturação no sistema brasileiro.

Consoante exposto, são muitos os desafios que contornam a aplicabilidade dos precedentes constitucionais no Brasil, haja vista o próprio desencontro de tradições visivelmente arraigadas ao sistema nacional. Entretanto, também são visíveis os espaços fundamentais que as decisões judiciais têm ocupado diante de omissões institucionais preocupantes, evidenciando o seu papel na tutela de direitos básicos, interligados, sobretudo, a concepção de dignidade.

Sendo assim, o presente trabalho teve o objetivo, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, de proporcionar uma reflexão sobre o papel dos precedentes na efetivação de direitos no Brasil, utilizando do recorte da diversidade para demonstrar, em casos concretos, a importância dessa atuação.

REFERÊNCIAS

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kigdom. Interpreting precedentes: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997. *apud*. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

_____ *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma doutrina constitucional transformadora*. 7 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 15.12.2020.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).In*: *Neoconstitucionalismo*. Coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacComick*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 106, 2013. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/219-Texto%20do%20Artigo-859-2-10-20130827.pdf >. Acesso em: 14.12.2020.

_____. *Teoria do Precedente Judicial - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciai**s***. São Paulo: Noesis, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O *Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 10/10/2020.

CARBONEL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

GARGARELLA, Roberto. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: promesas e interrogantes*. Disponível em: <http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf>. Acesso em: 15.12.2020.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. Disponível em: http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso: 05/10/2020

STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? In: Precedentes.* Coordenadores: Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr, Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Juspodivm, 2015.

FEMINICÍDIO: fato e conceito permeado por práticas nem sempre alinhadas

Sandra Maria Pinheiro Ornellas
UNESA, Professora, Curso de Direito, Rio de Janeiro, Brasil
sandra.p.ornellas@gmail.com

Resumo: O presente trabalho se propõe a analisar os dados constantes dos registros realizados pela Polícia Civil do Rio de Janeiro, referentes aos homicídios dolosos de mulheres e feminicídios ocorridos nos anos de 2017, 2018 e 2019, no município do Rio de Janeiro. O marco temporal está relacionado a entrada em vigor de lei 13.104 de 09 de março de 2015, que incluiu o feminicídio como qualificadora do homicídio. Foram comparados os dois títulos de crimes a partir de diversos critérios a fim verificar a possibilidade de subnotificação dos crimes de feminicídios, pois ó esperado era que com a entrada em vigor da lei, esses crimes se tornassem visíveis, o que de fato não correu. O número de mortes de mulheres por homicídio, ou seja, sem qualquer vinculação com o fato de ser mulher em muito supera os casos de feminicídios, de acordo com dados oficiais. Utilizou-se o método quantitativo e qualitativo pela etnografia participante e se encontra estruturado na descrição do método, na análise dos dados obtidos e concluindo-se pela subnotificação.

Palavras-chave: Gênero, Feminicídio, Estatística, Polícia.

INTRODUÇÃO

A entrada em vigor da lei penal que incluiu o feminicídio como uma qualificadora do homicídio, surgiu a expectativa de que a partir de então esses crimes conseguissem visibilidade, e contornos definidos o suficiente para a realização de um combate efetivo e quiçá medidas preventivas. Contudo, decorrido mais de um ano da entrada da lei de lei 13.104/2015, esta não constava do sistema operacional através do qual a polícia civil do Rio de Janeiro realiza os registros de ocorrência. A inclusão somente ocorreu por força de uma lei estadual do final do ano de 2016. Nos anos seguintes, os números relativos a tais crimes foram pífios se comparados aos de morte de mulher classificada como homicídio doloso. O presente trabalho é fruto dessa inquietação, e para buscar a possibilidade de subnotificação de feminicídio, pela não inclusão da qualificadora no registro, foram reunidos os dados referentes aos períodos 2017 a 2019 e comparados os homicídios e feminicídios a partir de critérios como local do fato, relação autor/vítima, idade, raça, área de ocorrência, a fim de verificar a

justificativa do reduzido número de feminicídios. Após analisados verifica-se que em todos os critérios analisados os gráficos se mostram extremamente semelhantes, concluindo-se pela subnotificação.

Sobre a metodologia

Os dados analisados para o presente estudo são oriundos de ocorrências policiais registradas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro, obtidos junto ao ISP (Instituto de Segurança Pública)[1] e tem como foco aqueles que informam sobre mortes de mulheres na cidade do Rio de Janeiro nos anos de 2017, 2018 e 2019. O marco inicial estabelecido foi o ano de 2017, pois apenas no final de 2016 a Polícia Civil incluiu a qualificadora "Feminicídio" como subtítulo do crime de homicídio em seus registros, apesar de a lei que alterou a legislação penal nesse sentido ter entrado em vigor em 09 de março de 2015.

Foram comparados os dados relativos aos registros de homicídios dolosos de mulheres e feminicídios, consumados e tentados ocorridos na cidade do Rio de Janeiro durante o período estudado. O objetivo da referida comparação foi verificar semelhanças e diferenças entre eles, levando em consideração o lugar em que ocorreram (na rua, em casa ou outros), a região do município, além de outras semelhanças e diferenças que permitam entender o critério utilizado para que fossem enquadrados em categorias jurídicas diferente quando da realização dos registros.

O interesse pelo tema se dá pelo fato de o crime de feminicídio ter sido incluído no ordenamento jurídico brasileiro recentemente ao ter sido definido pela lei nº 13.104 de 2015, que introduziu no Código Penal Brasileiro uma alteração no art. 121 que define o crime de homicídio (matar alguém), incluindo no parágrafo 2º, entre as qualificadoras, no inciso VI sob o título Feminicídio, onde lê-se: "contra a mulher por razões da condição de sexo feminino." E complementa no parágrafo 2ºA: "Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II- menosprezo ou discriminação à condição de mulher". Contudo, o sistema informatizado utilizado para a realização dos registros policiais incluiu apenas entre os subtítulos possíveis o "feminicídio", não considerando as suas duas possibilidades: "violência doméstica" e "menosprezo ou discriminação à

[1] Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro, empresa pública que reúne os dados relativos aos registros policiais com a finalidade de estudos que possam nortear estratégias de segurança pública.

condição de mulher", que busca diferenciar o feminicídio íntimo do feminicídio não íntimo (aquele praticado por quaisquer pessoas). A alteração legal não deixa claro o que se entende por "...razões da condição de sexo feminino" e por "menosprezo ou discriminação à condição de mulher", deixando ao critério daquele que utiliza a lei interpretar o fato, o que ocorre desde o registro inicial na Polícia Civil.

Ao iniciar a realização do registro, o policial deve qualificar a vítima, informando dentre outros dados, nome e o sexo, onde aparece como opção: feminino, masculino e não sabido. Em seguida, deve mencionar a classificação jurídica do fato, utilizando-se das categorias incluídas no sistema na seguinte sequência: "classe", se referindo ao Código Penal ou legislação extravagante; "grupo", em caso de homicídio inclui-se crime contra à pessoa; "subgrupo", incluindo a opção de homicídio e "detalhamento" incluindo as formas qualificadas de homicídio, dentre elas "homicídio contra mulher: Feminicídio" (Art.121, parágrafo 2º, VI do CP). Após, deve detalhar o delito esclarecendo como foi praticado, escolhendo entre as opções: por asfixia, emprego de arma branca, "paulada", projétil de arma de fogo, queimaduras e veneno.

Quanto ao detalhamento é importante destacar que o sistema de informatização ora indica elementos considerados relevantes para apontar as qualificadoras, como asfixia, veneno e queimaduras, e ora menciona a arma utilizada para a prática do crime. As circunstâncias indicadas pelo legislador para caracterizar a morte da mulher não foram incluídas, quais sejam a violência doméstica e o menosprezo a condição de mulher.

Sobre a metodologia cabe ainda destacar que apesar da utilização inicial do método quantitativo, o método que prevalece é o qualitativo com a utilização da etnografia participante, tendo em vista ser a autora integrante da Polícia Civil do Rio de Janeiro e que o interesse pelo tema nasceu em virtude do estranhamento quanto à forma que o feminicídio foi incluído na base para registros, bem como na ausência de capacitação específica dos agentes para compreender o fenômeno que consiste na morte de uma mulher por ser mulher.

Análise dos dados

A lei nº 13.104 de 09 de março de 2015, que incluiu o feminicídio entre as qualificadoras do crime de homicídio, tornou o Brasil o 14º país da América

latina a diferenciar na sua legislação a morte de uma mulher pelo fato de ser mulher, fruto da luta de mulheres que buscam dar visibilidade à desigualdade estrutural existente na sociedade, da qual derivam inúmeras violências e a morte, pela sua condição de mulher, como resultado, conforme Wânia Pasinato:

> Trata-se de estratégia política para nomear e qualificar essas mortes como problema social resultante da desigualdade estrutural entre homens e mulheres, rejeitando seu tratamento como evento isolados, ou crimes passionais inscritos na vida privada dos casais, ou provocados por comportamentos patológicos.[2]

Na legislação penal brasileira existem diversas categorias jurídicas nas quais é possível enquadrar um fato que tem como resultado a morte de uma mulher. Além do capítulo específico dos crimes contra a vida, no qual a morte pode ser resultado de uma ação ou omissão intencional (dolosa) ou não intencional (culposa), existem outras categorias nas quais também é possível considerar juridicamente o fenômeno morte, como por exemplo: a lesão corporal seguida de morte, roubo seguido de morte, extorsão seguida de morte, estupro seguido de morte, aborto seguido de morte, dentre outras.

Existe ainda a necessidade de realizar registro policial em outras situações nas quais haja o resultado morte e sobre eles recaíam dúvidas, como: acidentes domésticos; suicídios; situações nas quais a morte ocorre no interior da residência ou em qualquer outro ambiente e, por ausência de sinais de acidente ou comorbidades, o médico não declara o óbito, sendo o corpo encaminhado ao serviço de perícia médico legal, que no Rio de Janeiro é um Departamento da Polícia Civil, para que a causa da morte seja revelada. Cabe ainda destacar as situações de desparecimentos de mulheres, que muitas vezes revelam sua natureza criminosa caracterizadora de feminicídio.

Todos esses registros que revelem o resultado morte de menina ou mulher pode revelar ou esconder um crime de feminicídio, razão pela qual estudar critérios e formas pela qual os dados estatísticos são obtidos é fundamental.

Estabelecer um tipo penal específico como designação tem por objetivo revelar um fenômeno social, a fim de que se possa combatê-lo e preveni-lo.

---

[2] Pasinato, Wânia. Diretrizes Nacionais Feminicídio. Investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres, Brasília, 2016.

Cumpre destacar que o surgimento de uma nova forma de entender a morte violenta de mulheres surgiu na década de 70, cunhado pela cientista social Diana E. H. Russel, que nomeou a morte de mulheres praticadas por homens, pelo fato de serem mulheres, como ***Femicide,*** durante o Tribunal Internacional de crimes contra as mulheres, ocorrido em Bruxelas entre 04 e 08 de março de 1976. Russel descreveu o crime como a forma mais brutal do comportamento sexista. Este conceito comporta tanto as situações de mortes de mulheres praticadas por parceiros íntimos, quanto aquelas praticadas por estranhos em razão de misoginia, sejam elas antecedidas ou não de estupro, mas sempre marcadas por elementos que revelam a situação de ódio à mulher[3].

Em 1998 a antropóloga Marcela Lagarde y de los Rios, após estudar os inúmeros casos de morte de mulheres e meninas ocorridos na cidade mexicana de Juárez, os nomeou como ***Feminicídio***, acrescentando à sua definição o descaso do Estado na apuração desses crimes, tendo os fatos sido levados à Corte Interamericana de Diretos Humanos, como caso González e outras, ou Campo do Algodoeiro[4].

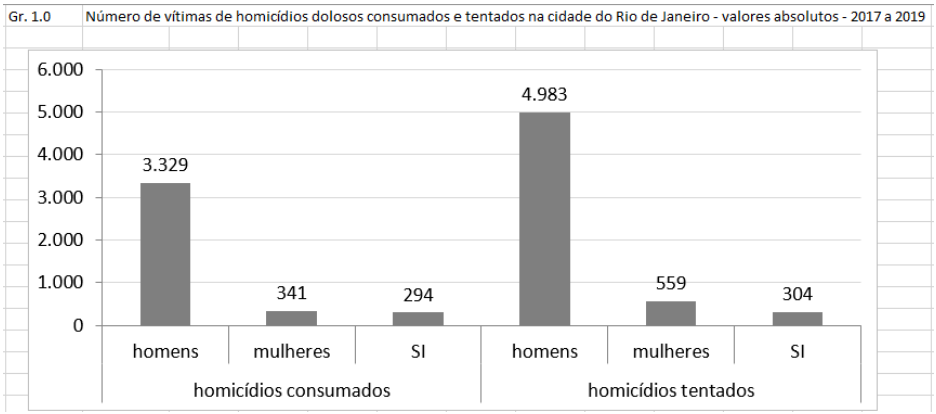
Frise, contudo, que a utilização do termo Femicídio ou Feminicídio, visa fundamentalmente dar visibilidade a um fenômeno que se perde nas estatísticas que revelam mortes, tendo em vista que os casos de mortes violentas de homens lideram as estatísticas. Contudo, as mortes violentas de mulheres guardam motivações extremamente diferentes daquelas ocorridas com os homens.

Os dados obtidos durante o período pesquisado, entre 2017 e 2019, mostram que o homem lidera com larga vantagem o ranking de vítima de mortes violentas, conforme demonstrado no gráfico 1.0. Contudo faz-se necessário entender que a morte de mulheres, embora em menor número, possuem características diferentes. Na maioria dos casos elas são mortas por parceiros íntimos ou familiares, no interior das residências, nos casos de feminicídios íntimos.

Faz-se necessário lembrar que o feminicídio praticado em razão do menosprezo à condição de mulher pode ocorrer em qualquer tipo de espaço, praticado por pessoas desconhecidas, e se caracterizam com expressão da misoginia. Compreender esse fenômeno é fundamental para a aplicação da lei e

[3] Russel, Diana.The Politics of woman killing. Nova York, edited by jillRadford, 1992.
[4] https://nidh.com.br/gonzalez-e-outras-campo-algodoeiro-vs-mexico-2009-violencia-contra-a-mulher-e-definicao-de-feminicidio/

elaboração de estratégias preventivas. Para que isso aconteça é necessário que a transposição do fato social para categorias jurídica permita a compreensão do fenômeno e, certamente, tal compreensão não pode ser realizada de pronto. No momento do registro policial, faz necessário investigar o local onde ocorreu o fato, as circunstâncias, a existência de histórico de violências anteriores (em casos de feminicídios íntimos), o tipo e a sede das lesões que provocou a morte. Na concepção de Rita Laura Segato, os feminicídios se revelam como uma mensagem inscrita no corpo das mulheres[5] e essa linguagem nem sempre é óbvia, por vezes exige que o investigador entenda o fenômeno para saber onde procurar e interpretar os signos que cada fato apresenta.



Merece atenção o número de casos "sem informação (SI)", pois inicialmente poderia revelar situação de corpos encontrados em estado de decomposição ou carbonizados, mas como o fenômeno se repete nos casos de homicídios tentados, é possível que revele um entendimento consolidado no sentido de que a referida informação não é relevante, sendo possível preencher qualquer campo para dar continuidade ao registro.

Ressalto ainda que o sistema operacional não permite qualquer classificação por gênero, o que invisibiliza a morte de mulheres trans, pois, ainda

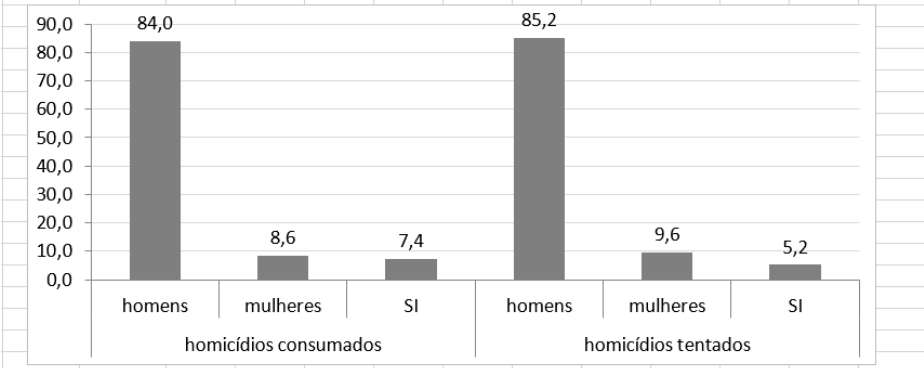
[5] [...] los feminicídios son mensajes emanadas de un sujeto autor que solo puede ser identificado, localizado, perfilado, mediante uma "escucha" rigurosa de estos crímenes como actos comunicativos" (SEGATO, Rita Laura. La escritura em el cuerpo de las mujeres asesinadas em Ciudad Juárez. Buenos Aires.Tinta Limón ediciones, 2013, p.31)

que o critério utilizado pela lei seja sexo, é fundamental dispor de dados que permitam o estudo da realidade, já que ao ser registrada como homicídio de um homem, a morte de uma mulher trans revela uma subnotificação. Cabe ressaltar que tanto o grande número de registros relativos a pessoas de sexo não informado, quanto à invisibilidade da morte de mulheres trans afetam a compreensão do fenômeno estudado, por revelar uma subnotificação.

Verifica-se que o número de homicídios dolosos de mulheres, sejam consumados ou tentados atingem a faixa de 10% do número dos homens (graf.1.1), confirmando fato amplamente demonstrado em pesquisas: que os homens são os que mais morrem de forma violentas e que são também os que mais matam, conforme dados Atlas da violência 2019[6]. Nos registros de homicídios dolosos consumados tendo por vítimas mulheres, apenas 20,2 por cento dos crimes registrados recebeu a qualificadora de feminicídio e 35,2 por cento quando se trata de crimes tentados. Para entender essa variação faz-se necessário aprofundar a pesquisa, de forma a apurar se a qualificadora é mais utilizada nas Unidades Especializadas ou nas distritais, a fim de esclarecer se o uso da qualificadora é mais utilizado pelas especializadas, o que poderia indicar necessidade de capacitação e sensibilização dos profissionais das unidades distritais. Cabe aqui detalhar que o município do Rio de Janeiro conta com três delegacias especializadas no atendimento à mulher (DEAM), uma especializada em homicídio (DH) e 45 distritais, sendo que estas atendem qualquer ocorrência, exceto homicídios consumados que são atribuição das DHs. As DEAMs registram e apuram de forma concorrente os feminicídios tentados.

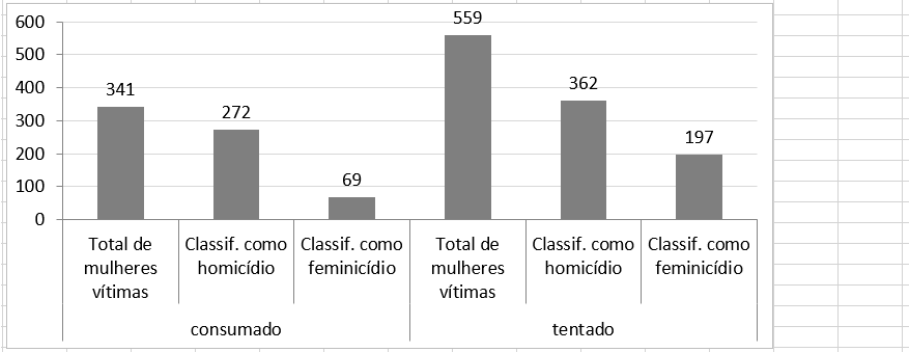
[6] ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019- https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/6537-atlas2019.pdf

Gr.1.1 Número de vítimas de homicídios dolosos consumados e tentados na cidade do Rio de Janeiro - valores relativos - 2017 a 2019

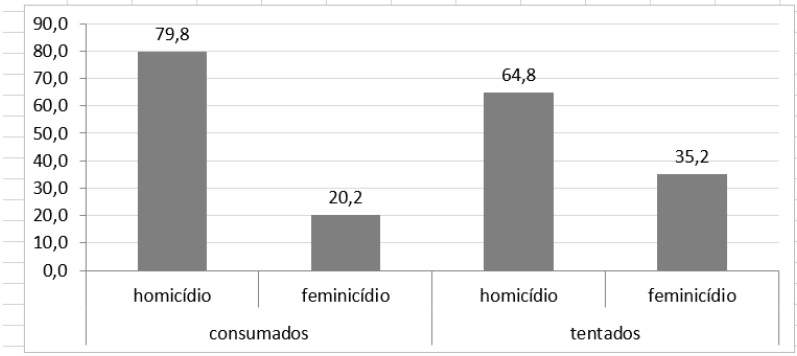


Visando testar a hipótese de que mortes de mulheres ocorridas nas situações previstas na lei como feminicídio teriam sido registradas sem a qualificadora do feminicídio, figurando como homicídio doloso apenas, foram comparados o total de registros obtidos a cada ano estudado, tanto de feminicídios quanto de homicídios de mulheres, nas suas formas consumadas e tentadas. Sendo possível observar uma incongruência: enquanto os casos de feminicídio tentado apresentam um aumento de incidência ao longo do período estudado, o que poderia ser interpretado como demonstração de assimilação do conceito de feminicídio pelos policiais, como é esperado, o mesmo, contudo, não acontece com os feminicídios consumados que apresentam uma diminuição ao longo do período estudo.

Gr.1.2 Mulheres vítimas de homicídios e feminicídios consumados e tentados na cidade do Rio de Janeiro - valores absolutos - 2017 a 2019

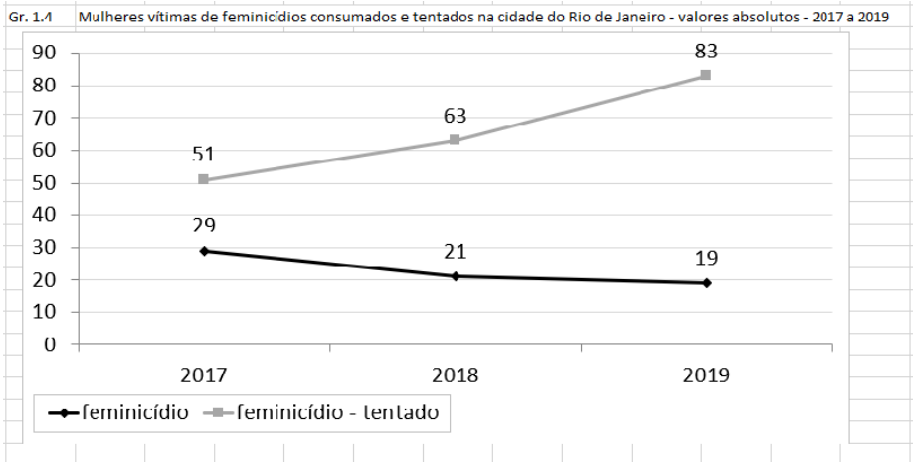


Gr.1.3 Mulheres vítimas de homicídios e feminicídios consumados e tentados na cidade do Rio de Janeiro - valores relativos - 2017 a 2019

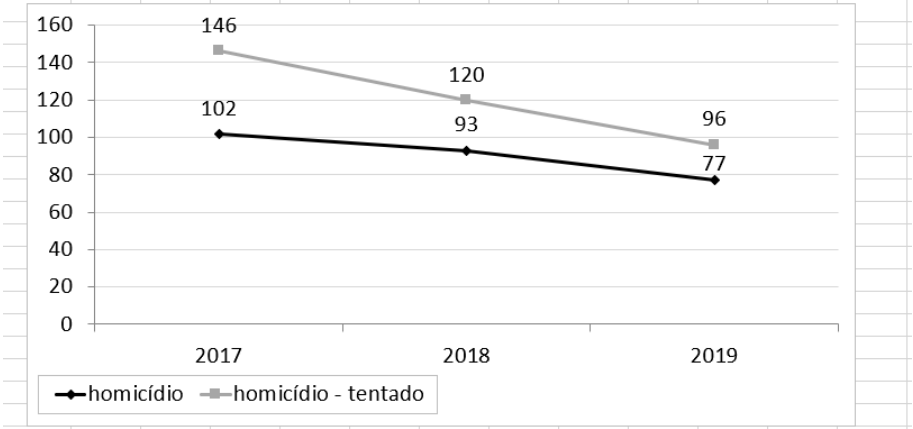


Apesar de reconhecer que o período estudado (2017 a 2019), é curto para considerar uma série histórica, ousando comparar os fatos registrados como feminicídios consumados com os feminicídios tentados (Gr.1.4), é possível verificar claramente a tendência de aumento dessa modalidade, o que é totalmente compatível com a diminuição dos homicídios dolosos tentados tendo mulher como vítima, revelando o uso da qualificadora do feminicídio. Quando analisados, porém, os fatos registrados como feminicídio e homicídio doloso consumado (vítima mulher), contrariamente ao esperado, que seria a expansão do conhecimento sobre a qualificadora, revela-se que uma tendência de diminuição do uso da qualificadora.

Gr. 1.4 Mulheres vítimas de feminicídios consumados e tentados na cidade do Rio de Janeiro - valores absolutos - 2017 a 2019

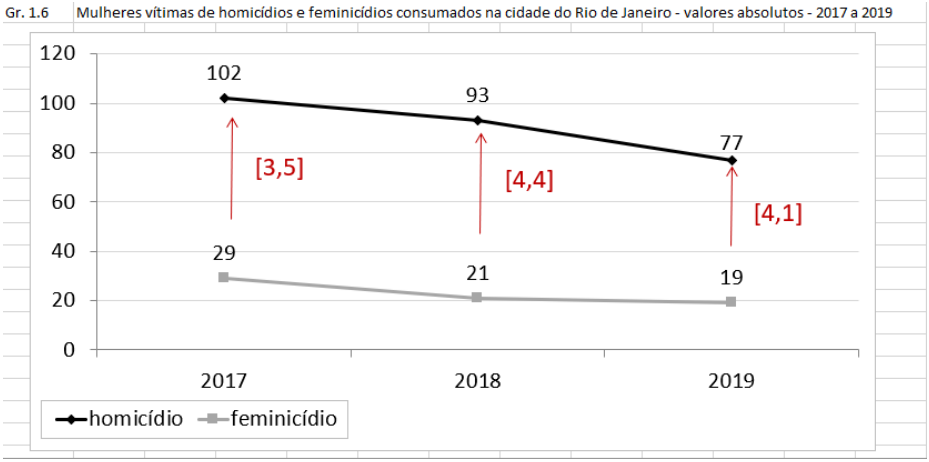


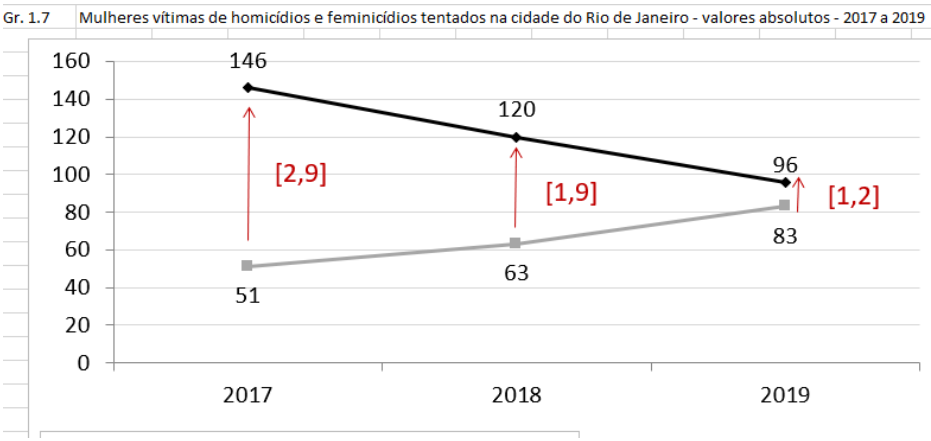
Gr. 1.5 Mulheres vítimas de homicídios consumados e tentados na cidade do Rio de Janeiro - valores absolutos - 2017 a 2019



Os gráficos Gr.1.6 e Gr.1.7 mostram de forma mais clara a tendência de aumento dos registros dos feminicídios tentados, e a diminuição nos casos de feminicídio consumado. Diante de tal fato cabe refletir sobre quais os elementos que contribuem para a inserção da qualificadora: seriam as declarações das vítimas sobreviventes? Estas revelariam não apenas a autoria, mas também as circunstâncias do crime? O fato de as Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher terem atribuição concorrente para registrar e apurar os crimes de feminicídio tentado e terem policiais com capacitação para identificar e apurar tais crimes desempenham alguma relevância na consideração da qualificadora?

Gr. 1.6 Mulheres vítimas de homicídios e feminicídios consumados na cidade do Rio de Janeiro - valores absolutos - 2017 a 2019





Se o objetivo da alteração legislativa era dar visibilidade ao fenômeno do feminicídio, por que motivo isso não aconteceu? Por que os dados de grande parte das pesquisas sobre feminicídio utilizam dados da saúde e estes não se encontram demonstrados na segurança pública, expressando o fenômeno juridicamente elaborado?

Entendo que primeiramente é necessário retornar ao conceito incluído na alteração legislativa que descreve o feminicídio, como crime praticado "contra a mulher por razões de **condição do sexo feminino**", prevendo duas possibilidades da ocorrência do crime: violência doméstica e familiar e **menosprezo ou discriminação à condição de mulher.** A descrição legal além de carecer de conceito objetivo, rompe com a lógica da necessidade da conceituação jurídica quando substitui o conceito gênero por sexo, pois só é possível compreender o feminicídio a partir da desigualdade estrutural na qual se insere a morte da mulher, seja em razão de uma relação íntima ou não intima. Certamente, a cegueira de gênero explica o fato de não termos casos de feminicídios não íntimo. Como entender o menosprezo ou a discriminação por ser mulher? Para isso seria necessário compreender toda a série de abusos e violências as quais a mulher se encontra exposta em uma sociedade marcada pelos seus valores de sociedade colonialista e patriarcal.

Na dicção de SABADELL (2013)[7] o Patriarcalismo, indica uma forma de relacionamento, de comunicação entre os gêneros e se caracteriza pela dominação do feminino pelo masculino, revelando um predomínio dos valares masculinos e não é diferente no mundo jurídico, onde predomina valores masculinos, fundamentados na relação de poder, o direito é utilizado para garantir a dominação masculina, funcionando como elemento integrante e legitimador das relações de gênero de perspectiva patriarcal.

A "condição do sexo feminino" no âmbito jurídico, está profundamente marcado pelo biopoder, segundo Eugênia Villa

> A Biopolítica possibilita compreender de que forma o sujeito "mulher" é tomado como pertencente à comunidade global e sujeito a normas jurídicas, políticas públicas e relações de poder no plano social, em consequência da administração, pelo Estado, da gestão da vida. Na dimensão micro, auxilia na compreensão dos discursos dos autores de feminicídios e dos mecanismos de poder institucionais e culturais que "condicionam" aquela mulher assassinada naquele lugar em particular. Na dimensão dos macros poderes, auxilia compreender eventuais relações de poder presentes em discursos oficiais de Delegados (as), Peritos, Agentes de Polícia, Promotores(as), Advogados (as), Defensores (as) e Juízes (as), por ocasião da investigação, processamento e julgamento dos feminicídios que fundamentaram decisões organizacionais"[8]

Certamente o agente de polícia que recebe a informação sobre a ocorrência relativa a uma morte de mulher e que deve efetuar o registro, naquele momento dispõe de informações extremamente básicas e mergulhado na cultura jurídica patriarcal e marcada pelo biopoder, efetuará o registro em sistema operacional cheio de incoerências técnicas, utilizará uma legislação cujos elementos normativos: "condições do sexo feminino", "menosprezo", "discriminação" darão à ele um título de acordo com a sua interpretação. A capitulação certamente não é definitiva, mas direcionará a investigação, e ainda que seja posteriormente modificada, os dados estatísticos já terão sido produzidos.

Em continuidade à análise dos dados e tendo por certo que, apesar de estar sujeita a violência urbana, a mulher morre vitimada por pessoas do seu

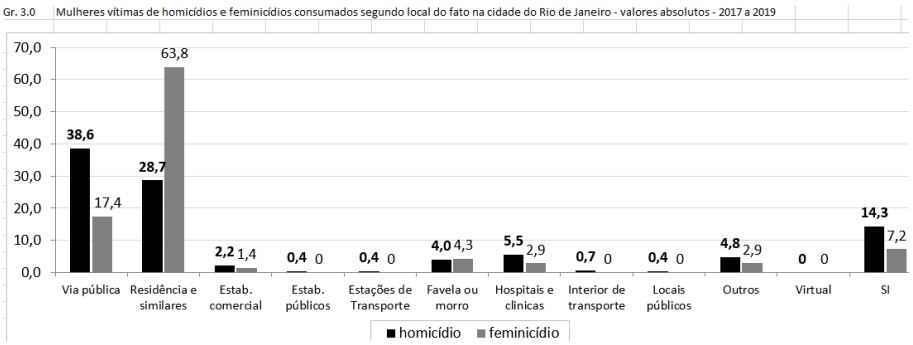
---

[7] Sabadell, Ana Lúcia. Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito.6.ed.rev. atual e ampl. -São Paulo, Editora Revista dos Tribunais,2013.

[8] Villa, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro. Circuito do Feminicídio: o silêncio murado do assassinato de mulheres. Rio de Janeiro, Lumen Juris,2020, p. 43.

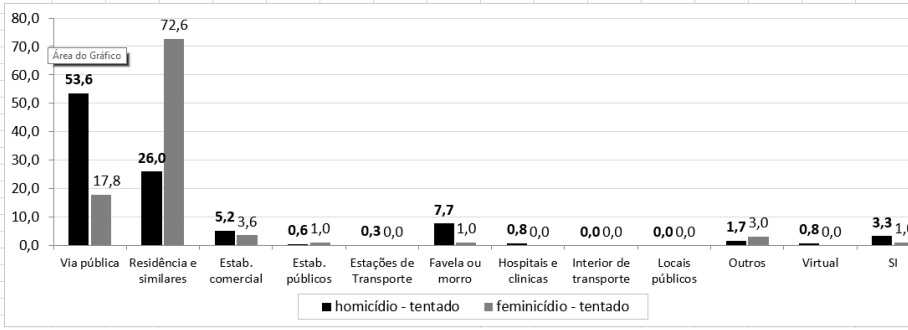
convívio íntimo e dentro da residência, em situações características de feminicídio[9], os dados analisados sob essa perspectiva também se mostram incoerentes. Nos gráficos Gr.3.0 e 3.1, comparam-se os homicídios e o feminicídios consumados e tentados tendo por base o local de consumação. A simples observação do gráfico nos indica que estamos falando do mesmo fenômeno. Tanto no gráfico do homicídio quanto naquele que traz os dados do feminicídio, os crimes aconteceram na sua maioria em vias públicas e nas residências, podendo ser observado uma pequena variação, ou seja, aqueles registrados como homicídios constituem a maior parte dos homicídios, e os feminicídios nas residências, o que faz crer que o local de consumação do crime seja um dado considerado relevante para dar título ao registro

É também questionável o item que aponta a consumação em hospitais e clínicas, pois não fica claro se a ação ocorreu naquele local ou se este foi meramente o lugar do resultado.



[9] https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres/

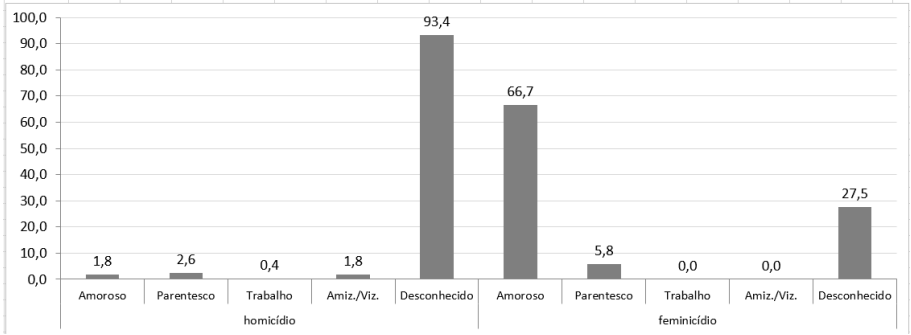
Gr. 3.1 Mulheres vítimas de homicídios e feminicídios tentados segundo local do fato na cidade do Rio de Janeiro - valores absolutos - 2017 a 2019



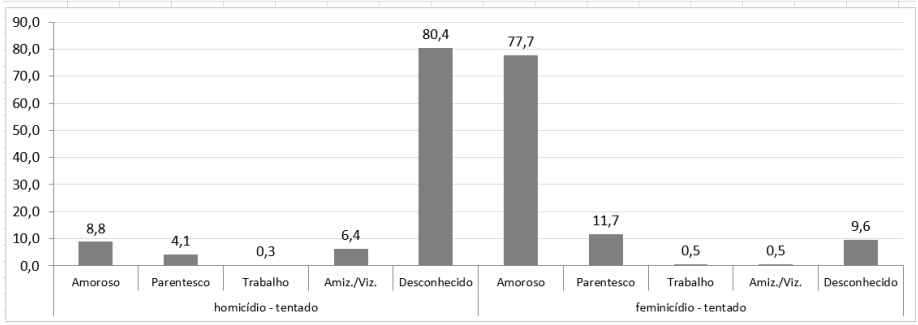
Um outro critério de grande relevância para a indicação de feminicídio está relacionado com a análise da relação autor/vítima, o que foi observado quando da análise da referida relação nos gráficos Gr.2.6 e 2.7, onde é possível verificar pequeno percentual no qual relação/vítima é amorosa, o que pode apontar para inconsistência.

Ainda sobre os registros de homicídios verifica-se que em sua maioria (93,4%) a relação entre autor/vítima é desconhecida, o que possivelmente revela que no momento do registro não era possível saber sobre a possibilidade de relação entre autor/vítima, por não haver, no momento, aquela informação, o que não afasta a possibilidade de posteriormente, durante a investigação, essa informação ser descoberta. Quanto ao feminicídio a informação de que 66,7% dos casos revelam uma relação amorosa e 5,8% uma relação de parentesco repete a lógica de que esses crimes, ocorrendo em espaços privados, permitem a imediata informação de parentes e/ou pessoas conhecidas, possivelmente aquelas que solicitaram a presença da polícia para o local, quanto a relação existente entre autor/vítima. Cabe suscitar uma dúvida quanto ao percentual que revela o desconhecimento da referida relação em casos de feminicídio. Estaríamos sendo surpreendidos com casos de feminicídio não íntimo? Ou seria, mais uma vez uma inconsistência? É possível supor ser a última hipótese verdadeira, pois quando verificamos o gráfico 2.7 em que a situação se repete em relação ao feminicídio tentado, embora o percentual seja bem menor (9,6%). É interessante observar que na modalidade tentada, o aumento percentual percebido na relação autor/vítima na modalidade "amoroso" e "parentesco", ocorrem com a redução do critério "desconhecido". O mesmo acontece também com o crime homicídio tentado. Em ambos os casos, é possível que se possa imputar a alteração diante das declarações da vítima, o que revela a fragilidade investigativa inicial

Gr. 2.6 Mulheres vítimas de homicídios e feminicídios consumados segundo provável relação entre acusado e vítima na cidade do Rio de Janeiro - valores absolutos - 2017 a 2019

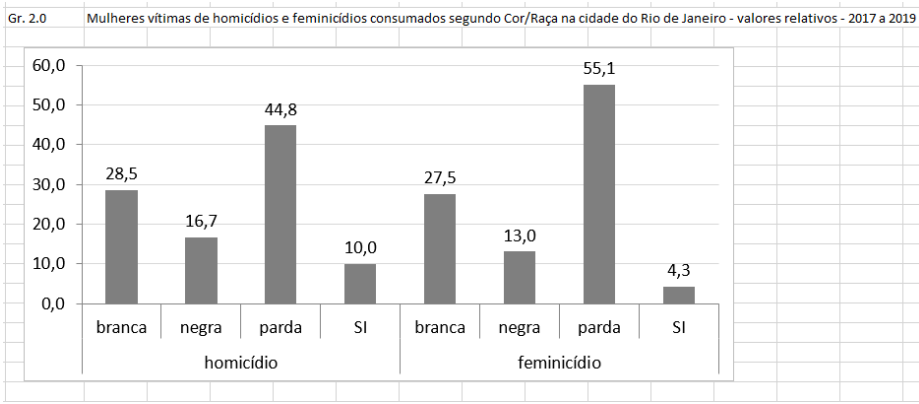


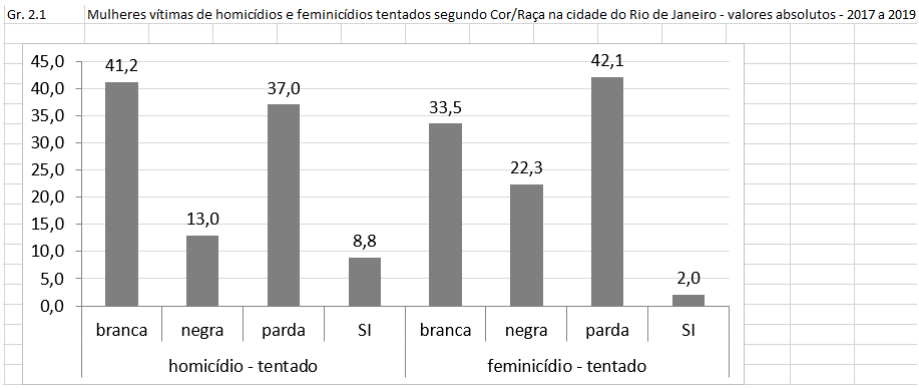
Gr. 2.7 Mulheres vítimas de homicídios e feminicídios tentados segundo provável relação entre acusado e vítima na cidade do Rio de Janeiro - valores absolutos - 2017 a 2019



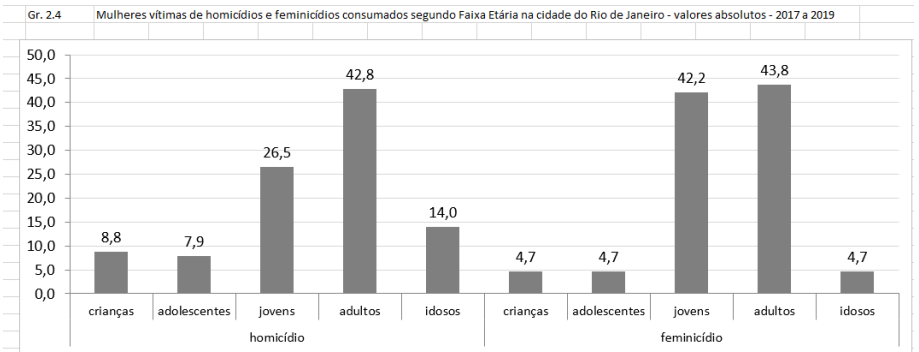
O perfil racial das mulheres vitimadas foi realizado através dos números constantes dos gráficos Gr.2.0 e 2.1, é revela o que já vem sendo percebido a bastante tempo: as mulheres negras e pardas são a enorme maioria[10]. Somadas as vítimas pardas e negras representam 61,5% dos homicídios e 68,1 dos feminicídios consumados e 50% e 64,4% das vítimas de homicídios e feminicídios tentados, respectivamente.

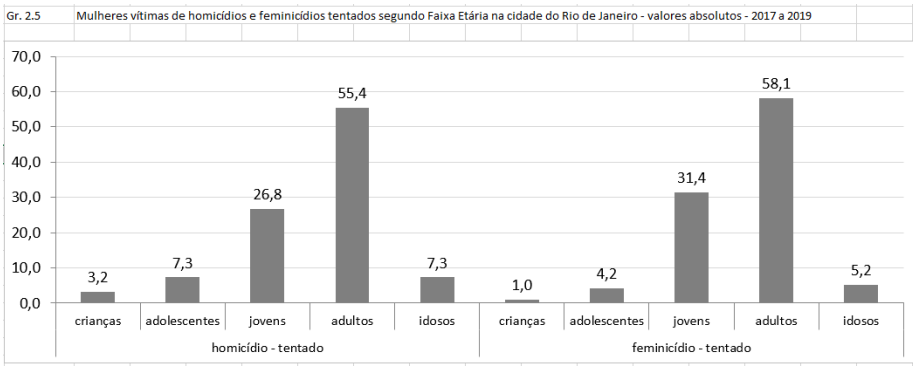
10 https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_d_a_violenca_contra_mulher.pdf





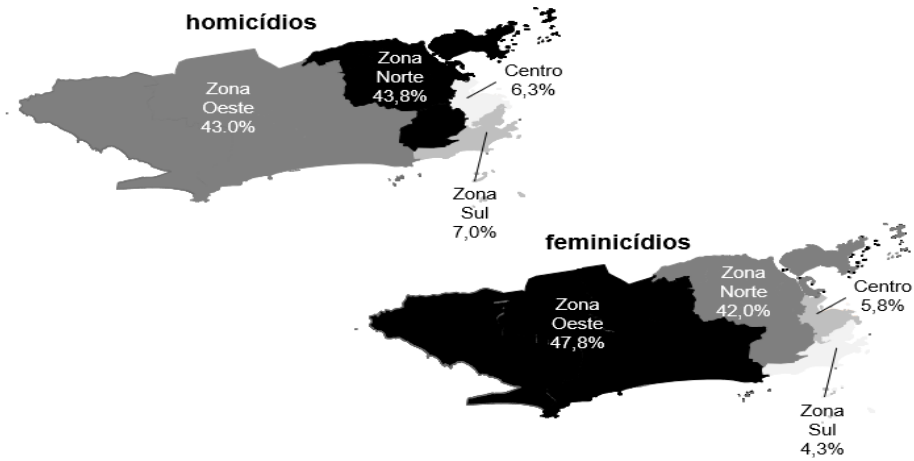
Os gráficos 2.4 e 2.5 apresentam o perfil etário das mulheres vitimadas e indica que as mulheres jovens e adultas são, tanto no feminicídio quanto no homicídio, seja ele consumado ou tentado.



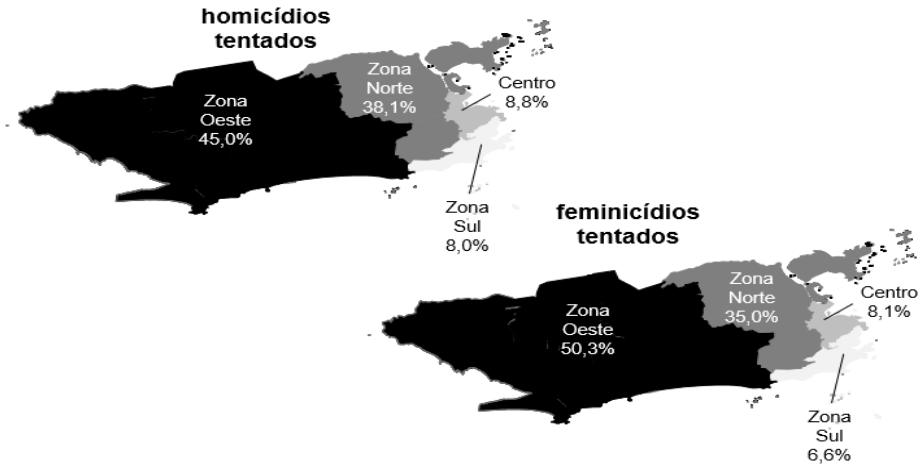


E por fim, vemos no mapa do município do Rio de Janeiro das áreas de maior concentração de homicídio de mulheres e feminicídios. Trata-se de região de grande concentração populacional, marcado extremas desigualdades sociais, com áreas de extrema pobreza.

Mulheres vítimas de homicídios e feminicídios consumados segundo local do fato na cidade do Rio de Janeiro - valores relativos - 2017 a 2019



Mulheres vítimas de homicídios e feminicídios tentados segundo local do fato na cidade do Rio de Janeiro - valores relativos - 2017 a 2019



Sobre o perfil das mulheres vitimadas, em especial o perfil racial, é fundamental considerar o conceito de colonialidade, entendido como todo o processo de desenvolvimento do padrão mundial de capitalismo que foi imposto, colocando a ideia de racionalidade aos valores europeus e, em contrapartida, o que não se ajustava a esse perfil era considerado primitivo, inferior, irracional. O que nos obriga a entender que "condição do sexo feminino" foi construído historicamente e moldado pela relação de poder. Conforme Eugênia Villa[11]:

> [...] Os dois níveis de poder-particular e abstrato- se relacionam ao sistema proposto em dois regimes: 'status" (vertical) e "contrato" (horizontal). No regime de status a relação entre os sujeitos é desproporcional e desigual, prevalecendo o poder do homem em relação à mulher, com o controle da mulher em ambientes interpessoais, domésticos e familiares. No regime de contrato as partes devem estar em situação de paridade para firmar o pacto, logo, esse pacto dar-se-á entre sujeitos homens, com vistas a afirmar e renovar compromisso com o mandato da masculinidade[12] perante seus pares, fora do ambiente interpessoal, doméstico e familiar. [...]

[11] Villa, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro. Circuito do Feminicídio: o silêncio murado do assassinato de mulheres. Rio de Janeiro, Lumen Juris,2020, p. 71/72

[12] Conceito desenvolvido pela Antropóloga Rita Laura Segato na obra: Las estructuras elementares de la violência, Buenos Aires, Prometo Libros, 2010.

O "status" e "contrato" aparecem claramente nas Ordenações Filipinas, legislação portuguesa que esteve em vigor no Brasil durante o período colonial, onde no Livro V - Ordenações Filipinas - Título - XXXVIII - Do que matou sua mulher por achá-la em adultério, lê-se, "[...] Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo ou nosso Desezembargador, ou pessoa de maior qualidade. [...]"[13].

Se a condição do sexo masculino para a mulher branca, culturalmente continua sendo aquela construída pela lógica colonial, a percepção com relação à mulher negra também não mudou, pois "tanto olhar de homens brancos quanto o de negros e quanto o das mulheres brancas, confinaria a mulher a um local de subalternidade muito mais difícil de ser ultrapassado" (RIBEIRO,2016)[14]. Os corpos das mulheres negras são ainda vulneráveis que os da mulher branca. São corpos precarizados, no sentido utilizado por BUTLER (2015)[15], como aqueles corpos cujas vidas nunca foram vividas e, consequentemente, quando mortas não serão percebidas, pois nunca foram reconhecidas enquanto vida.

CONCLUSÃO

Após analisar os dados e tecer algumas considerações, concluo que há uma subnotificação dos dados relativos aos feminicídios, sendo possível apontar como possíveis causas da subnotificação, primeiramente, o próprio texto da lei, que erra ao incluir em uma norma incriminadora os elementos normativos "condição do sexo feminino" e "menosprezo e discriminação", deixando ao critério do policial avaliar a presença de elementos que ele não reconhece como critérios diferenciadores. Seria bem-vinda uma modificação do texto, a exemplo de outras legislações que estabelecem critérios objetivos para a classificação do

[13] https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/209278-livro-v-ordenacoes-filipinas-titulo-xxxviii-do-que-matou-sua-mulher-por-acha-la-em-adulterio.html

[14] Ribeiro. Djamila. Feminismo negro para um novo marco civilizatório. In Mulheres: mobilizações, conquistas e entraves. SP, n.24, 2016, p.103

[15] Butler. Judith. Quadros de guerra-quando a vida é passível de luto? RJ. Civilização Brasileira. 2015..p. 33

crime como "feminicídio não íntimo", devendo o "feminicídio íntimo" ser relacionado às circunstâncias consolidadas na lei 11.340/2006.

Um segundo elemento a ser avaliado é o sistema operacional, o qual deveria ser organizado permitindo um preenchimento de forma objetiva e obrigatória, em que pudesse ser coletado o máximo de informações sobre o fato, e tendo como título unicamente "morte violenta de mulher", devendo a capitulação ser inserida somente quando da conclusão da investigação.

E, por fim, verifico que o policial que realiza o registro, que pode ser uma mulher ou um homem, encontra-se profundamente marcado pela relação de poder que perpassa todo o sistema de justiça criminal. Não raro esse agente procura no comportamento da vítima o motivo que justificaria a sua morte e, mesmo aqueles mais qualificados, não conseguem identificar o feminicídio como materialização final da violência de gênero. Observa-se ainda que o policial ao realizar o registro não age como um investigador (aquele que busca elementos, fragmentos dos fatos que produziram o resultado morte) e, em vez disso, se comporta meramente como um "tomador de nota", não se sente parte de um processo, vive um estado de alienação, ou seja, assim como o Chaplin, em "Tempos Modernos", vai "apertando os parafusos" em um monótono processo de repetições.

REFERÊNCIAS

BUTLER. Judith. Quadros de guerra-quando a vida é passível de luto? RJ. Civilização Brasileira. 2015

PASINATO, Wânia. Diretrizes Nacionais Feminicídio. Investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres, Brasília, 2016.

RIBEIRO. Djamila. Feminismo negro para um novo marco civilizatório. In Mulheres: mobilizações, conquistas e entraves. SP, n.24, 2016.

RUSSEL, Diana.The Politics of woman killing. Nova York, edited by jillRadford, 1992.

SABADEL, Ana Lúcia. Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito.6.ed.rev. atual e ampl. -São Paulo, Editora Revista dos Tribunais,2013.

SEGATO. Rita Laura. Las estructuras elementares de la violência, Buenos Aires, Prometo Libros, 2010.

TOLEDO, Michel Lobo. Nem Todo Morto é Vítima": Práticas e Negociações Jurídico-Policiais na Administração de Homicídios Dolosos- https://www.academia.edu/39307018

VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro. Circuito do Feminicídio: o silêncio murado do assassinato de mulheres. Rio de Janeiro, Lumen Juris,2020

https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres/

://nidh.com.br/gonzalez-e-outras-campo-algodoeiro-vs-mexico-2009-violencia-contra-a-mulher-e-definicao-de-feminicidio/

A MORTE DE ALAN TURING: UMA REFLEXÃO SOBRE A HETERONORMATIVIDADE REALIZADA ATRAVÉS DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE

Thiago Opolski
Mestrando em Direito e Sociologia em Universidade Federal Fluminense
E-mail: thiagoopolski@hotmail.com

Ana Maria Motta Ribeiro
Professora Associada da Universidade Federal Fluminense
E-mail: anamribeiro@outlook.com

Resumo: O presente trabalho investigou a vida e morte de Alan Turing, principalmente apontando a heteronormatividade referenciada na legislação que o condenou pelo crime de "indecência" em razão da sua homossexualidade. Com base nesta ideologia, vários países já criminalizaram e criminalizam a homossexualidade. Apesar desta lei não estar mais em vigor neste país, atualmente 68 países ainda criminalizam a homossexualidade. Para realização do artigo foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica. O texto está divido em duas partes, a primeira com a história de Alan Turing e a segunda apresentando o debate teórico sobre a criminalização e heteronormatividade verificada.

Palavras-chave: Alan Turing; Criminalização; Homossexualidade; Heteronormatividade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar e investigar a morte de Alan Turing, matemático e cientista da computação britânico responsável pela descoberta dos códigos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial. Após este grande feito que somente foi divulgado anos atrás, ele foi preso por "indecência" após declarar às autoridades sua homossexualidade, considerada ilegal na Inglaterra no período.

Turing foi impedido de seguir seu trabalho de consultor de criptografia para o governo e proibido de entrar nos EUA por ser homossexual.

Entretanto, talvez pela relevância do seu trabalho desenvolvido, ofereceram liberdade a Turing sob a condição de que se submetesse a um "tratamento" de "cura" com injeções de estrogênio sintético, ou seja, uma

castração química com hormônio feminino. Passado algum tempo, ele teria se envenenado com uma maçã e comido para pôr fim à própria vida.

Ocorre que toda situação supostamente vivida pelo cientista está inserida em uma política de morte com a criminalização da homossexualidade que ainda é presente em 68 países, sendo aplicada pena de morte em alguns.

A ideologia por trás dessas leis se amparam de fundo na concepção patriarcal que estabelece que as relações sexuais só podem se dar entre o homem e a mulher para fins de reprodução, ou seja a heteronormatividade é imposta a toda população.

A penalização das relações homossexuais íntimas consentidas constitui uma violação dos direitos individuais a intimidade e a discriminação, assim como uma violação das normas internacionais de direitos humanos.

A história de uma criminalização e perseguição revela os mecanismos pelos quais opera a necropolítica, conceito desenvolvido pelo filósofo Achille Mbembe, como política de cálculos sobre a vida, negando a humanidade do outro para permitir qualquer tipo de violência.

Neste sentido, o presente trabalho aborda na primeira parte sobre a vida e morte de Alan Turing e na segunda parte faz uma reflexão sociológica dos possíveis aspectos que influenciaram/influenciam as leis criminalizadoras da homossexualidade.

1 A vida e morte de Alan Turing

Alan Mathison Turing, nasceu em 1912, foi um matemático e cientista da computação britânico responsável pela descoberta dos códigos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial. Este grande feito encurtou em anos a guerra e salvou aproximadamente 14 milhões de vidas.

Outra grande contribuição realizada por Alan foi em 1936 quando o inglês escreveu um trabalho acadêmico propondo uma estrutura matemática batizada de "máquina universal" que seria capaz de fazer qualquer tipo de cálculo. O artigo "Computable numbers" é considerado um dos fundadores da ciência da computação.

Inclusive este feito foi registrado em uma entrevista realizada com Charles Galton Darwin, neto do pai da teoria da evolução e matemático de Cambridge, o qual era diretor do laboratório em que Turing trabalhava desde 1945.

> Em uma entrevista à BBC, Darwin tratou Turing como uma espécie de menino prodígio (embora ele já tivesse mais de 30 anos), explicando que "há uns 12 anos, um jovem matemático de Cambridge escreveu um artigo publicado em uma das revistas sobre matemática em que ele mostrou, com estritos princípios lógicos, como uma máquina que imitaria os processos do raciocínio poderia ser imaginada. Dessa antiga publicação, Darwin deixou claro, tinha surgido a possibilidade de um milagre tecnológico, do qual os ingleses comuns iriam se beneficiar. (LEAVITT, 2011, p. 225)

A revista *Time* o considerou como um dos 20 maiores cientistas do século XX, e ainda, destacou que provavelmente todos os atuais computadores e chips que fazem funcionar os telefones celulares possuem algo em comum, são máquinas de Johnny von Neumann a partir do trabalho de Alan Turing desenvolvido em 1940 (LEAVITT, 2011).

Ocorre que a descoberta dos códigos nazistas por Turing ficou escondido por muito tempo e somente foi divulgado anos atrás, fazendo com que ele ganhasse maior notoriedade recentemente e revelando fatos chocantes sobre sua vida.

Além dessas grandes realizações, um fato que chama atenção sobre o cientista é que ele foi preso em 1952 com base em uma lei de 1885 que condenava homossexuais por "indecência", considerada ilegal na Inglaterra no período.

Segundo depoimentos de conhecidos e colegas de trabalho, Turing compreendia bem sua orientação sexual, falava abertamente sobre isso com algumas pessoas e a considerava natural. Inclusive de acordo com um relato de um colega de trabalho dele sobre sua sexualidade, afirma que Turing:

> Parecia imaginar que ela fosse perfeitamente natural e quase tivesse orgulho dela". Que ele se recusasse a se demonizar, contudo, não significava que as pessoas não iriam demonizá-lo: isso é o que parecia que ele não conseguia, ou talvez até se recusasse, entender. (LEAVITT, 2011, p. 209)

Assim, por este motivo, Turing perdeu sua permissão de acessar as informações confidenciais do governo e consequentemente foi impedido de seguir seu trabalho de consultor de criptografia, bem como foi proibido de entrar nos Estados Unidos da América por ser homossexual.

Entretanto, talvez pela relevância do seu trabalho desenvolvido, ofereceram liberdade a Turing sob a condição de que se submetesse a um "tratamento" com injeções de estrogênio sintético, ou seja, uma castração química com hormônio feminino.

Passados aproximadamente dois anos, no dia 7 de junho de 1954, Turing morreu de forma misteriosa por ingestão de cianeto. Segundo as informações divulgadas pelo governo britânico ele teria se envenenado com uma maçã e comido para pôr fim à própria vida. Entretanto, para família e amigos, teria sido um acidente e não um suicídio como a polícia inglesa constatou.

Ser homossexual na Inglaterra e no País de Gales era crime passível de prisão até o ano de 1967, tendo inclusive, além de Turing, outros autores bem conhecidos também foram punidos pela sua orientação sexual com base na mesma lei de 1885, como Oscar Wilde que foi condenado no auge de seu sucesso, em 1895 quando publicou o retrato de Dorian Gray.

Após uma campanha realizada na internet por pessoas que se sentiam incomodadas com a história trágica de Turing, em 2017 na Inglaterra foi elaborada uma nova lei que anulou tais condenações, "perdoando" esses "crimes" passados, recebendo a nomeação de Lei Turing em sua homenagem.

Ocorre que toda situação sofrida pelo matemático está inserida em uma política de morte com a criminalização da homossexualidade que ainda é presente em 68 países (representa 35% dos países), sendo aplicada pena de morte em alguns, o que será apresentado no próximo tópico.

2 A criminalização da homossexualidade

Relações homossexuais são consideradas crimes em 68 países, sendo que em alguns deles é aplicada a pena de morte.

Mesmo fazendo 30 anos que a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da Classificação Estatística de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID) ainda se há a penalização por esta conduta, o que nos traz algumas reflexões sobre qual o fundamento em que essas legislações estão amparadas. O que justificaria a penalização de uma pessoa por ser homossexual? Para isso, iremos fazer algumas reflexões sobre a origem e aspectos

sociológicos que possam influenciar na manutenção e perpetuação dessa lei em certos países.

Aproximadamente trinta dos 68 países que criminalizam a homossexualidade faz parte da África e na maioria dos casos, as leis decorrem do período de regime colonial vivenciado por esses países durante o século XIX, como no caso de alguns países da África e Caribe, nos quais a legislação foi estabelecida pela Inglaterra.

Grande parte destas legislações fazem referência a homossexualidade como fatos descritos como "contra a natureza", a "moralidade" e a "libertinagem", em outros casos se referem explicitamente a "sodomia", como no Sudão.

Percebe-se que essas legislações se amparam em uma concepção patriarcal que estabelece que as relações sexuais só podem se dar entre o homem e a mulher para fins de reprodução, impondo a heteronormatividade para toda sociedade.

A heteronormatividade trata-se de norma imposta socialmente com o objetivo de controlar e normatizar os modos de experiência na vivência da sexualidade e desempenho dos corpos.

Essa normatização se baseia em critérios socialmente aceitos em determinada sociedade que se utiliza de fundamentos biológicos e deterministas, onde há apenas duas possibilidades direcionadas as pessoas, que podem ser feminino/fêmea ou masculino/macho.

Nesse sentido, Judith Butler menciona que:

> A heterossexualização do desejo requer e institui a produção de oposições discriminadas e assimétricas entre "feminino" e "masculino, em que estes são compreendidos como atributos expressivos de "macho" e de "fêmea". A matriz cultural por meio da qual a identidade de gênero se torna inteligível exige que certos tipos de "identidade" não possam "existir" – isto é, aqueles em que o gênero não decorre do sexo e aqueles em que as práticas do desejo não "decorrem" nem do "sexo" nem do "gênero". (BUTLER, 2019, p. 44)

Ocorre que o padrão de normalidade não deveria partir da imposição do "sexo biológico", haja vista que a construção das performances de gênero é realizada pelo sujeito através de suas experiências vivenciadas em sociedade. Entretanto, o que acontece é que as performances são limitadas e julgadas como

certas ou erradas com base no sexo-genitália, que funciona como um dispositivo de poder.

O capitalismo reforça toda a concepção heteronormativa estipulando que:

> o sexo só pode existir como força produtiva a serviço da procriação e da regeneração do trabalhador assalariado/masculino e como meio de pacificação e compensação social pela miséria da existência cotidiana [...] "a limitação da sexualidade feminina ao casamento e à procriação, bem como a obediência incondicional da esposa, foram instituídas em todos os países – independentemente do credo religioso – como pilar da moralidade e da estabilidade política. (FEDERICI, 2019, p. 68 e 69.

Ainda nesse mesmo sentindo, Gayle Rubin afirma que:

> Toda sociedade também tem um sistema de sexo/gênero – um conjunto de disposições pelas quais a matéria-prima biológica do sexo e da procriação humana é moldada pela intervenção humana, social, e satisfeita de uma maneira convencional, por mais bizarras que sejam algumas dessas convenções. (RUBIN, 2017, p. 17)

Verifica-se a heteronormatividade é imposta através da dominação e imposição do capitalismo, uma vez que relações não heterossexuais possam reduzir a procriação humana e consequentemente diminuição do número de trabalhadores ou atrapalhar a implementação da divisão sexual do trabalho, já que as formações familiares podem ser diferentes daquela estabelecida pela heterossexualidade compulsória.

A história da criminalização e perseguição revela os mecanismos pelos quais opera a necropolítica, conceito desenvolvido pelo filósofo Achille Mbembe, como política de cálculos sobre a vida, negando a humanidade do outro para permitir qualquer tipo de violência.

A necropolitica foi desenvolvida através do que o autor entende como soberania, que se refere ao poder e capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer.

Para Mbembe, "a soberania é a capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é "descartável" e quem não é". (Mbembe, 2018, p. 41)

Como inicialmente abordado, verificamos que a lei inglesa que puniu Alan Turing por sua homossexualidade tem o mesmo teor daquelas que se fazem presentes em grande parte dos países africanos que criminalizam a conduta.

Verifica-se que nesses países ainda se tem leis vigorando provenientes da colonização inglesa realizada, mesmo que na Inglaterra a homossexualidade não é mais crime.

Assim sendo, a cultura heteronormatizante foi estabelecida na colonização desses países e eles, mesmo após adquirir a independência, ainda vem punindo homossexuais por esta tipificação.

Ocorre que apesar de ser uma discussão densa, não podemos deixar de refletir sobre as estratégias neocoloniais de países desenvolvidos em aplicar táticas de dominação para que continuem se aproveitando de mão de obra barata visando lucro alto e aquisição de matérias primas por valores baixos.

Assim, essa necropolitica contra homossexuais pode estabelecer a heteronormatividade como padrão de sexualidade imposta a população levando os homossexuais a viverem de forma reprimida ou terem sua liberdade ou vida violados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância em se lembrar e questionar sobre a história de um cientista da computação como Alan Turing se tem alta relevância para a humanidade, já que sua história e trabalhos além de importantes para o desenvolvimento de nossa sociedade, também revelam injustiças que devem ser enfrentadas. As violências homofóbicas sofridas por ele por parte do Estado e da lei é importante de serem abordadas para verificar como a heteronormatividade está nas legislações e encontra-se permeada em diversas sociedades atualmente.

Assim sendo, admitir e reconhecer publicamente esses fatos como injustiças nos ensina como fomos ou podemos estar desrespeitando as liberdades individuais de cada pessoa.

A história de vida de Alan Turing pode representar como uma nova forma de se superar o passado para que a criminalização da homossexualidade

não continue sendo realizada atualmente pelos 68 países e ainda refletir sobre a heteronormatividade nas relações sociais.

Assim, "lembrar para não repetir" se trata de um aspecto necessário para impactar e trazer a conscientização sobre os problemas ocorridos no passado e que continuam acontecendo no presente, e talvez possam ser refletidos e eliminados no futuro.

Dessa forma, dar voz mesmo que indiretamente a todo sofrimento e violações de direitos humanos sofridas por Turing se mostra importante no combate a heteronormatividade.

A lembrança gerada através de artigos, debates, livros e filmes sobre a vida de alguém tão importante para humanidade quanto este cientista e que mesmo assim não foi capaz de evitar que sofresse perseguições por conta de sua orientação sexual se mostra relevante no cenário atual.

Veja que a sua condição de humano foi retirada por não ser heterossexual, mesmo sendo alguém que contribuiu para salvar diversas vidas e desenvolver a tecnologia que veio a possibilitar o desenvolvimento acelerado da globalização.

A memória cultural é importante para que o amadurecimento de assuntos como a heterormatividade seja discutida e trazida a conscientização para sociedade para se evitar novas vítimas dessa violência.

A história de Alan Turing revela que os valores capitalistas heteronormativos podem ter sido naquele período mais importantes que as contribuições que ele realizou como um gênio que deixou um legado com trabalhos revolucionários e heroicos para humanidade.

As investigações sobre sua morte ainda continuam latentes, não se sabe se foi suicídio, assassinato ou algum acidente causado por ele próprio, mas conhecendo um pouco sobre a realidade de homossexuais que convivem frequentemente com opressões e violências, sabemos que o índice de suicídio entre essas pessoas é alto, ainda mais levando em conta o período histórico em que Alan estava inserido, quando a discussão e compreensão sobre o tema ainda era pouca e ainda o tratamento hormonal no qual foi obrigado a realizar ser extremamente invasivo para o psicológico e físico de um indivíduo. Além de

todas as humilhações e violências praticadas pelo governo inglês e sofridas por Turing que podem ter sido essenciais para que ele cometesse o suicídio.

Assim, apesar de termos investigados em livros e sites da internet, não podemos comprovar a real causa de sua morte, mas a reflexão e questionamentos sobre um interessante caso de uma pessoa memorável com uma história de injustiça nos serve de lição para apreendermos e evitarmos cometer tragédias como está em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero. Feminismo e subversão da identidade.* Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2019.

FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da Idade Média aos dias atuais.* São Paulo: Boitempo, 2019.

LEAVITT, David. *O homem que sabia demais: Alan Turing e a invenção do computador.* Ribeirão Preto-SP: Novo Conceito Editora, 2011.

Mbembe, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte.* São Paulo: n-1 edições, 2018.

RUBIN, Gayle. *Políticas do sexo.* São Paulo: Ubu Editora, 2017.

9

PAINEL 9
Gestão da informação, educação e comunicação em bases democráticas

OS DESAFIOS DA EDUCAÇÃO NO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO

Fernanda Franklin Seixas Arakaki
Universidade Federal Fluminense - UFF, mestre e doutoranda em direito
Niteroi/RJ, Brasil
fernandafranklinseixas@gmail.com

Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes
Universidade Federal Fluminense - UFF, mestre e doutoranda em direito
Niteroi/RJ, Brasil
rosanadvogada@gmail.com

Bernardo Henrique Pereira Marcial
Centro Universitário UNIFACIG, graduando em Direito
Manhuaçu/MG, Brasil
bernardohpereiramarcial@gmail.com

Resumo: A presente pesquisa objetiva analisar a atual política nacional de cortes na educação brasileira e seus impactos no panorama geral da educação no Brasil, especialmente em relação ao ensino superior, haja vista a relação intrínseca do direito à educação com o regime democrático de direito. Nesta perspectiva, analisa-se os contornos da educação e da pesquisa do ensino superior na Constituição Federal brasileira de 1988 e sua especial relevância para a concretização dos ideais ideológicos e políticos de um Estado. Para tanto, será feita uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa cujo método será o hermenêutico analítico, utilizando-se das ideais habermasianas na concepção de uma educação ética e de qualidade e de formação de sujeitos capazes de falar e de agir sobre entendimento acerca do mundo, fundamentados nas pretensões de validade que encontram-se assentadas nas prospecções intersubjetivas onde os indivíduos desenvolvem a racionalidade do saber de forma participativa e aprofundam a solidariedade humana e a autonomia individual na convivência democrática entre todos. Ao final, chega-se ao entendimento de que a atual política de cortes e bloqueio das verbas públicas da educação e pesquisa para o ensino superior, em especial com o decreto n.°9.943/19 promove um incomensurável retrocesso à educação superior pública no país, traduzindo uma política antidemocrática de ideários totalitários.

Palavras chave: Habermas; Educação superior pública; Estado Democrático.

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direito Humanos (DUDH) enuncia seu texto como um ideal a ser cumprido por todos os povos e nações, devendo ser promovido o respeito a essas liberdades utilizando como um dos principais instrumentos a educação.

O Brasil, na posição de um dos países pactuantes deste documento internacional, e inspirado nos ideários de um Estado social e democrático, proclama em seu texto constitucional de 1988 um regime de garantias a direitos fundamentais, fornecendo aos cidadãos um verdadeiro arcabouço de proteção e de meios para a preservação desses direitos, destacando-se seu status como cláusula pétrea (BRASIL, 1988).

Assim como a DUDH, o Brasil assinala em sua Carta Magna a importância do direito à educação como um direito social, devendo ser entendida como condição de realização da própria democracia, bem como forma de proporcionar o exercício da cidadania e, a depender do grau de instrução, a qualificação cada vez mais especializada para o trabalho, se tornando, desta forma, primordial também para a efetivação dos demais direitos sociais (BRASIL, 1988).

Entretanto, apesar da grande relevância da educação para o Estado Democrático de Direito brasileiro, com avanço da ideologia neoliberal, o sistema educacional público vem enfrentando intensas modificações, tanto na sua estrutura como em relação às verbas que deveriam ser destinadas a sua manutenção, em especial o ensino superior.

Neste ínterim, o trabalho traz como problema de pesquisa quais os desafios que a educação superior pública no Brasil vem enfrentando diante os movimentos políticos extremistas e neoliberais da atualidade.

O atual governo em uma política de redução de verbas públicas, especialmente às destinadas à educação, desvia-se de seu dever perante a coletividade, o que, devido a frequência desses atos, ligados ao radicalismo político apresentado em diversos setores governamentais, apontam indícios de ações antidemocráticas, cujo autoritarismo velado e o retrocesso social se mostram latentes.

Justifica-se a pesquisa pela gravidade de tais atos diante o ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser utilizadas para desviar o Estado de um caminho

democrático para o desamparo de um governo autoritário com tendências fascistas. Dessa maneira compreender esse fenômeno de desmonte auxilia a própria manutenção do estado social democrático.

Desta feita, o presente artigo tem como objetivo analisar os desafios da educação pública no Estado democrático de direito em tempos de movimentos políticos extremistas neoliberais, em especial no que se refere à educação superior. Para tanto, será feita uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa cujo método será o hermenêutico analítico, utilizando-se das ideais habermasianas na concepção de uma educação ética e de qualidade e de formação de sujeitos capazes de falar e de agir sobre entendimento acerca do mundo.

1. EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

O direito à educação emerge ganhando cada vez mais importância na sociedade, haja vista que ele serve como um auxiliador para a concretização dos valores constitucionais, colaborando com a construção de um mínimo de dignidade à população (MENDES; BRANCO, 2019).

A primeira menção do direito à educação na Constituição Federal a elenca como um direito social. Tais direitos são trazidos pela segunda dimensão dos direitos humanos, explicada por Branco (2019) como direitos que "não mais correspondem a uma pretensão do Estado, mas que o obrigam a prestações positiva [...] por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual a todos" (MENDES; BRANCO, 2019, p 137).

O próprio art. 214 do Texto Maior orientou "o estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto" (BRASIL, 1988), além de outros objetivos como a melhoria da qualidade de ensino e a universalização do atendimento escolar.

Segundo Tavares (2018) o ensino nacional traduz a própria soberania econômica do país, e liga também tal direito ao "direito de escolha, livre, sem interferência do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos, materiais e opções ideológicas." (TAVARES, 2018, p. 772), podendo ser utilizado de exemplo o fenômeno dos tigres asiáticos, haja vista que "o fenômeno da decolagem dos chamados tigres asiáticos esteve amplamente relacionado a

investimentos expressivos em educação." cujo resultado foi um crescimento econômico (RESENDE, WYLLIE, 2006, on-line).

A educação finlandesa também merece destaque pela sua qualidade. Desde o primeiro resultado do Programa Internacional de Avaliação de Alunos (PISA) o país obteve uma grande notoriedade, sendo que em seu sistema educacional 97% dos alunos estão matriculados em escolas públicas. Já os 3% restante é composto, pela sua maioria, de estudantes com necessidade especiais ou estão em escolas confessionais, que também são financiadas pelo Estado (BRITTO, 2013).

O seu investimento a educação teve como principal objetivo preservar a sua identidade (SESI, 2011), e como resultado,

> Ao longo do século XX, a Finlândia se consolidou como uma democracia parlamentar e reformou sua constituição no ano de 2000. Foi o primeiro país europeu a declarar a igualdade das mulheres e seu direito ao voto, em 1906. Desenvolveu um Estado de Bem-Estar muito forte que garante alto grau de igualdade (SESI, 2011, p. 66)

Nesse ínterim, percebe-se que o sucesso educacional finlades foi proveniente de um vultoso investimento por parte do Estado. Outro ponto crucial a destacar é que assim como a Finlândia, o Brasil atualmente prioriza estratégias de mobilidade acadêmica e internacionalização de pesquisa (BRITTO, 2013)

No plano nacional, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem incitado os demais tribunais a fundamentarem e construírem hipóteses em que é permitida e necessária a intervenção do Judiciário para garantir direitos fundamentais como a educação (ABMP, 2013), mesmo porque "a mera enunciação de direitos não pode nos satisfazer" (ABMP, 2013, on-line).

Neste ponto, Lima (2017) fazendo a relação entre educação e desenvolvimento econômico no Brasil destaca que:

> Enquanto os países mais adiantados já sentiam que guarnecer de conhecimento o seu povo, fortalecendo o exercício do direito de liberdade, trazia uma resposta bastante positiva ao Estado, pois o desenvolvimento econômico se dava de forma mais veloz, o Brasil precisou passar por uma série de problemas conjunturais para, enfim, ter a educação como mola propulsora do desenvolvimento. (LIMA, 2001, p. 2017)

Logo, torna-se imperioso deduzir que o investimento na educação é, além de um dever imperativo por força de leis e tratados internacionais, uma aplicação provida essencialmente de interesse público. Surge então diante de tal interesse a relação entre o Estado e a coletividade. Nessa vertente é importante salientar que no Estado social brasileiro, a administração pública e o próprio direito administrativo devem se consolidar segundo os princípios democráticos (ARAKAKI; ANTUNES, 2020).

Assim, numa perspectiva contemporânea social e democrática é importante ressaltar o reconhecimento da Administração enquanto responsável pelo investimento na educação e em pesquisas, cuja finalidade é garanti-la de maneira eficaz e fazer jus a todo o arcabouço de direitos garantidos à coletividade.

2. O ENSINO SUPERIOR NO BRASIL

Internacionalmente, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo decreto 591/92, obriga os Estados em seu art. 13, 2. c, tornar acessível a todos a educação em nível superior com base na capacidade de cada um, devendo utilizar todos os meios apropriados, se destacando a implementação progressiva do ensino gratuito.

No Brasil o ensino superior abrange diversos cursos em diferentes áreas sequenciais, e tem níveis de abrangência por campo de saber, seja de graduação, pós-graduação ou extensão. (BRASIL, 1996).

Em uma perspectiva histórica, uma das características marcantes no desenvolvimento do ensino superior do Brasil é o seu caráter tardio, visto que as primeiras instituições destinadas nasceram em 1808. As primeiras universidades só vieram a existir na década de 30 do século XX, o que demonstra que não havia instituição de ensino superior durante todo o período colonial (DURHAM, 2003). Esse atraso se deu por vários motivos, um deles foi a pálida vontade política. Aqueles que detinham o poder não viam vantagens nas criações e ampliação das universidades, e para bloquear o ensino superior empregavam escassas verbas para o seguimento. (TEIXEIRA, 1969).

Dados do INEP (2019) revelam que em 2017 o Estado brasileiro contava com 2.448 Instituições de Ensino Superior (IES), dentre elas 199 Universidades. O que demonstra um aumento de tais IES no Estado. Para fins

comparativos, em 2015 os números de IES e Universidades eram respectivamente 2.364 e 195 (BRASIL, 2019).

Tabela 1. Proporção entre os processos sentenciados em 1ª instância e pendentes de julgamento

TABELA 1

EVOLUÇÃO DO NÚMERO DE INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO SUPERIOR, POR ORGANIZAÇÃO ACADÊMICA, SEGUNDO CATEGORIA ADMINISTRATIVA – BRASIL – 2015-2017

ANO	CATEGORIA ADMINISTRATIVA	TOTAL	ORGANIZAÇÃO ACADÊMICA			
			UNIVERSIDADE	CENTRO UNIVERSITÁRIO	FACULDADE	IF E CEFET
2015	**Total**	**2.364**	**195**	**149**	**1.980**	**40**
	Pública	295	107	9	139	40
	Federal	107	63	-	4	40
	Estadual	120	38	1	81	-
	Municipal	68	6	8	54	-
	Privada	2.069	88	140	1.841	-
2016	**Total**	**2.407**	**197**	**166**	**2.004**	**40**
	Pública	296	108	10	138	40
	Federal	107	63	-	4	40
	Estadual	123	39	1	83	-
	Municipal	66	6	9	51	-
	Privada	2.111	89	156	1.866	-
2017	**Total**	**2.448**	**199**	**189**	**2.020**	**40**
	Pública	296	106	8	142	40
	Federal	109	63	-	6	40
	Estadual	124	39	1	84	-
	Municipal	63	4	7	52	-
	Privada	2.152	93	181	1.878	-

Fonte: Elaborada por Deed/Inep com base nos dados do Censo da Educação Superior.

Fonte: Brasil, 2019

Essas 199 Universidades públicas, como instituições criadas pelo Estado, têm como objetivo a concretização do art. 13.2 c do decreto 591/92, implementando progressivamente o ensino superior gratuito. Nesse ínterim é necessário propedeuticamente classificar a natureza dessas instituições de ensino. Em seus julgados o STF é extremamente claro quanto à posição das Universidades face ao Estado Brasil, resumindo o ministro Eros Grau como:

> As universidades públicas federais, entidades da administração indireta, são constituídas sob a forma de autarquias ou fundações públicas. Seus

> atos, além de sofrerem a fiscalização do TCU, submetem-se ao controle interno exercido pelo Ministério da Educação (MEC). (*RMS 22.047 AgR*, rel. min. Eros Grau, j. 21-2-2006, 1ª T, *DJ* de 31-3-2006.)

Das prerrogativas garantidas por esta classificação, encontra-se como principal a atribuição delas como pessoas jurídicas, tendo consequentemente personalidade jurídica própria. Nessa perspectiva as entidades são responsabilizadas por seus atos podendo ser sujeitos de direitos e obrigações (MARINELA, 2018).

Outra consequência é um elemento intrínseco dessas IES fundamental sua autonomia. Tal autonomia é constitucionalmente prevista no art. 207, e engloba independência didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, não existindo qualquer relação entre eles e o ente que a criou (MARINELA, 2018).

Contudo, é importante salientar que tal autonomia não significa soberania (BRASIL, 2009), em diversos momentos o Supremo Tribunal Federal se posicionou favorável quanto a obrigatoriedade das universidades seguirem as disposições legais, reafirmando o dever de serem regidas pelos princípios do art. 37 do Texto Maior, dentre eles a legalidade que obriga-a a praticar apenas as condutas autorizadas em lei (MAZZA, 2019).

Quanto a seus objetivos, a Constituição Federal atribuiu às universidades a promoção de ensino através de pesquisa e extensão (TAVARES, 2018). Ao definir essas prioridades é pertinente relacionar tal posicionamento ao decreto 7.416/10, responsável por conceder bolsas para desenvolvimento de atividades de ensino e extensão universitária e ao próprio Texto Maior que prevê o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

No que tange ao decreto, em seu art. 1º, II, é decretado a necessidade das instituições federais de fornecerem "bolsas de extensão para o desenvolvimento de atividades de extensão universitária destinadas a ampliar e fortalecer a interação das instituições com a sociedade." (BRASIL, 2010).

Entretanto, mesmo com uma ampla estrutura não significa dizer que o planejamento do ensino superior está livre de falhas, constata-se que

> Falta ainda no Brasil não só a formulação de uma Política Pública do Ensino Superior - o que passaria pela discussão se o ensino superior deve-se vincular ao MEC ou ao MCTI -, mas também pelo planejamento de

> longo prazo sobre o que o Brasil pretende extrair de seu sistema de ensino superior" (CINTRA; PINTO, 2013, on-line)

Em um estudo sobre a reforma universitária de 1968, Macedo, *et al* (2005), finalizam no sentido de que:

> Revela-se como melhor solução estender o debate, sopesar as propostas, esclarecer os pontos divergentes, avançar com relação aos convergentes e, sobretudo, exercer trabalho reflexivo exaustivo, livre das amarras ideológicas e político-partidárias, para finalmente apresentar um projeto de lei sem qualquer açodamento, respeitando-se os fundamentos da República (MACEDO, *et al*, 2005, on-line)

Ou seja, infere-se a necessidade de se analisar melhor a situação educacional, e para tanto o próximo capítulo irá analisar as tendências governamentais alicerçadas das políticas voltadas a educação

3. EDUCAÇÃO E IDEOLOGIA POLÍTICA

Uma sociedade recebe uma grande influência da ideologia, principalmente a dominante, pois ela recebe "uma capacidade muito maior de estipular aquilo que pode ser considerado como critério legítimo de avaliação do conflito, na medida em que controla efetivamente as instituições culturais e políticas da sociedade." (MÉSZÁROS, 2004).

Nessa esteira, a dominação de ideais contrários ao regime democrático revela-se como um poder preocupante em uma sociedade. Segundo Kant (1985), a menoridade pode ser definida como um estado em que o homem tem seu entendimento direcionado por um terceiro. Dessa forma, quando uma ideologia afeta um ou uma coletividade, impedindo que os indivíduos pensem por si mesmo, tem-se o que é chamado de dominação. Assim, para evitar uma lenta degradação da democracia em que os indivíduos necessariamente precisam ser autônomos, necessário se faz alcançar o esclarecimento idealizado por Kant (1985), servindo a educação como um viabilizador deste esclarecimento.

Neste sentido, o setor que mais se percebe envolvido pela ideologia de um Estado, de uma nação ou mesmo de um governo é a educação, já que é ela quem pode traçar essencialmente os fundamentos e os objetivos que se pretende alcançar pelo Estado a longo prazo. Nasce daí a importância de sua efetividade, pois é ela que conscientiza e viabiliza, em um Estado democrático de direito, a participação da sociedade em um processo político.

Desta feita, ao contrário, uma educação defeituosa interfere no aprofundamento da democracia (MENDES; BRANCO, 2019), vez que, uma gestão anti intelectual e mitigadora da educação contradiz os ditames de um estado democrático de direito. É justamente por isso que regimes autoritários percebem a mitigação a educação como um poderoso instrumento para sua afirmação em uma sociedade, isto porque

> Pensar é perigoso. Todo regime autoritário tem a tendência de enquadrar não apenas o indivíduo em sua dimensão de liberdade, mas também as ideias, que, contestadoras são logo censuradas (CINTRA; PINTO, 2013, on-line).

Neste ponto, importante se faz trazer a análise a concepção de ideologia fascita:

> Estado é criador exclusivo do direito e da moral; os homens não têm mais do que o direito que o Estado lhes concede; o Estado é personificado no partido fascista, e estão não encontra limites morais ou materiais à sua autorizado; todos os cidadãos e seus bens lhe pertencem; os opositores são considerados traidores e sujeitos à justiça que é controlada pelo órgão executivo (MALUF, 2018, p. 173)

Logo, um sistema fascista é um contrário a toda a crença constitucional do Estado democrático de direito, e dentre as maiores rupturas feitas ao Texto Maior causado por tal sistema é possível destacar a afronta a separação dos poderes constitucionalmente prevista no art. 2º e classificado como cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, isto é, não é possível sua abolição. Registra aqui a importância e relevância que tem uma cláusula pétrea por prevenir "um processo de erosão da Constituição" (MENDES; GONET, 2019, p. 121). Nessa perspectiva, a educação contrapõe diretamente a perpetuação de um Estado fascista, haja vista que através do conhecimento torna-se possível conquistar uma verdadeira democracia, tendo um papel concretizador dos interesses constitucionais (MENDES; GONET, 2019).

Contudo, em um cenário contemporâneo, Celso Cardoso Jr (2019), nota uma redução ministerial entre o governo Bolsonaro e os governos anteriores, afirmando como consequência danos na proteção social:

> A perda de importância estratégica das temáticas sociais na agenda governamental atual como, mais grave, uma mudança de orientação programática em cada uma delas que aponta para subtração de direitos e tentativa de reversão da proteção social que vinha sendo construída no Brasil desde a CF-88 (LEITE, *et al*, 2019, p. 161)

Dentre as possíveis medidas para regredir um país a um Estado fascista destaca-se uma política de mitigação à educação. A luz de Neto, Teófilo e Bastos (2019):

> Na promoção de ataques a universidades e a sistemas educacionais como um todo, de modo a retirar sua credibilidade e desarticular a resistência no meio acadêmico e, via de consequência, na sociedade. Nesse sentido, o objetivo do anti-intelectualismo é desvalorizar a educação crítica e independente para afastar qualquer contestação que ameace a implementação das pautas ultranacionalistas. (NETO, TEÓFILO, BASTOS, 2019, on-line)

Tais ideais se mostram reiterados e frequentes, dado que uma grande parte da história universitária vem, fatidicamente, sendo marcada por uma série de avanços e retrocessos, dos quais deve-se ressaltar brevemente dois momentos importantes para a educação no Brasil:

O primeiro é a reforma universitária de 1968, durante o regime militar. Fávero (2006) resume a reforma como:

> Entre as medidas propostas pela Reforma, com o intuito de aumentar a eficiência e a produtividade da universidade, sobressaem: o sistema departamental, o vestibular unificado, o ciclo básico, o sistema de créditos e a matrícula por disciplina, bem como a carreira do magistério e a pós-graduação. Apesar de ter sido bastante enfatizado que o "sistema departamental constitui a base da organização universitária", não seria exagero observar que, entendido o departamento como unidade de ensino e pesquisa, a implantação dessa estrutura, até certo ponto, teve apenas caráter nominal. [...] Passadas mais de três décadas, observa-se ser o departamento, freqüentemente, um espaço de alocação burocrático-administrativa de professores, tornando-se, em alguns casos, elemento limitador e até inibidor de um trabalho de produção de conhecimento coletivo. Com a Lei nº 9.394/96, o departamento não constitui mais exigência legal. (FÁVERO, 2006, on-line)

Apesar de certos avanços dessa reforma universitária no período militar, ela obstou em muitos outros aspectos da educação, principalmente no que se refere, possuindo um aspecto antidemocrático, autoritário e centralizador. (MACEDO, *et al*, 2005)

O segundo momento que deve ser frisado é o decreto 9.741 de 29 de março de 2019. Ele foi o responsável por um bloqueio de 30% do orçamento geral dos institutos e universidades federais, atingindo três universidades: a

Universidade Nacional de Brasília (UNB), a Universidade Federal Fluminense (UFF) e a Universidade Federal da Bahia (UFBA) (BRASIL, 2019). Tal prática torna-se um empecilho para uma educação de qualidade e prejudica a própria gestão de tais instituições, dificultando o acesso dos indivíduos à educação superior. Neste ponto, importante se faz ressaltar, que contra o referido decreto tramita a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6127, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) cujo julgamento restou prejudicado por intensas alterações substanciais posteriores e exaurimento se sua eficácia (BRASIL, 2020).

Desta feita percebe-se um cenário educacional brasileiro bastante instável e refém dos interesses da ideologia dominante vigente em seu contexto. Desse modo, é possível traçar um vínculo direto entre a educação e as aspirações políticas, padecendo a Educação de atos desproporcionais que revelarem motivações políticas ideológicas veladas.

4. OS IMPACTOS DO DECRETO 9.943/19 PARA A EDUCAÇÃO BRASILEIRA SOB UMA PERSPECTIVA SOCIAL DEMOCRÁTICA

Em julho o decreto 9.943/19 previu outro corte nas verbas educacionais, dessa vez de 348 milhões na educação. Ambos os decretos tiveram como base a alteração do decreto 9.711/19.

Analisando tal panorama nota-se que o início de 2019 entre 15 de fevereiro de 2019 e 30 de julho de 2019 resultou para a educação 2 perdas imensas em suas verbas. Sublinha-se então a relação desproporcional dada entre a vultuosidade dos cortes e o tempo dos decretos que não superam 6 meses.

Logo, em face aos cortes a educação é inevitável a propagação de efeitos negativos à sociedade, considerando tais efeitos é crucial mencionar princípio da segurança jurídica, cuja definição "volta-se à garantia de estabilidade, ordem, paz social e previsibilidade das atuações estatais [..] evitando mudança abruptas, sobressaltos e surpresas decorrentes das ações governamentais" (MAZZA, 2019, 147).

Salienta-se que a desatenção de um princípio é a forma mais grave de inconstitucionalidade e ilegalidade, pois trata-se de uma violação contra todo o sistema, os valores fundamentais e um gerador de corrosão de sua estrutura mestra (MARINELA, 2018).

Ademais deve-se considerar o financiamento de tais instituições como "um dos elementos essenciais para definir e implantar políticas públicas, e essa condição se explica pela sua relação direta com os limites e a qualidade dos serviços a serem oferecidos." (MACEDO, *et al*, 2005, on-line).

Consoante Lima (2001) "o maior problema enfrentado pela educação no Brasil sempre foi a destinação de verbas específicas. A escassez de recursos sempre aparecia como uma tônica constante em todos os governos" (LIMA, 2001, p. 217).

Maria Cristina de Brito Lima (2001) também ressalta que a Emenda Constitucional nº 14/96 como uma forma de "reforçar a integridade nacional, repelir não só o mau uso da autonomia dos Estados e do Distrito Federal, mas também a não-observância da meta de garantir o direito constitucional da educação." (LIMA, 2001, p. 221)

Entretanto, as medidas adotadas se revelam insuficientes, uma vez que "nos últimos anos, especialmente na área federal, esses recursos têm-se mostrado insuficientes para financiar as atividades das instituições públicas que passaram a enfrentar séria crise de sustentabilidade" (MACEDO, *et al*, 2005, on-line).

Depreende-se então que tais cortes precarizam ainda mais um sistema que já apresentava necessidades de receber verbas públicas, não obstante, assim como o decreto 9.741/19, este decreto também tem a sua constitucionalidade questionável.

Nesse diapasão, caso considerem tais normas inconstitucionais, o único resultado aceitável é a sua retirada do ordenamento jurídico. Nas lições de Gilmar Mendes (2019), tem-se a ideia de que: "uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória" (MENDES; BRANCO, 2019, p. 1.173). E para tanto, observa-se a legitimidade do Supremo Tribunal Federal (STF), fazer um controle repressivo das normas promulgadas que vão contra o Texto Maior. Tal possibilidade é abarcada pelo art. 102 da Constituição Federal.

Ademais, haja vista a série de pactos internacionais, quanto a eles o Ministro do STF Gilmar Mendes (2019) orienta que os tratados de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 recebem o status de normas supralegais, isto é, estão acima da normas infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição.

Em julgados do STF, mais especificamente no Habeas Corpus 87.585 o ministro Celso de Mello afirma que:

> Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em conseqüência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade

Portanto, verifica-se para os cortes a educação apresenta indícios de uma dupla ilegalidade, uma vez que violam a Constituição Federal e Tratados Internacionais que garantem de forma clara e ampla o direito à educação.

6. EDUCAÇÃO E DEMOCRACIA NUMA PERSPECTIVA HABERMASIANA

Em caráter propedêutico é necessário aprofundar o significado de democracia já conceituado, que se liga à própria noção de direito. Nascida na Grécia antiga, a definição trazida por Sahid Maluf (2018), faz referência ao conceito dado por Aristóteles, sendo o governo da maioria.

A Constituição Federal de 1988 se pauta claramente na democracia, conforme observa-se no art. 1º parágrafo único, responsável por outorgar todo o poder ao povo para que este exerça-o diretamente ou por meio de seus representantes legais eleitos por voto que secreto, universal e periódico (art. 60 § 4º II).

O conceito exato de democracia foi evoluindo com o tempo e dentre eles destaca-se aqui a democracia social que após o fracasso do Estado Liberal, cujos ideais incluíam não regular a ordem econômica (MALUF, 2018), foi criada a ideia do Estado "alicerçada nos princípios de justiça social" (MALUF, 2018, p. 340) em que:

> A ação intervencionista do Estado se exerce amplamente até onde houver interesse da sociedade, tendo por limites os direitos naturais e imprescritíveis da pessoa humana. Entre os direitos sociais e os direitos individuais o Estado é um aparelhamento de equilíbrio, um fato de harmonia, um órgão coordenador das atividades essenciais e o promotor da justiça social. (MALUF, 2018. p. 31)

Nessa seara de ideais sociais, Habermas (1997) conceitua poder social foi como "imposição de interesses superiores" (HABERMAS, 1997, p. 11), logo a

democracia pode ser definida como um governo da maioria ao qual o Estado intervém em consonância com essa maioria para defender interesses superiores da sociedade.

Contudo, a noção de democracia envolve mais que um mero conceito e sim análises mais profundas, nesse sentido a teoria Habermasiana entende que "na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses. E as regras da formação do compromisso devem assegurar equidade dos resultados, e que passam pelo direito igual e geral ao voto" (HABERMAS, 1997, p. 19)

Ademais, o Habermas (1997) defende que a "interpretação republicana vê a formação democrática da vontade realizando-se na forma de um auto-entendimento ético-político" (HABERMAS, 1997, p. 19). E completa que o processo democrático cria um nexo entre discursos de justiça, auto-entendimento e considerações pragmáticas (HABERMAS, 1997).

Percebe-se então que uma efetividade democrática necessita da razão e a partir daqui novamente a educação da população encontra-se intrinsecamente ligada com a democrática.

Por se tratar de um direito a ser garantido, além de sua obrigatoriedade,ela permite uma integração social à luz das ideias de Habermas (1997), visto que: "o direito moderno infiltra-se nas lacunas funcionais de ordens sociais que carregam o fardo da integração social." (HABERMAS, 1997, p. 65).

Logo, pode-se ver o direito como um modo de efetivar e evitar brechas na democracia social em que se pauta o ordenamento jurídico brasileiro, podendo incluir aqui o direito à educação, principalmente na visão do art. 6º da Constituição Federal que o considera como um direito social.

Feito tal liame, percebe-se a necessidade de defender o direito para a prosperidade da democracia. Nesta ótica, Habermas (1997) defende que "a criação legítima do direito depende de condições exigentes, derivadas dos processos e pressupostos da comunicação, onde a razão, que instaura e examina, assume uma figura procedimental" (HABERMAS, 1997 p.9).

Outro ponto que sobreleva a educação como instrumento fundamental e uma égide de todo o Estado é o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece essa importância:

> A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). ([*RE 888.815*, rel. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, j. 12-9-2018, P, DJE de 21-3-2019, Tema 822.])

Depreende-se uma ideia de função obrigatória do Estado, conforme a passagem de Lima: "O Estado tem como função precípua realizar os direitos fundamentais, já que a ele se impôs o dever de assegurar o cumprimento do contrato social, proporcionando aos cidadãos as facilidades legais para o exercício dos direitos fundamentais." (LIMA, 2001, p. 231)

Desta forma, além de um dever precípuo do Estado, a educação ganha um caráter consolidador da democracia, pois proporciona um ambiente comunicativo e racional para um verdadeiro processo democrático, dessa forma a garantia da educação é um importante meio para a conservação do sistema de governo brasileiro estabelecido em 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à educação é considerado crucial para o desenvolvimento social, ele recebe status de direito fundamental. É por meio dele que diversos outros direitos se concretizam reafirmando valores constitucionais. Nesse diapasão apresenta-se o ensino superior como um instrumento eficaz, principalmente, na produção de pesquisa e na preparação do indivíduo para o mercado de trabalho.

Desta feita, analisando o caráter fundamental da direito à educação, notório a necessidade investimento da Administração Pública, bem como a elaboração constante e atualizada de políticas públicas. A partir de um estudo comparado, percebe-se que os resultados do investimento na educação aliados a políticas públicas eficazes, tendem a ser compensados com crescimentos econômicos, no bem estar social, revelando a concretização de uma democracia aprofundada.

Nessa linha de pensamento, a criação de um sistema democrático depende da razão e da comunicação (HABERMAS, 1997), nesse sentido a educação é um elemento ímpar para a formação de cidadãos conscientes e aptos ao diálogo construído democraticamente.

A precarização do sistema educacional é um fator que pode propiciar um ambiente social de ideologias autoritárias com tendências antidemocráticas, pois quando a educação serve apenas a uma ideologia política, e, não as normas instituídas pelo ordenamento jurídico, ela pode mitigar o senso crítico da população o que propicia a manipulação, ou seja, dominação. Nessa perspectiva, os cortes na educação e a ausência do Estado na condução das políticas de ensino, se apresentam como verdadeiras vertentes antidemocráticas, uma vez que ao diminuir as verbas destinadas às universidades federais, tem-se como reflexo o seu enfraquecimento. O enfraquecimento da educação, que se revela programado, sob o falso argumento de escassez de recursos públicos, traz graves máculas à sociedade que nem sempre é reparável.

Desta feita, garantir o direito à educação pública de qualidade é proteger os próprios interesses do Estado. É concretizar os ditames constitucionais para construir uma sociedade livre, capaz de se expressar e perseguir seus ideais.

REFERÊNCIAS

ABMP, ; EDUCAÇÃO, T. P. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013

Assembleia Geral da ONU. (1948). *"Declaração Universal dos Direitos Humanos"* (217 [III] A). Paris

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em 26 fev 2020, 15:25:00

BRASIL. *Decreto nº 591*. decretado em de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em 27 de mar. 2020, 15:30:00

BRASIL. *Portaria nº 1.122*. decretado em de 19 de março de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.122-de-19-de-marco-de-2020-249437397> Acesso em 27 de mar. 2020, 15:30:00

BRASIL. *Portaria nº 7.416*. decretado em de 30 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7416.htm> Acesso em 27 de mar. 2020, 15:33:00

BRASIL. *Decreto nº 9.711* decretado em de 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9711.htm> Acesso em 27 de mar. 2020, 15:45:00

BRASIL. *Decreto nº 9.741* decretado em de 29 de março de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9741.htm> Acesso em 27 de mar. 2020, 15:42:00

BRASIL. *Decreto nº 9.943* decretado em de 30 de julho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9943.htm> Acesso em 27 de mar. 2020, 15:31:00

BRASIL, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas. *Resumo Técnico do Senso da Educação Superior 2017,* 2019. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/resumo_tecnico/resumo_tecnico_censo_da_educacao_superior_2017.pdf> Acesso em 20 abr de 2020, 16:00:00

BRASIL. *Lei nº 9.394*. promulgada em de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm> Acesso em 27 mar. 2020, 15:50:00

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Corte no orçamento de institutos e universidades federais é questionado no STF,* 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410282> Acesso em 22 abr 2020, 08:30:00

BRITTO, Tatiana Feitosa de. *'O Que É Que A Finlândia Tem?'* Notas Sobre Um Sistema Educacional De Alto Desempenho. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponívem em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-129-2018o-que-e-que-a-finlandia-tem-2019-notas-sobre-um-sistema-educacional-de-alto-desempenho> Acesso em: 14 dez 2020, 20:30:00

CINTRA, R. S.; PINTO, D. B. B. *Direito e educação*. São Paulo: Saraiva, 2013

COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

DURHAM. Eunice R. *O Ensino Superior no Brasil: Público e Privado*. Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior da Universidade de São Paulo, 2003. Disponível em: <http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt0303.pdf> Acesso em 27 mar. 2020, 16:20:00

FÁVERO, Maria de Lourdes de Albuquerque. *A universidade no Brasil: das origens à reforma Universitária de 1968*. Scielo, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-40602006000200003&script=sci_arttext> acesso em 30 de mar. 2020, 17:42:00

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

_____. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade,* volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

KANT, Immanuel. *Resposta à Pergunta: O que é Esclarecimento (Aufklarung).* Tradução de Raimundo Vier. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

LEITE, A. Z; *Et al. Brasil: incertezas e submissão?*. – São Paulo : Fundação Perseu Abramo, 2019.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A Educação como Direito Fundamental.* Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 4, n. 13, 2001. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista13/revista13_212.pdf> Acesso em 02 de abr. 2020, 14:20:00

MACEDO, Arthur Roquete de, *et al. Educação superior no século XXI e a reforma universitária brasileira.* Scielo, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-40362005000200002&script=sci_arttext&tlng=pt>, Acesso em 30 mar. 2020, 15:30:00

MACIEL, J. F. R.; AGUIAR, R. *Direito Vivo: História do Direito.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado.* 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

MARINELA, F. *Direito Administrativo.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo.* 9ª ed. São Paulo Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019

MÉSZÁROS, István. *O poder da ideologia.* São Paulo: Boitempo, 2004

NETO, Almir Megali; TEÓFILO, João; BASTOS, Sophia Pires. *Desmonte da educação: o anti-intelectualismo no governo Bolsonaro.* Centro de Estudos Sobre Justiça de Transição: UFMG, 2019. Disponível em: <https://cjt.ufmg.br/2019/05/09/desmonte-da-educacao-a-anti-intelectualismo-no-governo-bolsonaro/> Acesso em 03 abr 2020, 18:10:00

RESENDE, Marcelo; WYLLIE, Ricardo. *Retornos para educação no Brasil: evidências empíricas adicionais.* Scielo, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-80502006000300003&script=sci_arttext> Acesso em 27 mar. 2020, 16:08:00

SESI. *Destino: Educação. Diferentes países*. Diferentes respostas. Características gerais do PISA, principais resultados e critérios de escolha dos países. Rio de Janeiro: Fundação Roberto Marinho, 2011. Disponível em https://www.sbec.fe.unicamp.br/pf-sbec/publicacoes/educacao-em-outros-paises/destino_educacao_livro_metodologia.pdf. Acesso em 15 dez. 2020, 19:25:00

STF – 1ª Turma – *AgR no RSM nº 22047/DF* – Relator: Min. Eros Grau – Publicação: 31/03/2006.

STF – 2ª Turma – *AgR no RE nº 553065/MG* – Relator: Min. Joaquim Barbosa – Publicação: 01/07/2009.

STF – Pleno Tribunal – *RE nº 888.815/RS* – Relator: Min. Roberto Barroso – Publicação: 21/03/2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998

TEIXEIRA, A. — *O ensino Superior no Brasil* — Análise e Interpretação de sua Evolução até 1969. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro.1969.

O DILEMA DA ERA DA INTERNET NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: a solução brasileira

Paulo Roberto Binicheski
Mestre em Direito e doutorando no PPGDIN da UFF
binparo@gmail.com

Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva
Doutor e Professor do PPGDIN da UFF.
candidoduarte@id.uff.br.

Resumo: Este ensaio investiga a Internet e a sua correlação direta com a Era da Sociedade da Informação e a regulação estatal promovida pelo Parlamento brasileiro, a fim de resolver os problemas jurígenos advindos deste notável meio de comunicação e da disseminação do conhecimento. O ensaio quer demonstrar que a par de ser a Internet uma das causas das transformações que vem ocorrendo no tecido social, notadamente pela fluidez das relações sociais e a sua conexão com um regime de responsabilização civil adequada. Na formulação do presente ensaio foi utilizada a literatura pertinente ao tema, passando por autores diversos, com uma abordagem vertical de diferentes linhas do pensamento, desde a Sociologia para autores da dogmática e de literatura técnica. O artigo está dividido em cinco itens, acrescido da introdução e da conclusão. Após uma breve introdução, o ensaio faz uma revisão de questões da era da Sociedade da Informação e a Internet, para em seguida apresentar os livros verdes da Sociedade da Informação e passa na sequencia com abordagem de aspectos das transformações das relações sociais. Após, o ensaio apresenta os aspectos da regulação brasileira e cuida de demonstrar quais são os deveres atribuídos aos provedores de conexão e de provedores de aplicações, segundo a legislação brasileira. Na conclusão, o ensaio traz as reflexões para aferir que na Era da Sociedade da Informação, ao passo que ocorrerem profundas transformações sociais, o Direito brasileiro encontrou uma fórmula para resguardar os direitos dos cidadãos, com a edição de uma lei para resolução dos casos jurígenos advindos desta Sociedade do Conhecimento.

Palavras-chave: Sociedade da Informação. Internet. Legislação. Provedores. Deveres.

INTRODUÇÃO

Imaginar a vida na atualidade sem a Internet e suas facilidades é algo que não parece existir para as gerações mais jovens, nascidos e amadurecidos com as ferramentas de busca, das redes sociais, de diversos aplicativos com as mais

variadas utilidades, dos filmes e vídeos em streaming, das chamadas de voz e de vídeo etc. Aos que já vivenciavam a fase adulta da vida em período bem breve antes da Internet, mas forçados que foram para se adaptar às novas ferramentas e que já se adaptaram e a utilizam com muita frequência, certamente teriam enormes dificuldades em retornar aos seus hábitos anteriores e nas suas atividades profissionais e até mesmo nas interações sociais. É inegável, o atual momento da vida em sociedade, marcada fortemente pela pandemia do Covid19, as ferramentas da Internet foram vitais para a continuidade das interações sociais, do próprio aprendizado (ensino à distância e online), do trabalho marcado pelo tele trabalho e até mesmo às comunicações entre as pessoas, com algum tempo impedidas de viajar e de encontrar outras pessoas, com as restrições impostas do chamado distanciamento social.

A escolha deste tema para o ensaio busca a sua justificação para compreender a correlação entre a era da Sociedade da Informação e a sua face mais visível, marcada pelo incremento da informática, qual seja, as diferentes aplicações da Internet. Os usos da Internet, nem sempre são para o bem, pois apesar de ser uma importante ferramenta para a disseminação do conhecimento, nem sempre é utilizada de forma saudável, pois quando usada para causar o mal, resta em algum momento encontrar a quem responsabilizar pelos danos causados na esfera das vítimas. Assim, a relevância do tema está no descortino das nuances da investigação das questões da era da Sociedade da Informação e dos usos e funcionalidades da Internet, com a abordagem de aspectos da responsabilidade civil aos intermediários técnicos pelos danos que podem ser causados a terceiros, configurando o objetivo final deste ensaio.

Para alcançar os objetivos propostos, a metodologia a ser utilizada no presente artigo repousa na revisão bibliográfica de variados autores sobre o tema que abordaram as questões da Era da Sociedade da Informação e de bibliografia quanto às inovações legislativas trazidas pela atual Lei do Marco Civil da Internet, lei que regula os usos da Internet, notadamente aspectos da responsabilidade civil a ser imposta aos agentes econômicos que fornecem serviços na Internet.

O artigo traz anotações quanto ao tema da Era da Sociedade da Informação e em seguida faz uma investigação breve quanto aos chamados livros verdes, livros que são referência aos Governos de vários países para tornar a Internet de uso e acessível a todos os cidadãos e após, faz referência a algumas transformações ocorridas recentemente na vida em Sociedade decorrente desta Era da Informação e da Internet, com a percepção das relações "líquidas" na

abordagem em Bauman. Em seguida, o ensaio faz uma breve incursão na regulação brasileira e culmina com a investigação da regulação adotada em nosso país.

1 A ERA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Com o advento da era da Internet, muito rapidamente os diferentes países perceberam a franca necessidade de ocorrer um planejamento para inserir os seus países no meio digital, com a ideia de que cabe ao governo, nos primeiros passos, efetivar a promoção do amplo acesso e universalização do acesso, com a percepção de que o incremento do uso dos meios eletrônicos de informação iria gerar, como de fato gerou, maior eficiência e transparência nos atos da administração pública, notabilizando-se pelo grau de disponibilização de serviços públicos na e pela Internet, para melhor atender ao cidadão (TAKAHASHI, 2000).

Desse modo, o Brasil avançou enormemente na disponibilização de serviços públicos ao cidadão, e sendo um dos exemplos mais eloquentes na atualidade são os serviços das Ouvidorias existentes no âmbito da administração pública. Por exemplo, a Ouvidoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios tem se notabilizado por ser um eficiente portal de atendimento às diversas reclamações dos cidadãos, os quais não mais precisam sequer ir ao Prédio da Instituição para fazerem as suas denúncias e reclamações, sendo que toda e qualquer demanda do cidadão chegará a um Promotor de Justiça para resposta. Um outro exemplo de afirmação de prestígio dos modernos Estados ao cidadão, da própria afirmação de uma sociedade mais justa e igualitária, assegurando a cidadania participativa é a chamada Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, pela qual a administração pública em todas as esferas resta obrigada a informar ao cidadão sobre a reclamação de serviços públicos prestados, de forma correta ou deficitária, e permite ao cidadão efetivamente fiscalizar os atos dos gestores públicos.

Inegavelmente, vivenciamos a Era da Sociedade da Informação, com um altíssimo volume de dados informacionais disponíveis a quem estiver disposto a tomar conhecimento, máxime pela implantação em definitivo da Internet, meio em que as pessoas podem se informar e ser informados. O meio online, os dados informacionais que circulam em seus sistemas são oriundos, em grande parte pelos conteúdos originados dos internautas, informações que são

disponibilizadas ao público sem qualquer espécie de controle prévio e faz com que esse usuário seja também um orador, um originador de informações. Essas informações postadas são lidas e compartilhadas em muitas situações entre os diversos usuários, às vezes sem qualquer reflexão prévia ou análise mais acurada da notícia e também são comentadas por tantas outras pessoas, o que leva a pensar que a informação existente no meio virtual possui um alcance inimaginável, seja verdade ou não.

Claro, há um outro lado desse volume de informações, a respeito da qualidade e credibilidade da informação disponível, máxime sobre possuir alguma utilidade prática ou a possibilidade de acabar gerando mais problemas do que soluções, como ocorre nas notícias falsas (*fake news*). Mas é importante destacar, a Era da Sociedade da Informação abarca variados problemas jurídicos "diretos e indiretos advindos da utilização da tecnologia da informação (TI) e da Internet" (SIMÃO FILHO, 2007. p. 7), o que torna a informação um bem valioso.

E anota Adalberto Simão Filho, a expressão Sociedade da Informação teria se firmado a partir do Livro Branco da Comissão Crescimento, Competitividade, Emprego – os desafios e as pistas para entrar no século XXI (SIMÃO FILHO, 2007. p. 8.). Porém, é preciso considerar que a origem do termo possa até ter se perdido dos seus marcos iniciais, no entanto, há alguns estudos acadêmicos dando como ponto de partida o próprio Oriente, mais precisamente no Japão, com ensaios dos anos 1960 conforme observou Alistair Duff. Para esse autor, a origem deve ser buscada nos ensaios de Tadao Umesao e do arquiteto Kisho Kurokawa, referido por Youichi Ito, em que esse sustenta estar a origem do termo no ensaio intitulado "Joho sangyo ron"(DUFF, 2000. p. 3 e KARVALIC, 2010. p. 14).

Para além da origem do termo, mais importante do que estabelecer estarmos frente a uma nova Sociedade, em que o nosso tempo seria uma novidade, marcada nas diferentes formas de produção econômica, de novas formas de interação, nos processos inovadores de produção ou o quer que seja, como se fosse possível demarcar com precisão, a partir de um ponto de partida alternativo, o que seria irremediavelmente simplista, como anotado por Frank Webster (WEBSTER, 2006, p. 2-5). E destaca Frank Webster, talvez seja o caso de perceber que a teoria social, combinada com evidências empíricas, a convicção de que devemos conceber a informatização da vida, decorrente de um processo que ocorre em continuidades históricas, possivelmente há vários séculos,

passando pelo Capitalismo Industrial e a consolidação do Estado-nação (Século XIX), da globalização do século XX (WEBSTER, 2006, p. 266-267) e a ampla utilização da Internet neste momento marcado pela pandemia da Covid 19. A pergunta que pode ser feita, qual seria a maior força, a continuidade ou a mudança, como refere Frank Webster (WEBSTER, 2006, p. 267), sendo que esse autor caminha para compreender que deve ser visto a Sociedade da Informação como a ser favorecido pela continuidade ao invés da mudança, pois a novidade seria marcada pela armadilha do presentismo, conceito de que nossos próprios tempos são radicalmente diferentes daqueles outros tempos que existiam antes. (op. cit., p. 267) Para Frank Webster, quem explica a informatização em termos de continuidades históricas nos dá uma melhor forma de compreender a informação no mundo de hoje. (WEBSTER, 2006, p. 273).

Mas é a partir dos chamados livros verdes para a Sociedade da Informação que o termo acaba sendo efetivamente popularizado e os diferentes países produzem cientificamente para direcionar além do âmbito da administração pública os esforços necessários do salto tecnológico e possibilitar a mais intensa alfabetização digital, o que no caso do Brasil consta no nosso livro verde e como referência do Continente Europeu, podemos trazer a notícia do livre verde de Portugal (TAKAHASHI, 2000. LIVRO VERDE, 1997).

Destarte, firmado com o olhar naquilo que as diferentes nações produziram quanto ao tema, vamos abordar em seguida a questão dos livros verdes da Sociedade da Informação.

2 OS LIVROS VERDES DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

O livro Verde do Brasil apontou há muitos anos a necessidade de investimentos pesados na formação de infraestruturas para a plena alavancagem da Internet em todos os setores, com a previsão do incremento do Comércio Eletrônico, do tele trabalho e de tantos avanços verificados pelo crescente uso da rede em todos os setores, fato verificável na pandemia do Covid-19, em que até mesmo o ensino passou a ser feito quase que totalmente de forma online, praticamente fazendo repensar o que será da Sociedade atual pós pandemia. Consta do nosso livro verde:

> Condição para haver teletrabalho é a separação do trabalhador do ambiente tradicional, ou seja, do local físico do escritório, o que desestrutura também o tempo de trabalho: esses trabalhadores passam a dispor de horários flexíveis para realização de suas tarefas. O teletrabalho

> constitui, também, uma nova abordagem do trabalho por parte dos indivíduos diante da possibilidade de se estabelecerem novos tipos de vínculos e relações de trabalho com os empregadores (TAKAHASHI, 2000).

Verifica-se, portanto, após vários anos da edição do Livro Verde do Brasil, o planejamento anterior foi um dos elementos para alcançarmos a maior utilização das redes de Internet e contribuiu para enfrentarmos a pandemia com toda a infraestrutura necessária de acesso aos serviços de Internet. Ainda, os estudos constantes do Livro Verde do Brasil apontavam há cerca de 20 anos, mais precisamente no ano de 2000, da necessidade de aumentar o número de usuários da Internet, e se o número de usuários com acesso à Internet já foi bem limitado em um passado bem recente, na atualidade há avanços significativos e temos algo como aproximadamente 134 milhões de usuários, o que alcança a casa de 3 a cada 4 brasileiros com acesso, com seus diversos serviços sendo utilizados na maioria dos casos com o próprio aparelho celular (VALENTE, 2020).

E até mesmo com muita antecedência ao Brasil, verifica-se os esforços históricos da União Europeia para afastar os entraves legais para o pleno desenvolvimento da Internet, no qual os países europeus do regime comunitário, passaram a gerir a transição entre um quadro de quase monopólio nas telecomunicações para um ambiente plenamente concorrencial, instaurado a partir de janeiro de 1998 (LIVRO VERDE, 1997). O que pode ser bem destacado, foi a preocupação em criar um ambiente seguro no marco jurídico, para estimular os investimentos necessários e dar a segurança jurídica necessária aos interessados em atuar no segmento de fornecimento dos diversos serviços na Internet e principalmente, nas questões atinentes ao Mercado Eletrônico. Criou também um quadro de apoio ao mercado interno da radiodifusão. O estabelecimento de um quadro regulamentar adequado deve vir juntar-se a estas realizações.

Assim,

> Simultaneamente, o presente Livro Verde constitui um marco, na medida em que permite que a Comunidade olhe para além de 1998 e avalie as implicações da convergência nos sectores afectados. O presente Livro Verde afirma que o desenvolvimento dos novos serviços pode ser dificultado por diversos obstáculos, incluindo entraves regulamentares, a diversos níveis do mercado. No entanto, existem opiniões diferentes quanto à questão de saber se os quadros regulamentares actuais são

> adequados para fazer face a um ambiente em mudança (LIVRO VERDE, 1997).

E no ambiente da Comunidade Europeia vislumbrava-se a preocupação com um ambiente jurídico seguro, de modo a possibilitar aos agentes econômicos ter o conhecimento, de modo prévio, de quais devem as obrigações a ser cumpridas e que as obrigações não fossem de tal monta a prejudicar o livre desenvolvimento da Internet e dos aspectos ao pleno desenvolvimento do mercado eletrônico.

Desse modo,

> Segundo alguns, o desenvolvimento de novos produtos e serviços está a ser dificultado pela insegurança regulamentar (as regras actuais foram definidas para ambientes nacionais, analógicos e específicos de um sector, mas os serviços estendem-se cada vez mais por diferentes sectores tradicionais e através das fronteiras geográficas, podendo ainda ser oferecidos através de diversas plataformas). Tal põe em causa a fundamentação das abordagens regulamentares nos diferentes sectores afectados pela convergência. Os defensores deste ponto de vista afirmam que esta insegurança regulamentar inibe o investimento e afecta as previsões de implementação da sociedade da informação (LIVRO VERDE, 1997).

Assim, delineada a questão dos livros verdes, em seguida vamos tratar de abordar alguns aspectos interessantes deste notável mundo da Internet e a sua capacidade em gerar conhecimento e progresso em todos os setores, alterando o próprio tecido social.

3 O NOTÁVEL MUNDO DA INTERNET.

A Internet penetrou no cotidiano das pessoas de maneira profunda, alterando substancialmente as relações sociais e uma observação de Zygmunt Bauman parece refletir, talvez um lado sombrio da rede, no qual as relações humanas estão cada vez mais superficiais, em que o indivíduo tem mais de 500 amigos em suas redes sociais, sendo que a maioria das pessoas de sua rede social sequer são conhecidas efetivamente ou ao menor sinal de desconforto, basta apagar o contato. Bauman chamou ao fenômeno de "relações líquidas" e abordava "a forma como as relações atuais na sociedade tendem a ser menos duradouras e mais voláteis" (FEITOSA JR, 2017).

As "relações líquidas" podem ser entendidas como aquelas superficiais, onde não há o interesse de se perpetrar qualquer laço mais duradouro e é reflexo do que Bauman entende por Modernidade Líquida. A liquidez é definida pelo autor, como aquilo cuja forma a partir das pressões que possam ser sofridas muda de forma com o intuito de adaptar-se. O líquido representa a leveza enquanto o sólido algo pesado, previsível, desta forma pode-se verificar que a liquidez na contemporaneidade, representa a inconstância. (BAUMAN, 2001, p. 8-9).

Mais recentemente, há um documentário da Netflix, intitulado "O dilema das redes" (ORLOWSKI, 2020, 134 min.) em que alguns dos principais idealizadores de ferramentas utilizadas nas redes sociais, notadamente da plataforma do facebook, narram que há um propósito comercial por detrás do cada vez mais intenso uso das redes sociais. Segundo o documentário, as redes sociais são projetadas para criar um ambiente virtual de dependência, no qual o usuário será atraído para permanecer o maior tempo possível online e interagir com a plataforma, assistindo os vídeos e ver apenas a publicidade que lhe são direcionados, segundo perfis dados a cada indivíduo, com a possibilidade de refletir diretamente no próprio ambiente democrático, pois a inteligência artificial acaba por ser um fator indutor das escolhas dos indivíduos, sem que se perceba. Para o que pode ser extraído do referido documentário, há um viés ideológico de que a Sociedade precisa ser protegida dos malefícios decorrentes dessas plataformas digitais, e a solução seria mediante a obrigação legal de um marco regulatório com ênfase na transparência da arquitetura das ferramentas e de que essas não sejam indutoras de comportamentos, até mesmo para a proteção da Democracia.

O paradoxo que se observa a partir do documentário se dá entre o conceito de liberdade e a hipótese da configuração de instrumentos de controle, o que importa em se verificar como se dá a gestão dos dados daqueles que mantém perfis em redes sociais por aqueles que as gerenciam, uma vez que estes dados se tornam ferramentas capazes de potencializar a utilização das redes.

No entanto, longe do pessimismo do documentário, é preciso reconhecer os notáveis benefícios da Internet, com a possibilidade de consultas médicas online, ensino na modalidade de aulas virtuais, comunicações em tempo real com o uso de aplicativos de voz sobre dados e até mesmo com as chamadas de voz e imagem, plataformas de streaming, do tele trabalho, enfim, de tantas funcionalidades que possibilitam a intensa troca de informações. Assim, há um importante contributo de Eduardo Magrani, no qual ressalta o incremento

massivo das ferramentas de inteligência artificial e que a tecnologia está alterando a forma das interações sociais, com a ampla hiperconectividade em que o cidadão está pronto, a qualquer instante, para interagir com outras pessoas e as máquinas estão cada vez mais sendo usadas para melhorar a vida de todos, com "um fluxo contínuo de informações e massiva produção de dados" (MAGRANI, 2018, p. 20).

Obviamente, nem tudo são maravilhas e há inúmeros usos perniciosos das funcionalidades da Internet, tanto que os eventos danosos perpetrados no meio online possuem a enorme capacidade de causar maiores estragos, notadamente em alguns aspectos da personalidade do indivíduo, do indevido uso de seus dados pessoais, de seus hábitos de consumo, ou até mesmo por danos causados por outras pessoas, em que a aparente possibilidade de criar perfis falsos em redes sociais sem a identificação de quem seja o verdadeiro autor ou de comentários com forte conteúdo de calúnia ou de difamação. Para fazer frente a esses aspectos, os diferentes países já buscam alguma regulação dos aspectos da responsabilidade a ser atribuída aos agentes econômicos que atuam no fornecimento de serviços em Internet, e o Brasil possui atualmente uma legislação para resolver os problemas jurígenos decorrentes dos maus usos das funcionalidades da Internet, o que será adiante exposto.

4 A REGULAÇÃO BRASILEIRA

Até 2014 o Brasil não possuía uma legislação diretamente aplicável aos prestadores de serviços em Internet, notadamente de quais deveriam ser os deveres a ser cumpridos por empresas que atuam no fornecimento de espaços para os usuários postarem os seus conteúdos ou como é o notório caso das redes sociais, em que a pessoa pode criar um perfil seu, postar comentários, imagens e toda espécie de conteúdo, com poucas restrições ou até mesmo criar um perfil falso, atribuindo-se uma falsa identidade, notadamente para causar impactos negativos sobre outras pessoas.

Na ausência de uma legislação diretamente aplicável, o judiciário brasileiro buscou encontrar soluções que pareciam ser adequadas ao tema, afirmando que as empresas que fornecem espaços em seus sistemas para os usuários postarem seus conteúdos deveriam apagar informações sobre outras pessoas, a partir de uma mera notificação do interessado, sob pena de

responderem solidariamente pelos prejuízos causados a terceiros, notabilizando-se pela criação de um prazo de até 24 horas para atender o pedido do usuário. Segundo a posição majoritária que era adotada pelo STJ, bastava a mera notificação à empresa de material ofensivo inserido em sítio eletrônico, para criar a obrigação da retirada do conteúdo ofensivo, notadamente naqueles casos em que era dificultoso identificar o autor do ilícito, o que gerava, por outro lado, o enfraquecimento da própria liberdade de expressão, pois as empresas infensas a danos financeiros, poderiam ser compelidas a agir prontamente e remover conteúdos, sem que um juiz ou Tribunal afirmasse do caráter ilícito, em típica atividade de censura (LANGENEGGER, 2018, p. 50).

No entanto, com o advento da Lei do Marco Civil da Internet - LMCI, Lei 12.965, com a regulação aplicável a essa situação e tantas outras decorrentes dos maus usos da Internet, como é o caso, por exemplo, de um perfil falso criado em redes sociais, há um marco legal diretamente aplicável, notadamente preservando em sua essência a garantia da ampla liberdade de expressão, comunicação e de pensamento, princípio previsto no art. 3º, inciso I, da Lei 12.965/2014. Destarte, a legislação diretamente aplicável, por exemplo, referente a postagens em redes sociais, preserva em posição de preferência, a liberdade de expressão, sendo que eventuais danos causados à honra e a imagem de outras pessoas deverá ser aferida *ex post*, o que proporciona a construção de uma cidadania inclusiva. (VIANA, 2014. p. 133).

E para não pairar dúvidas quanto ao pretendido pelo legislador infraconstitucional, a lei veio com um conteúdo de forma de norma narrativa e interpretativa, conforme comando legal inserto no art. 6º da referida lei, ao dispor que na interpretação dos fatos jurígenos decorrentes dos usos da Internet, o juiz deverá levar em conta, além de outros, os princípios consubstanciados na lei do marco civil da Internet.

No que pese a regulação se mostrar profícua, importante destacar, que não basta apenas que haja positivação, mas que na *práxis*, se possa observar a efetividade fáctica da norma. Para tanto, necessário se faz, que para além do conhecimento da existência da lei, ocorra a interiorização de seus preceitos por todos os que por ela são concernidos. Pode-se entender que, à luz de Habermas, a legitimidade da norma decorre da efetiva participação popular em uma democracia deliberativa, alicerçada no Agir Comunicativo que por sua vez pressupõe a garantia do acesso universal e de forma simétrica de todos os falantes ao Discurso (HABERMAS, 2002, p. 277).

Conforme o autor

> Chamo de comunicativas as interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validez, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vidências a que têm acesso privilegiado) (HABERMAS, 2003, p. 79).

Partindo-se do pressuposto que a norma se apresenta como um reflexo da sociedade e das relações entre os indivíduos que a compõem, observando-se toda a sua heterogeneidade e a indispensabilidade da pluralidade de vozes em sociedade, entendemos que a construção de consensos pressupõe a existência de dissensos e a possibilidade argumentativa de que os falantes possam submeter suas pretensões de validez de forma horizontal, através de um equilíbrio entre interesses divergentes (HABERMAS, 2002, p. 277).

Podemos verificar que a participação dos concernidos garante legitimidade a norma tal, que permite não apenas que os indivíduos em sociedade possam seguir a lei por ser esta imposta, mas sim interiorizar preceitos em dimensão moral o que pode repercutir em maior efetividade, em especial no que diz respeito a observância e fiscalização pelo cidadão não só dos seus deveres, mas também daqueles pertinentes aos provedores de acesso e conteúdo.

Em seguida, vamos analisar os deveres previstos na legislação aos diferentes atores que prestam serviços em e na Internet.

5 OS DEVERES DOS PROVEDORES DE ACESSO E DE CONTEÚDO

A novel legislação cuidou de formular um quadro legal delimitando as variadas obrigações impostas aos agentes econômicos que prestam os serviços de conexão à Internet e às demais categorias de prestadores de serviços, os quais denomina de provedores de aplicações. Por uma interpretação funcional das diversas passagens do marco legal, pode ser vislumbrado que há um quadro bem

posto de quais são os deveres a cumprir pelas diferentes atuações desses agentes econômicos.

Importa ressaltar, a LMCI trouxe em seu artigo 5º, inciso V, o que deve ser considerado como conexão à Internet, ou seja, a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP e no inciso VII, como sendo aplicações de internet o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. Destarte, o fato é que a legislação não definiu expressamente o que seja um provedor de acesso à Internet e nem o que sejam os provedores de aplicações (CEROY, 2015, p. 5). No entanto, ao olhar o referido marco legal em sua inteireza, pode ser nítida a separação entre os agentes econômicos que prestam os serviços de acesso à Internet e a categoria dos demais agentes econômicos que são os provedores de aplicações de Internet, como é o notório caso da rede social do Facebook.

Assim, emerge da novel legislação, que os provedores de acesso à Internet devem cuidar de no cumprimento de seus contratos com seus usuários, de garantir a chamada Neutralidade da Rede de Internet, ou seja, não podem discriminar os diferentes pacotes de dados requeridos por seus usuários, independentemente do ponto de acesso ou de destino, pacotes que devem ser tratados de forma isonômica, sem qualquer discriminação (WESTIN, 2015. p. 140-143). Uma questão emblemática é a afirmação de ser a neutralidade da rede um mito, pois existem disputas entre as questões técnicas, da segurança esperada e desejada aos usuários, do que pretendem os governos, as empresas, as diferentes oportunidades entre os diversos atores econômicos interessados e principalmente, na ampla possibilidade de interferir na liberdade de escolha dos usuários finais das redes (NAZARENO, 2013, p. 72). Em seu ensaio, o citado autor refere que algumas práticas de gerenciamento de rede de Internet são necessárias e permitidas, a fim de garantir a própria estabilidade da rede, a exemplo de um envio massivo de spam ou um ataque de negação.). Desse modo, a saída encontrada pelo legislador brasileiro foi a de garantir a neutralidade da rede de Internet na Lei 12.965/2014, ou seja, impondo deveres aos provedores de acesso que devem ser cumpridos, sob pena de responderem pelas eventuais práticas violadoras da legislação.

A neutralidade da rede não é absoluta, pois a lei admite exceções, e o provedor de conexão poderá degradar ou discriminar o tráfego de dados em seus sistemas quando decorrer de situação em que a técnica deva ser utilizada para

uma prestação adequada dos serviços e de aplicações e para a priorização de serviços de emergência, como exsurge do art. 9º, § 1 º, incisos I e II, da Lei 12.965/2014. No entanto, mesmo nas situações em que houver a necessidade de degradar ou discriminar o tráfego, o provedor deverá agir no sentido de não causar danos aos seus usuários, mas quando os causar, responderá pela forma da culpa, prevista no art. 927, do CC, conforme previsão no parágrafo segundo do mesmo dispositivo legal.

Além desses deveres, os provedores de conexão devem conservar os registros de conexão em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano e somente devem divulgar esses dados para permitir a identificação do usuário, mediante ordem judicial (art.13 e seu § 5º, da Lei 12.965/2014). Por outro lado, os provedores de conexão guardam isenção de responsabilidade civil pelos atos dos usuários das redes (art. 18 da referida Lei), até porque em a própria lei proibindo esses agentes econômicos de bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, não teria sentido impor qualquer senso de responsabilidade a quem não tem qualquer controle sobre o conteúdo (GETSCHKO, 2014. p. 14-16).

E na outra ponta, aos agentes econômicos que a lei trata como provedores de aplicações, os quais podem hospedar conteúdo de seus usuários, a lei os coloca em um primeiro momento como indenes de responsabilidade civil, desde que venham a agir de forma diligente, cumprindo ordem judicial especifica de remoção de conteúdos infringentes à órbita de terceiros. Dessa forma, não basta a mera notificação do interessado para que o provedor de hospedagem venha a agir, colocando a lei como condição necessária uma ordem judicial (LONGHI, 2020, p. 303), a fim de evitar situações de censura prévia e de que venham a agir como juízes de fato, o que de todo modo não afasta os atos de auto regulação, quando em situações de conteúdos que venham a colidir com suas próprias políticas de uso. O próprio regime imposto aos provedores de aplicações determina que a revelação dos dados de acessos aos seus sistemas exige ordem judicial específica, sendo que o prazo de guarda é de seis meses.

Por fim, importa destacar que naquelas situações em que o conteúdo prejudicial à órbita de terceiros tenha origem em conteúdo de cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, a obrigação imposta aos provedores de aplicações é a de retirada ou de tornar indisponível o conteúdo mediante a mera notificação do interessado, sob pena de incidir em responsabilidade civil subsidiária, o que de toda forma, pela regra legal, afasta a necessidade de uma

ordem judicial para a remoção do conteúdo prejudicial (art. 21). Vejamos que o texto legal não mais alude ao termo pornografia, mas sim em cenas de natureza sexual, o que revela que não é o modo como as relações ocorreram, pois em sendo consentidas entre os envolvidos o sexo, nada a ter de errado, mas o que é proibido é a divulgação sem o consentimento dos envolvidos que gera o dever de remoção (VALENTE, 2016. p. 50-52 e 77).

CONCLUSÃO

A chamada Era da Sociedade da Informação e a sua relação direta com a Era da Internet, ao passo que marca profundamente as relações e interações sociais, não está despida de causar problemas em outras esferas, notadamente pelas amplas possibilidades dos maus usos que as ferramentas possuem. A Internet possibilita a todos serem fontes originárias do discurso ou replicadores de discursos diversos, o que pode revelar-se problemático quando essas manifestações causam danos a terceiros, como as difamações ou nas perturbações sobre a esfera da privacidade dos indivíduos, notadamente naqueles casos de divulgação de cenas de sexo ou de nudez, sem o consentimento de um ou dos participantes.

Enquanto não existia lei diretamente aplicável aos casos jurígenos, os juízes brasileiros foram construindo decisões e formando uma jurisprudência a ser aplicada aos demais casos futuros. No entanto, com a Lei do Marco Civil da Internet, a jurisprudência que parecia ser consolidada foi superada e na fase atual, o Brasil adota um regime jurídico, no qual os provedores de conexão devem guardar no fornecimento de seus serviços, em essência, a preservação de uma rede de Internet neutra, na qual os diferentes pacotes de dados que trafegam nos sistemas devem ser tratados de forma isonômica, sem qualquer discriminação, em regra. Por outro lado, a categoria dos provedores de aplicações, entre eles as redes sociais, como é o caso do facebook, devem pautar suas atividades pela garantia da liberdade de informação, com um marco legal que assegura a liberdade de expressão, em regra, ou seja, essa categoria de agentes econômicos somente são obrigados a retirar ou bloquear conteúdos por ordem judicial diretamente aplicável, o que não afasta a possibilidade de agirem *motu proprio* naqueles conteúdos que contrariem as suas políticas de auto regulamentação.

E dentro do desenho legal pensado pelo legislador da Lei do Marco Civil da Internet, aqueles conteúdos de natureza sexual perturbadoras da esfera da privacidade de quem não deu o consentimento para aquela publicação, não exige

ordem judicial para que o provedor de aplicações venha a agir prontamente, mediante a notificação da pessoa diretamente envolvida, sem a necessidade de buscar uma ordem judicial.

REFERÊNCIAS

DUFF, Alistair S. *Information society studies*. Nova York: Psychology Press, 2000. v. 3. p. 3, introdução.

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

CEROY, Frederico Meinberg. *Facebook - requisição judicial de dados e pedido de preservação extrajudicial de registros*. Cartilha. Comissão de Direito digital. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, 2015, p. 5. Disponível em https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/imprensa/cartilhas/Cartilha_Facebook_Requisicao_Judicial_Dados.pdf. Acesso em 24 set. 2020, 17:40:00.

FEITOSA JR, Alessandro. *O que Zygmunt Bauman tinha a nos dizer sobre redes sociais e o mundo conectado*. publicado em 9 de janeiro de 2017 @ 20:23. Disponível em https://gizmodo.uol.com.br/zygmunt-bauman-morte-reflexoes/. Acesso em 21 set. 2020, 15:00:00.

GETSCHKO, Demi. *As origens do marco civil da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord) : Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Ed Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo* Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003.

KARVALIC, László Z. *Information society dimensions*. Szeged, JATEPress Kiadó, 2010.

LANGENEGGER, Natalia. Teses Jurídicas sobre a liberdade de expressão na Internet. Interpretações que fortalecem os princípios do Marco Civil da Internet no Brasil. Article 19. Responsabilidade dos provedores de Internet, 2018.

LIVRO *VERDE relativo à convergência dos sectores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação. para uma abordagem centrada na sociedade da informação. Comissão Europeia. Bruxelas*, 3 de Dezembro de 1997. Disponível em https://www.anacom.pt/streaming/livroverde.pdf?contentId=26202&field=ATTACHED_FILE.). Acesso em 21 set. 2020, 17:15:12.

LONGHI, João Victor Rozatti. *#Ódio: Responsabilidade Civil nas redes sociais e a questão do hate speech*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. — Rio de Janeiro : FGV Editora, 2018.

NAZARENO, Claudio. *Neutralidade na internet: a dificuldade de se regular na prática*, Cadernos Aslegis, Brasília, n. 48, p. 72, jan./abr. 2013.

ORLOWSKI. Jeff. *O Dilema das Redes*, Documentário, 2020, 134 min.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Sociedade da informação e seu lineamento jurídico*. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord). *O direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007.

TAKAHASHI, Tadao (org.). Sociedade da informação no Brasil: Livro verde: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. InternetLab: São Paulo, 2016.

VALENTE, Jonas. *Brasil tem 134 milhões de usuários de internet, aponta pesquisa*. Informação disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/brasil-tem-134-milhoes-de-usuarios-de-internet-aponta-pesquisa . Acesso em 18 set. 2020.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do marco civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord) In: Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014.

WEBSTER, Frank. *Theories of the Information Society*. 3. Ed. Taylor & Francis e-Library, 2006.

WESTIN, Roberta. *Neutralidade de rede: quem ganha e quem perde? In* ARTESE, Gustavo (Coord): *Marco civil da internet*: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

O DIREITO À PRIVACIDADE EM UMA ESFERA PÚBLICA INTERCONECTADA EM TEMPOS DE PANDEMIA POR CORONAVÍRUS

Clóvis Montenegro de Lima
IBICT, Professor Titular PPGCI, Rio de Janeiro, Brasil,
clovismlima@gmail.com

Fátima Santana da Silva
CBPF-PCI/CNPQ, Bibliotecária – NIB, Rio de Janeiro, Brasil
fatsilvarj@hotmail.com

Márcio da Silva Finamor
UFRJ/IBICT, Rio de Janeiro, Brasil
marciofinamor@gmail.com

Simone Brilhante de Mattos
UFF/CNPQ, UNIVERSO – Salgado de Oliveira, Rio de Janeiro, Brasil
jusfederal.brilhante@gmail.com

Resumo: Neste artigo discute-se o direito à privacidade e a proteção de dados na esfera pública interconectada no Brasil. A Constituição Federal de 1988 abre espaços para cidadania participativa, que consolida direitos humanos fundamentais e valoriza princípios éticos e morais. O marco civil da internet de 2014 estabelece diretrizes e normas gerais de uso da rede. As leis 13709/18 e 13853/19 dispõe especialmente sobre a proteção de dados. Em primeiro lugar, discute-se o conceito de privacidade, que combina diferentes relações entre sujeitos privados e esfera pública. Apresenta-se então a regulação da privacidade no marco civil regulatório da *internet* e na lei da proteção de dados. Por fim, são apresentados casos de ameaça à privacidade e quebra do sigilo de dados na *internet* no Brasil. Conclui-se que a questão da privacidade e da proteção de dados na *internet* atualiza conflitos entre dignidade humana, liberdade de expressão e interesse público.

Palavras-chave: Internet; Esfera pública; Privacidade; Proteção de dados

INTRODUÇÃO

Neste artigo discute-se o direito à privacidade e a proteção de dados na esfera pública interconectada no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 abre espaços para cidadania participativa, que consolida direitos humanos fundamentais e valoriza princípios éticos e morais.

O marco civil da internet de 2014 estabelece diretrizes e normas gerais de uso da rede. As leis 13709/18 ei 13853/19 dispõe especialmente sobre a proteção de dados.

Em primeiro lugar, discute-se o conceito de privacidade, que combina diferentes relações entre sujeitos privados e esfera pública.

Apresenta-se então a regulação da privacidade no marco civil regulatório da internet e na lei da proteção de dados.

Por fim, são apresentados casos de ameaça à privacidade e quebra do sigilo de dados na Internet no Brasil.

Conclui-se que a questão da privacidade e da proteção de dados na Internet atualiza conflitos entre dignidade humana, liberdade de expressão e interesse público.

SUJEITOS PRIVADOS E ESFERA PÚBLICA: O CONCEITO DE PRIVACIDADE

No lugar de estar em extinção ou mesmo eliminada, a privacidade está em processo de reconfiguração, pois as pessoas buscam estratégias de significação e negociação dos novos contornos que ela ganha nos ambientes digitais, desafiando a capacidade de controle sobre as informações registradas.

ARENDT (2007, p.67), ao analisar sobre esfera privada, reflete a oposição entre o privado e o público, e entre necessidade e liberdade; diferenciando a privacidade daquilo de deve ser exibido e o que deve ser ocultado. Modernamente estas diferenciações são mais fluidas, diante dos ciberespaços, onde estão inseridos no público também a necessidade de intimidade.

Arendt faz interessante observação sobre a esfera pública:

> [...] somente quando as coisas podem ser vistas por muitas pessoas, numa variedade de aspectos, sem mudar de identidade, de sorte que os que estão à sua volta sabem que veem o mesmo na mais completa diversidade, pode a realidade do mundo manifestar-se de maneira real e fidedigna. (ARENDT, 2007, p. 67)

Infere-se desde logo, que a arena pública propicia a identificação da realidade por todos, contudo esta apropriação do público pode ocasionar colisão dos direitos no âmbito privado. E é neste espaço de aparecimento de todos, de liberdade de expressão, que também se agudiza colisões de interesses, disputa, e ameaça a privacidade.

Habermas estabelece claro conceito de esfera pública em "Direito e Democracia":

> A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdo, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana. (HABERMAS, 1997, p. 92)

Cabe destacar que estamos em uma sociedade em que as informações circulam em alta velocidade. Arendt diz que estamos "[...] num mundo em que a rápida industrialização destrói de modo constante as coisas de ontem para produzir os objetos de hoje[...]" (ARENDT, 2007, p.62).

É possível observar que o espaço público vem sendo ocupado pelo privado: a extrema necessidade de expor o dia-a-dia e o desejo de consumir essas informações publicadas por outras pessoas faz com que a vida seja pautada sob os olhares atentos das câmeras. Quase tudo é calculado para ser postado e ter uma boa repercussão. Vive-se em um mundo que saber da vida do outro, em algumas esferas, não é mais considerado invasão de privacidade.

A fala de Arendt (2007) avança nesta discussão quando diz que:

> [...] a nossa percepção da realidade depende totalmente da aparência, e, portanto, da existência de uma esfera pública na qual as coisas possam emergir da treva da existência resguardada até mesmo à meia-luz que ilumina a nossa vida privada e íntima deriva, em última análise, da luz muito mais intensa da esfera pública". A esfera privada se amplia, porém não pode ser considerada pública. A esfera pública é incapaz de abrigar o irrelevante, isso significa que muitas coisas ainda serão mantidas aos olhares privados (ARENDT, 2007, p. 61).

Fica a questão: até que ponto esta privacidade deve ser preservada ou pode ser violada? Arendt (2007) destaca sobre esses limites que

> [...] conviver no mundo significa essencialmente ter um mundo de coisas interposto entre os que nele habitam em comum, como uma mesa se interpõe entre os que se assentam ao seu redor; pois como todo intermediário, o mundo ao mesmo tempo separa e estabelece uma relação entre os homens (ARENDT, 2007, p. 61).

Aos poucos os conceitos de público e privado estão mudando e é de extrema importância que se acompanhe essa evolução. O privado passou a ter o seu espaço no mundo da informação e do entretenimento e as estórias que antes pertenciam ao domínio da privacidade passaram a fazer parte do imaginário da coletividade. Arendt acrescenta quando afirma que

> A presença de outros que vêem o que vemos e ouvem o que ouvimos garante-nos a realidade do mundo e de nós mesmos; e, embora a intimidade de uma vida privada plenamente desenvolvida, tal como jamais se conheceu antes do surgimento da era moderna e do concomitante declínio da esfera pública, sempre intensifica e enriquece grandemente toda a escala emoções subjetivas e sentimentos privados, esta intensificação sempre ocorre às custas da garantia da realidade do mundo e dos homens. (ARENDT, 2007, p. 60).

Habermas atribui importância ao pluralismo social. Trata-se das formas e estilos de vida, da visão de mundo que as pessoas têm e que são elementos determinantes para que as várias associações que constituem a sociedade civil, garantam sua espontaneidade e autonomia. Este aspecto diz respeito à íntima relação entre os âmbitos público e privado da vida dos indivíduos. Ou seja, refere-se à liberdade de crença e consciência, de circulação, a direitos como a privacidade de correspondência e a inviolabilidade da residência privada, garantidos pela lei fundamental. Nessa perspectiva, acredita Habermas, a coexistência de uma sociedade civil autônoma ao lado de uma esfera privada supõe a existência de um regime democrático, orientado por uma cultura política liberal, que se orienta pela lei. Daí a preservação da racionalidade comunicativa, quer no nível privado, quer no público. (ALMEIDA, 2018, p. 203-204).

Habermas (1997, p. 102) adverte também que a liberdade comunicativa é sufocada nos domínios da vida privada: "[...] as garantias dos direitos fundamentais não conseguem proteger por si mesmas a esfera pública e a sociedade civil contra deformações"

Pode-se perceber que conforme os acontecimentos forem ocorrendo na vida das pessoas, mas elas terão o desejo e a vontade de compartilhar com o ciclo

de amigos das redes sociais digitais. A constante transformação da vida privada em pública faz com que a antiga invasão de privacidade passe por uma transformação, uma vez que não se pode invadir o que já está sendo exposto pela própria pessoa. Documentar a própria vida e participar do cotidiano do outro, mesmo que pela *internet*, já faz parte da rotina da geração que usam a *internet*.

A privacidade significa a proteção do eu em relação ao Estado, às organizações e aos outros indivíduos. Com esse significado, a privacidade tende a reforçar o individualismo em lugar da comunidade e da sociabilidade. A privacidade é um espaço pessoal, sob o controle exclusivo do indivíduo, uma espécie de bolha que pela habilidade de cada um para controlar quem entra e quem fica fora.

O acesso ao espaço público e às atividades que nele seriam possíveis foi se tornando objeto de regulamentações cada vez maiores, com novas formas de policiamento vigilância, bloqueando iniciativas de ocupação espontânea. Tudo isso se intensificou, há umas poucas décadas, com a expansão da *internet*, da pulverização do autor, das mídias digitais interativas e com a expansão crescente de seu potencial comunicativo, o que está produzindo um deslocamento da esfera pública para a imaterialidade das redes da mídia eletrônica e sistemas de informação.

A REGULAÇÃO DA PRIVACIDADE NA ESFERA PÚBLICA INTERCONECTADA NO BRASIL

Habermas observa que dois fatores são geradores de mudanças na esfera pública: a interpenetração progressiva entre o setor público e o setor privado, e a ampliação do público na esfera pública, e a consequente irrupção das massas na política. Habermas em *Mudança Estrutural da Esfera Pública* (1984) evidencia a inserção de aspectos subjetivos dentro do ambiente público, diante de experiências privadas que originam esta subjetividade em relação ao público.

O deslocamento de espaços, como acontece na *internet*, onde os dados pessoais tornam-se públicos, pode acarretar em tensões e conflitos.

A globalização e o desenvolvimento da produção informacional potencializam o crescimento das atividades da *internet*. Dentre os contornos da economia informacional destaca-se empresas de comunicações que oferecem

infraestrutura para serviços de *internet*. Neste segmento estão empresas que criam e oferecem sistemas operacionais, plataformas digitais e aplicativos.

Portanto, vivemos no dinamismo das transformações tecnológicas que afetam diretamente os parâmetros de tempo e espaço, especialmente nas redes interconectadas. Nesta arena o espaço público e o privado se interpenetram.

Em 2014 o Congresso Nacional aprovou o denominado Marco Civil da Internet denominado - Lei nº 12.965 que pretendeu inicialmente, regulamentar o uso da internet no Brasil.

Observa-se que o uso do espaço público interconectado é complexo e desafiador, pois, estamos diante de relações comunicacionais que podem ocasionar não apenas transgressões a direitos individuais e coletivos, consagrados na Constituição Federal de 1988, mas também uso de dados pessoais que viola direitos individuais.

A Lei n. 13.709/18, alterada pela Lei n.13.853/19, tem por finalidade a regulamentação da Proteção de Dados Pessoais. Esta Lei disciplina a proteção de dados tendo por base os seguintes princípios: respeito à privacidade; autodeterminação informativa; liberdade de informação, de expressão e de opinião; inviolabilidade da intimidade, da honra e dos direitos humanos.

A Lei está entrelaçada ao princípio da dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, inciso III da Constituição Federal; bem como ao sigilo de dados e privacidade, dos incisos X e XII do art. 5º também na Constituição. Destaca-se a privacidade como direito e um dos seus objetivos é a "integridade moral do sujeito".

Outras Leis também se referem a proteção dos dados pessoais, como o Código Civil em seus artigos 20 e 21 e na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) em seu artigo 43, que tratam da questão do "acesso por parte do consumidor aos seus dados pessoais".

A Lei Geral de Proteção dos Dados indica seus 10 princípios em seu art. 6º que norteiam o tratamento de dados pessoais. Destaca-se 3 que se referem ao direito à privacidade em uma esfera pública interconectada: acesso à informação, transparência e segurança.

O princípio diz respeito a disponibilização de informações, garantia de informações claras, precisas e facilmente acessíveis, bem como formuladas numa

linguagem e visualização simplificada, o que permite a construção das esferas pública e privada direcionadas para a democracia.

O princípio da transparência possui amparo constitucional e engloba três pilares: responsabilização, dimensão ética/moral, e a participação popular como espaço da opinião e da vontade do cidadão, em uma esfera democrática participativa.

O princípio da segurança está no inciso VII do art. 6 da Lei 13.709/18, que regulam o uso de medidas técnicas e administrativas para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão. É importante destacar que havendo riscos à segurança de computadores e redes, ela deve aumentada tanto preventiva quanto repressivamente.

AS AMEAÇAS À PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS NA INTERNET EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID19

As redes de computadores, redes sociais e os aparelhos celulares (com seus aplicativos) passam a acessar dados dos usuários, gerando um contínuo acesso de informações pessoais tão expressivo que causa tensões, conflitos e discussões, além da questão da invasão de dados pessoais, informacionais e localização, dentre outros.

Silva (2000) considera que o intenso uso e desenvolvimento de complexa rede de computadores, especialmente sobre dados pessoais, constitui uma poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo acesso ao sistema de informações computadorizadas gera um processo de rastreamento minucioso das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente exposta. O perigo é tão maior quanto mais o uso da celulares, computadores e redes que facilita a interconexão de informações com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendam a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até mesmo sem seu conhecimento.

No cenário de grandes conexões e de uma teia cada vez mais complexa de emaranhados de dados, sugere-se que usuários estejam mais atentos aos termos de uso e das políticas de privacidade na rede. No Brasil, com o Marco Civil da *internet*, a sociedade parece começar a estar mais alerta à vulnerabilidade

da alta exposição de dados e passa a cobrar dos governos a segurança da informação que circula no ciberespaço.

A questão da privacidade e do acesso aos dados privados, bem como, a localização do indivíduo tem sido um interesse de pesquisas e relevantes críticas. Alguns exemplos destas práticas estão na localização do usuário em dispositivos móveis; a questão do sensor GPS onde o usuário pode encontrar determinado local e ao mesmo tempo ser encontrado em sua localização atual, podendo conter informações privadas. O mesmo é o usuário que chega em determinado local, faz pesquisa em algum produto ou viagens de imediato recebe informações sobre o produto ou a viagem e até mesmo pergunta se a pessoa gostou do local que foi visitado. São recursos tecnológicos que podem ser utilizados por terceiros para vários fins. A privacidade é um dos desafios mais importantes por ser considerada uma ameaça a proteção individual, uma vez que ultrapassa os limites da lei e transgrida um direito fundamental do indivíduo.

Anjos (2020) afirma que é responsabilidade das autoridades públicas propor medidas de contenção, usando das novas tecnologias, de modo a obter resultados úteis e garantir a menor exposição possível das informações pessoais dos cidadãos

Os conflitos surgidos durante a pandemia de Covid19 relacionados a proteção de dados pessoais dos cidadãos são significativos.

O procedimento de acesso à informação de dados pessoais se inicia com a própria pandemia, na China, primeiro país afetado, que adotou várias medidas de acesso aos dados coletados dos celulares de centenas de milhões de cidadãos, objetivando mapeamento das pessoas em nome do controle da doença.

Anjos (2020) cita como exemplo negativo do acesso à dados pessoais o caso da Coreia, que compartilhou informações sobre pessoas infectadas permitindo suas identificações, provocando exposição desnecessária das mesmas.

No Brasil vários estados da federação adotaram medidas para acesso de dados privados, utilizando-se das operadoras de celulares. Houve certa tensão sobre o acesso à dados de celulares, que seriam transferidas as Instituições Públicas encarregadas do controle da pandemia sem a devida transparência.

Oportuno destacar ainda que a Lei Geral de Proteção de Dados dispõe a regulamentação da autodeterminação informativa dos dados dos

cidadãos, proibindo violação por procedimento de coleta massiva de dados pessoais individualizados e sensíveis para uma finalidade excessivamente genérica.

Anjos (2020) pondera que "O desafio é entender que sempre quando se está diante de direitos e garantias fundamentais, seja a vida de um lado e a privacidade de outro, deve-se ter cautela ao fazer o juízo de proporcionalidade, já que nenhum princípio deve ser suprimido totalmente".

Por sua vez, mesmo com a existência do Código de Defesa e Proteção do Consumidor os dados pessoais do consumidor são divulgados e vendidos sem sua autorização; mesmo havendo previsão normativa do art. 43, estabelecendo ser direito do consumidor o acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

Neste contexto o Supremo Tribunal Federal (STF) começa a julga as medidas liminares concedidas em cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) ajuizadas contra a Medida Provisória (MP) 954/2020, que prevê o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia do Covid19.

A justificativa apresentada pelos órgãos públicos foi no sentido de defesa do *interesse público* frente a gravidade da crise sanitária. Aqui podemos pontuar colisão de direitos constitucionais, entre direitos individuais em detrimento do interesse coletivo. Indaga-se se em nome do interesse público, os compartilhamentos de dados pessoais podem ser flexibilizados, e quais seus parâmetros e limites.

As ações propostas são no sentido de que disponibilizar relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de pessoas físicas ou jurídicas. O contraponto é a indagação se as ações violam os dispositivos da Constituição Federal que asseguram a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, além do sigilo dos dados.

Outra questão se refere ao conflito de competência e legitimidade para fiscalização e regulamentação de procedimentos da Lei de Proteção de Dados, que deve ficar a cargo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais

(ANPD). A Lei dispõe que este "órgão da administração pública federal, será integrado diretamente a Presidência da República".

O controle e a fiscalização da proteção de dados de particulares na esfera pública e privada será tarefa essencial para que a autoridade nacional atue como órgão em defesa do cidadão. A autoridade tem um papel importante de orientadora dos órgãos de governo e das empresas em relação às situações em que elas possam tratar dados pessoais do cidadão.

Cabe mencionar que a Comunidade Europeia desenvolveu a sua regulamentação e controle da proteção de dados, onde a Autoridade Nacional de Proteção de Dados deve ser estruturada como uma autoridade pública e independente do poder direto do Presidente da República. Neste sentido Souza (2019) menciona:

> O Regulamento 2016/679 solicita que os Estados-Membros da União Europeia estabeleçam nas competências das autoridades públicas independentes, para que elas sejam as responsáveis pela fiscalização da aplicação do GDPR, a fim de defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares relativamente ao tratamento e facilitar a livre circulação desses dados na União. (SOUZA, p. 47, 2019)

A ampliação do espaço público e do uso das plataformas virtuais revela, ao mesmo tempo, o perigo de violação de direitos face a possibilidade de instrumentalização de interesses particulares e utilitaristas que desvirtuem o princípio crítico da publicidade, transparência, e sua função política e democrática.

Cabe então efetivar procedimentos democráticos em espaços que permitam a formação da opinião e da vontade dos cidadãos, e não por um controle político que possa refletir dominação e controle de direitos de proteção de dados pessoais. É este o entendimento de Habermas:

> 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 a 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. (HABERMAS, 1997, p. 27-8).

Quando indagado a falar da teoria do discurso e a democracia em tempos de tecnologias digitais, Habermas assim fala:

> Mesmo sob essas condições, uma abordagem apoiada na teoria da comunicação pode reservar uma certa plausibilidade para a promessa democrática da inclusão, portanto, para a participação de todos os cidadãos no processo político. (HABERMAS, 2014, p. 98)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe retornar ao problema de pesquisa: a privacidade numa esfera pública interconectada pode ser violada ou deve ser preservada? A resposta desta indagação é afetada na pandemia global do Covid19?

Entende-se que este é dos grandes desafios da Lei Geral da Proteção de Dados, pois não há clareza se a privacidade será preservada.

Há interpenetração cada vez maior entre espaços público e privado nas sociedades contemporâneas. Isto se torna evidente nas esferas públicas do cotidiano e nos confrontos pela hegemonia. As redes sociais na Internet potencializam que dados pessoais se tornem públicos, podendo ser compartilhados e apropriados. Esta dinâmica pode gerar tensões e conflitos.

A Lei Geral de Proteção de Dados busca regular e regulamentar o modo como instituições públicas e privadas usarão dados pessoais, relacionados à pessoa natural identificada ou identificável.

A Lei Geral de Proteção de Dados traz, entre princípios e diretrizes, os da transparência, responsabilidade, e não discriminação, dentre outros. Por outro lado, em razão da reconstrução da privacidade, em que parâmetros de diferenciação entre público e privado encontram-se cada vez mais distantes, Hannah Arendt observa que no mundo moderno as esferas sociais e políticas não mais diferem. As esferas se entrelaçam, se tornam cada vez mais fluidas e complexas e não mais existe a perspectiva de limites entre o público e o privado.

Habermas discute a democracia contemporânea, e nela as tensões entre interesses comunitários e as liberdades individuais. Fazem parte destas tensões as entradas de aspectos subjetivos no ambiente público. A esfera pública faz parte

do mundo da vida, e proporciona a mediação de ações comunicacionais. Assim, a esfera pública poder ser o espaço da democracia deliberativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto Andrade de. **A esfera pública política no pensamento de jürgen habermas**: problemas, limites e perspectivas. 2018. 257 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Programa Integrado de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/13173/1/Arquivototal.pdf. Acesso em: 29 jul. 2020.

ANJOS, Lucas Souza dos. **A privacidade em tempos de pandemia,** 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/322378/a-privacidade-em-tempos-de-pandemia. Acesso em: 14 de jun. de 2020.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense. Universitária, 2007.

BRASIL. Senado Federal. **Lei n° 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Medida provisória nº 954/2020, 17 de abril de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 Abr. 2020. Dísponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm. Acesso em 19 fev. 2020

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/ lei/l12965.htm. Acesso em: 8 jun. 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências.

Dísponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1. Acesso em 19 fev. 2020

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

HABERMAS, Jürgen. **Na esteira da tecnocracia**. Trad. Trad. Luiz Repa. São Paulo: UNESP, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007

SOUZA, Fernanda Macedo de. **A (in)dependência da autoridade nacional de proteção de dados à luz da lei n. 13.853/2019**. Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacha-rel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Uni-versitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2019.

A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DO CONHECIMENTO E O PROCESSO DE BOLONHA

Córa Hagino
Universidade Federal Fluminense
pós-doutoranda do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Niterói, Brasil
corahisae@hotmail.com.br

Fernando Gama de Miranda Netto
Universidade Federal Fluminense
docente do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Niterói, Brasil
fernandojuris@yahoo.com.br

Resumo: A globalização hegemônica, no âmbito das políticas educacionais, tem como característica a transnacionalização das universidades. O ensino superior se relaciona com o cenário de competitividade econômica internacional, pois se exige uma formação mais completa dos profissionais e a invenção de novos produtos capazes de manter os países em uma boa posição no cenário global. Em uma sociedade da informação, há crescente circulação de bens e de capitais, mas também de ideias e conhecimentos. A sociedade atual, também denominada sociedade do conhecimento, valoriza o capital proveniente da produção do conhecimento e das tecnologias. O Processo de Bolonha pode ser considerado um reflexo destas mudanças no âmbito educativo. A Reforma de Bolonha mudou o paradigma curricular do ensino superior e sua noção espacial e nacional. Com a Reforma de Bolonha, buscou-se transformar o ensino superior europeu em um produto competitivo no mercado global. Neste sentido, iniciou-se um processo de redução da autonomia dos Estados nacionais no âmbito educativo e passou a haver uma política supranacional de ensino superior que hoje envolve 48 países. A metodologia do trabalho se baseia em uma análise documental de cada uma das declarações que compõem o Processo de Bolonha, além de relatórios de órgãos educacionais. Como resultado se observa que algumas das premissas são mais destacadas nos documentos que compõem a Reforma de Bolonha tais como: "Espaço Europeu de Ensino Superior", "mobilidade", "qualidade do ensino superior". Por outro lado, alguns aspectos foram menos mencionados nestes documentos foram: "ensino centrado nos estudantes", "Independência/autonomia da universidade", "Não separação entre ensino e investigação". Deste modo, se observa que a ideia central do Processo de Bolonha é a criação de uma "Europa do saber", como apontam alguns documentos, que proporcione atratividade a estudantes de outros países e uma circulação de pessoas dentro do espaço europeu.

Palavras-chave: Sociedade da informação e do conhecimento; educação superior; Processo de Bolonha.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem a intenção de analisar as universidades e as políticas europeias de ensino superior, em especial o Processo de Bolonha. Neste sentido, pretende-se contextualizar as crises das universidades e seus reflexos na educação superior. Constitui ainda finalidade deste trabalho perceber os efeitos da globalização hegemónica e da transnacionalização nas universidades e compreender as tensões existentes nas principais premissas do Processo de Bolonha.

Para a maior parte dos autores só existe uma globalização: a globalização capitalista neoliberal. Santos (2003) não obstante entende haver duas globalizações. A globalização hegemónica ou globalização a partir de cima, que atinge um paradigma económico, político e jurídico com caráter global, inspirado na lógica de mercado neoliberal. Ela possui como características: a prevalência do mercado sobre o Estado, a financeirização da economia global, a submissão do trabalho ao capital, o protagonismo das multinacionais e a recomposição territorial das economias. A globalização contra-hegemónica, em contraposição à globalização hegemónica ou globalização neoliberal, consiste no conjunto de políticas confrontacionais (lutas, redes e movimentos que enfrentam a globalização neoliberal e lhe contrapõe alternativas) que apesar de terem um foco local ou regional estão conectadas com lutas sociais paralelas travadas em outras localidades do globo.

A globalização hegemônica, no âmbito das políticas educacionais, tem como uma de suas características a transnacionalização das universidades. O ensino superior se relaciona com o cenário de competitividade econômica internacional, pois se exige uma formação mais completa dos profissionais e a invenção de novos produtos capazes de manter os países em uma boa posição no cenário global.

No cenário europeu as transformações trazidas pelo Processo de Bolonha trouxeram novos desafios. Cabe ressaltar que inicialmente o Processo de Bolonha era um projeto europeu. No entanto, hoje o Processo de Bolonha, ultrapassa as fronteiras da União Europeia.

A metodologia se baseia em análise documental de cada uma das declarações que compõem o Processo de Bolonha, além de relatórios de órgãos educacionais.

AS POLÍTICAS EUROPEIAS DE ENSINO SUPERIOR E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DO CONHECIMENTO

A globalização hegemónica, no âmbito das políticas educacionais, tem como característica a transnacionalização do mercado universitário. A globalização neoliberal traz a interdependência mundial a níveis económicos, políticos e culturais e a transnacionalização do mercado universitário é uma resposta a esta política de integração de diferentes países e da necessidade de uma maior qualificação profissional.

A transnacionalização do mercado baseia-se nas seguintes ideias: vivemos em uma sociedade da informação, com crescente circulação de capital, bens e ideias e a economia baseada no conhecimento exige cada vez mais capital humano como condição de criatividade no uso da informação (SANTOS, 2004). Além disso, o ensino superior articula-se atualmente ao cenário de competitividade económica internacional, pois se exige uma formação maior e mais completa de profissionais altamente qualificados e a descoberta ou invenção de novos produtos capazes de manter os países em uma boa posição na economia global.

A sociedade atual é também denominada sociedade do conhecimento, pois o poder deixou de ser oriundo exclusivamente do capital financeiro e passou a ser proveniente também da produção do conhecimento e das tecnologias (MORGADO; FERREIRA, 2006). Neste contexto, o mercado universitário tornou-se em um dos mais lucrativos, pois possui grande demanda, necessita de baixos investimentos e tem-se beneficiado do processo de destituição da universidade pública.

Para sobreviver, as universidades têm que estar ao serviço da sociedade de informação e da economia baseada no conhecimento e isto não é possível no paradigma da universidade pública. Logo, as noções propostas pelo Banco Mundial e pela OCDE servem para afirmar que o paradigma das universidades públicas deve ser substituído por um paradigma empresarial, baseado na rentabilidade, englobando tanto as universidades públicas como as privadas

A transnacionalização exerce influência no ensino superior, impondo transformações na educação. A Reforma de Bolonha pode ser considerada um reflexo destas mudanças no âmbito educativo. Com o Processo de Bolonha e o Espaço Europeu de Ensino Superior (EEES) criou-se uma resposta à mundialização, através de uma conceção territorial da "Europa do saber".

O Processo de Bolonha rompeu com o paradigma curricular do ensino superior e sua noção espacial e nacional. Com a Declaração de Bolonha, buscou-se transformar o ensino superior europeu em um produto competitivo no mercado global. Neste sentido, iniciou-se um processo de redução da autonomia dos Estados nacionais no âmbito educativo e passou a existir uma política supranacional de ensino superior.

A Reforma de Bolonha e o conjunto de declarações que a compõem não constitui um tratado ou acordo, nem sequer um ato jurídico realizado pela Comunidade Europeia ou pela União Europeia, mas sim um ato de natureza política entre Estados, uma soft law (FERREIRA, 2007).

A criação de uma área europeia de ensino superior não é parte de uma agenda de desenvolvimento científico e tecnológico, mas uma consequência da pressão da globalização no campo educativo. Todavia, as palavras "globalização" ou o termo "global", só surgem a partir do comunicado de Londres de 2007, cujo título foi "Rumo ao Espaço Europeu do Ensino Superior: resposta aos desafios de um mundo globalizado" (CHRISTOU, 2010).

As políticas europeias de ensino superior possuem diversas características dos processos de globalização da educação, como a transnacionalização do ensino superior, a mobilidade e preconização de investimentos privados nas universidades. Estas transformações, por sua vez, constituem uma globalização de baixa intensidade, pois não possuem como objetivo a promoção das lutas contra-hegemónicas. A União Europeia tinha a intenção de se tornar mais competitiva em um mercado económico global e por outro lado, não dispunha de recursos financeiros para manter o Estado Providência. O Processo de Bolonha foi elaborado neste contexto.

O PROCESSO DE BOLONHA

O Processo de Bolonha teve início em 1998 com a Declaração de Sorbonne (França), porém ficou mais conhecido após a Declaração de Bolonha (Itália) em 1999. Posteriormente, este processo teve continuidade com as reuniões dos ministros da educação da União Europeia (UE)[1].

[1] Estas reuniões ocorreram em Praga (República Checa) no ano de 2001, em Berlim (Alemanha) em 2003, em Bergen (Noruega) em 2005, em Londres (Reino Unido) em 2007, em Lovaina (Bélgica) em 2009, em Budapeste-Viena (Hungria e Áustria) em

A Reforma de Bolonha apresenta os objetivos a serem realizados pelas universidades europeias a fim de garantir uma maior competitividade no cenário internacional, como a utilização do sistema de créditos (ECTS) para garantir a equivalência entre as universidades e permitir maior mobilidade estudantil. Inicialmente, o prazo final para a aplicação dos objetivos de Bolonha foi o ano de 2010, todavia este prazo foi alterado para 2020 na Declaração de Lovaina. Apesar do prazo ter sido estendido, a maior parte das universidades europeias se adequou à Bolonha até 2010.

Antes do Processo de Bolonha, dois tratados internacionais já se ocupavam da educação europeia. O Tratado de Maastricht de 1992 inseria o tema da educação na União Europeia comunitário e os artigos 126 e 127 tratavam das temáticas da educação e da formação. O Tratado de Amsterdão de 1997 em seus artigos 149 e 150 discorria sobre o desenvolvimento de uma educação de qualidade e a cooperação entre países-membros da União Europeia na área da educação, mas respeitando a autonomia dos Estados e a diversidade cultural e linguística.

O primeiro documento precursor da Declaração de Bolonha data de 1988 e é denominado *Magna Charta Universitatum*. Este documento já tratava de questões que seriam trazidas posteriormente pela Declaração de Bolonha e outros documentos da política de ensino superior europeia. A Magna Carta foi escrita em Bolonha, Itália, pelos reitores das universidades europeias em comemoração ao nono centenário da Universidade de Bolonha tendo como objetivo destacar o papel das universidades em uma sociedade que se transforma e se internacionaliza cada vez mais. A Magna Carta, lançada quatro anos antes da abolição das fronteiras comunitárias, trazia como princípios fundamentais: a autonomia e a independência universitária, a não separação entre ensino e investigação, a liberdade no ensino e na investigação e o ultrapassar das fronteiras geográficas ou políticas.

A Magna Carta *Universitatum* dispôs que o futuro da humanidade dependeria do desenvolvimento cultural, científico e técnico que se desenvolveria nos centros de cultura e de conhecimento europeus. "Depositária da tradição do humanismo europeu, mas com a preocupação constante de alcançar o saber

2010 e em Bucareste (Roménia) em 2012. Em 2015, o encontro ocorreu na cidade de Yerevan (Arménia).

universal, a Universidade, para assumir suas missões, ignora as fronteiras geográficas ou políticas […]" (Observatory *Magna Charta Universitatum*, 1988).

A Magna Carta *Universitatum* não destacou diretamente a competitividade internacional, mas ressaltou alguns aspetos sociais, entre eles: formação permanente, não separação ente investigação e atividade didática, autonomia universitária, liberdade de investigação e de ensino e atribuição de bolsas. Afirmava, ainda, que a universidade tem o papel de garantir às futuras gerações uma educação que contribua para o ambiente natural e da vida.

Algumas das prerrogativas de Bolonha já estavam explícitas na Magna Carta, como a mobilidade de estudantes e docentes e a política de equivalências entre as universidades: "Tal como nos primeiros anos da sua história, as universidades encorajam a mobilidade de docentes e estudantes. Além disto, consideram que uma política global de equivalência de estatutos, títulos, exames […]" (Observatory *Magna Charta Universitatum*, 1988).

O documento que antecedeu a Declaração de Bolonha foi a Declaração de Sorbonne de 25 de maio de 1998, declaração conjunta dos quatro ministros encarregues do ensino superior da Alemanha, França, Itália e do Reino Unido, em comemoração ao 800º aniversário da Universidade de Paris. Esta declaração enunciou a construção de uma Europa do conhecimento, um esforço na criação de um espaço europeu do ensino superior. "[…] A Europa que nós construímos não é apenas a Europa do Euro, dos bancos e da economia, deverá também ser uma Europa do saber" (European Higher Education Area - EHEA - Declaração de Sorbonne, 1998).

A declaração de Sorbonne, apesar de não ser oficialmente integrante do Processo de Bolonha, foi escrita um ano antes em reunião com ministros de apenas quatro países (Alemanha, França, Reino Unido e Itália), mas já com as principais premissas que estariam na Reforma de Bolonha: educação e a formação ao longo da vida, promoção da mobilidade e da cooperação, divisão do ensino superior em dois ciclos principais: pré-licenciatura e pós-licenciatura, utilização de créditos (como no sistema ECTS - *European Credit Transfer and Accumulation System*) e de semestres.

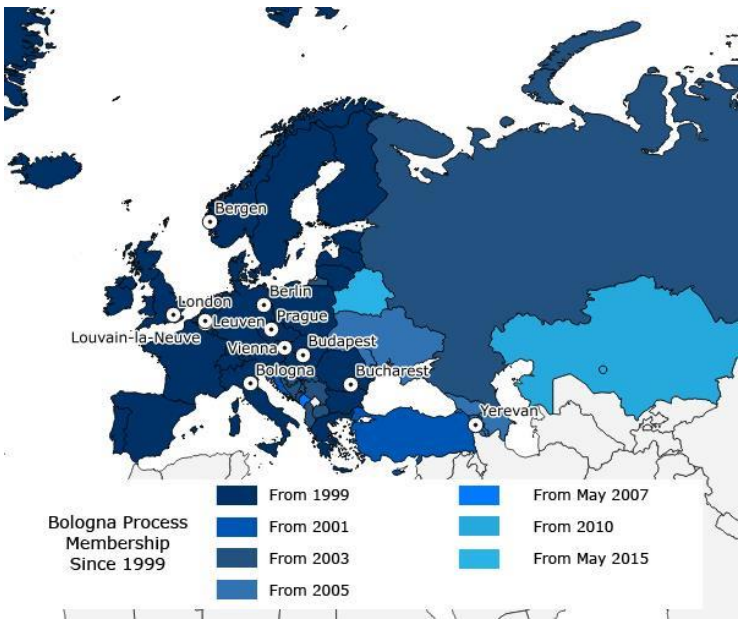
> Um espaço europeu aberto ao ensino superior oferece abundantes perspetivas positivas, respeitando, naturalmente, as diferenças de cada um, mas exigindo esforços sérios para abolir barreiras e desenvolver um quadro de ensino que promova a mobilidade e a cooperação conjunta de forma cada vez mais estreita (EHEA - Declaração de Sorbonne, 1998).

Em relação ao ensino na licenciatura, o documento afirma que deveriam ser oferecidos aos estudantes programas diversificados, compreendendo estudos pluridisciplinares, aquisição de competências linguísticas, além da utilização das novas tecnologias da informação.

A Declaração de Bolonha, cujo nome marcou o processo de Bolonha, constitui o principal documento de construção de um espaço de ensino superior europeu. Ela foi assinada em Bolonha, no dia 19 de junho de 1999 por 29[2] Ministros da Educação europeus.

Abaixo dois mapas que mostram a expansão e domínio do Processo de Bolonha que até 2020 já ultrapassou as fronteiras do continente europeu.

Figura nº 1 – Mapa da expansão dos países-membros do Processo de Bolonha e das conferências ministeriais



Fonte: EHEA (2015) Conferências ministeriais http://www.ehea.info/article-details.aspx? ArticleId=43 [11 de setembro de 2016].

[2] Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Malta, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Roménia, Suécia e Suíça.

Figura nº 2– Mapa do mundo destacando os países-membros do Processo de Bolonha

Fonte: EHEA, 2020

A criação do Espaço Europeu do Ensino Superior, segundo a Declaração de Bolonha vem da necessidade de criar uma Europa mais completa e alargada, com a finalidade de garantir maior competitividade internacional.

> Teremos que fixar-nos no objetivo de aumentar a competitividade no Sistema Europeu do Ensino Superior. A vitalidade e a eficiência de qualquer civilização podem ser medidas através da atração que a sua cultura tem por outros países. Teremos que garantir que o Sistema Europeu do Ensino Superior adquira um tal grau de atração que seja semelhante às nossas extraordinárias tradições culturais e científicas (EHEA - Declaração de Bolonha, 1999)

Deste modo, a Declaração de Bolonha pretendia ordenar as políticas educacionais a fim de atingir uma série de finalidades. Um dos objetivos consistia na adoção de um sistema baseado essencialmente em duas fases principais, a pré-licenciatura (licenciatura com duração mínima de 3 anos) e a pós-licenciatura, que conduziria ao grau de mestre ou doutor. O segundo objetivo baseava-se na criação de um sistema de créditos - tal como no sistema ECTS - como forma de

incentivar a mobilidade dos estudantes europeus. O incentivo à mobilidade de estudantes, professores, investigadores e pessoal administrativo era o terceiro objetivo. A quarta finalidade tratava do incentivo à cooperação Europeia na garantia da qualidade com o intuito de desenvolver critérios e metodologias comparáveis. Por fim, o último objetivo dizia respeito ao desenvolvimento curricular, cooperação interinstitucional, projetos de circulação de pessoas e programas integrados de estudo, de estágio e de investigação na Europa.

Na Cimeira de Lisboa, realizada em março de 2000, o tema da criação de uma Europa do conhecimento foi retomado como forma de tornar a União Europeia uma Europa mais dinâmica e competitiva, o que garantiria o crescimento económico e mais empregos. A Estratégia de Lisboa tinha como finalidade estabelecer uma relação entre economia sustentável, conhecimento-competitividade e coesão social (SIMÃO *et al*, 2005).

No Comunicado de Praga, no ano de 2001, os ministros europeus reafirmaram seu compromisso em estabelecer uma Área Europeia de Ensino Superior até 2010. Neste evento, foi apresentado o relatório "*Furthering the Bologna Process*", encomendado por um grupo de acompanhamento da Reforma de Bolonha. Neste relatório chegou-se a conclusão de que as metas traçadas pela Declaração de Bolonha foram largamente aceites e usadas como base para o desenvolvimento do ensino superior. Na Declaração de Praga os ministros europeus reafirmaram os esforços para a promoção do Processo de Bolonha, através da continuidade de seis objetivos principais: a adoção de um sistema de graus facilmente legíveis e comparáveis, a adoção de um sistema baseado essencialmente em dois ciclos principais, estabelecimento de um sistema de créditos como o ECTS, a promoção da mobilidade, promoção da cooperação europeia na garantia da qualidade, promoção da dimensão europeia no ensino superior. Foram ainda enfatizados os seguintes pontos na Declaração de Praga: a aprendizagem ao longo da vida, o envolvimento de instituições de ensino superior e de estudantes na construção de uma Europa do conhecimento, promoção da atratividade da Área Europeia de Ensino Superior e o acompanhamento continuado do processo de Bolonha pelos ministros europeus de ensino superior e pelas associações que faziam parte deste processo. A dimensão social fez também parte da Declaração de Praga: "Os estudantes devem participar e influenciar a organização e o conteúdo do ensino nas universidades e outras instituições de ensino superior, com objetivo […] de ter em conta a dimensão social no Processo de Bolonha" (Declaração de Praga,

2001: 1). Assim, em Praga, o número de objetivos foi aumentado e foi reafirmado o compromisso em implementar a Área Europeia de Ensino Superior até 2010.

A Comissão Europeia, em 5 de fevereiro de 2003, debateu o papel das universidades na sociedade e na economia do conhecimento na Europa e no mesmo ano houve o encontro posterior em Berlim, em 19 de setembro, com os ministros de 33 países europeus. Neste encontro, o aumento da competitividade europeia manteve-se nas diretrizes, e seria obtido através da investigação e da interdisciplinaridade. Foi enfatizado o caráter público da educação e a necessidade do reforço da coesão social e da redução das desigualdades. No entanto, a declaração de Berlim não apontava os meios para se atingir os fins sociais propostos. Foram definidas algumas prioridades a serem cumpridas em dois anos: promover sistemas nacionais de avaliação efetivos, implementar o uso do sistema de graus baseado em dois ciclos e melhorar o sistema de reconhecimento de graus e de períodos de estudo.

Em 2005, a European Network for Quality Assurance in Higher Education (ENQA), juntamente com a European University Association (EUA), a European Association of Institutions in Higher Education (EURASHE) e a National Unions of Students in Europe (ESIB) desenvolveram um quadro de padrões e de linhas para assegurar a qualidade do Espaço Europeu de Ensino Superior, que posteriormente foram assimilados no encontro de Bergen (FERREIRA, 2007). Neste encontro, foi realizada uma Cimeira Ministerial com 45 Ministros da Educação europeia. Nesta reunião surgiram novas ações como: adoção de linhas orientadoras para a garantia de qualidade e a implementação de quadros de qualificação nacionais compatíveis com o Quadro Europeu de Qualificações.

A Conferência Ministerial de Londres em 2007 reforçou o debate das reuniões anteriores e acrescentou a necessidade de abolição das medidas estatais que constituíam um entrave ao Processo de Bolonha, o reforço da ação social na educação superior e o esforço na recolha de dados, para elaboração de uma base que favorecesse a mobilidade e a empregabilidade, entre outras medidas.

Após a declaração de Bolonha em 1999 até a reunião ministerial em Lovaina em 2009, mais 18 países aderiram à declaração de Bolonha, que passaram a ser 48[3] no total. Ainda em Lovaina, foram apresentados diversos relatórios,

[3] São os países a seguir: Albânia, Alemanha, Andorra, Arménia, Azerbaijão, Áustria, Bélgica, Bielorussia, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Cazaquistão, Chipre, Croácia,

entre eles, os avanços ocorridos nos últimos dois anos. Em Lovaina se admitiu, ainda, que o processo de Bolonha continuaria depois de 2010, tendo sido estabelecidas as seguintes prioridades para a nova década: proporcionar oportunidades iguais para uma educação de qualidade; aumentar a participação na aprendizagem ao longo da vida; promover a empregabilidade; desenvolver resultados de aprendizagem centrados no estudante e missões de ensino; articular a educação, a pesquisa e a inovação; abrir as instituições de ensino superior aos fóruns internacionais; aumentar as oportunidades para a mobilidade e a sua qualidade; melhorar a recolha de dados; desenvolver ferramentas de transparência multidimensionais e garantir o financiamento.

Em Budapeste-Viena, em 2010, foi realizada uma conferência em comemoração aos 10 anos da Reforma de Bolonha e foram apresentados relatórios sobre as alterações nos últimos 10 anos. Os pontos mais destacados foram: a liberdade académica assim como a autonomia e a responsabilidade das instituições de ensino superior como princípios do Espaço Europeu de Ensino Superior; o papel decisivo da comunidade académica para tornar o EEES uma realidade; o ensino superior como uma responsabilidade pública e promoção da igualdade de oportunidades para uma educação de qualidade. Nesta reunião, os ministros prometeram escutar as críticas de docentes e discentes contra o Processo de Bolonha.

No Relatório *Trends* de 2010 o Processo de Bolonha foi citado por 78% das instituições de ensino superior europeias como desenvolvimento de maior importância nos últimos três anos nas estratégias institucionais[4]. Para 58% das universidades europeias a criação do Espaço Europeu de Ensino Superior foi

Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Liechtenstein, Luxemburgo, Macedónia, Malta, Moldávia, Montenegro, Noruega, Países Baixos, Polónia, Portugal, Roménia, Rússia, Santa Sé, Sérvia, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido, República Checa e Ucrânia.

[4] Nesta mesma investigação após o Processo de Bolonha, o item "Reformas para assegurar a qualidade" foi destacado por 63% das instituições, a "Internacionalização" foi mencionada por 61%, "Reformas Governamentais" foi citada por 49%, o item "Reformas de financiamento" foi evidenciado por 45%, "Políticas europeias de investigação e inovação" ressaltado por 43% e "Mudanças demográficas" enfatizado por 26% e "*rankings*/tabelas de classificação" foi referido por 23% das universidades pesquisadas.

considerada muito positiva[5]. A implementação do ensino superior em dois ou três ciclos (Licenciatura, Mestrado e Doutoramento) nos campos académicos no EEES em 2003 era de 53%, em 2007 era de 82% e em 2010 o índice subiu para 95%. Já em relação aos créditos ECTS, 97% das instituições de ensino superior europeias afirmaram que em 2010 possuíam este sistema de créditos (European University Association 2003, 2007, 2010).

A reunião ministerial de 2012 foi realizada em Bucareste. No encontro compareceram os 47 ministros europeus da educação superior que faziam parte do Processo de Bolonha. Nesta declaração sustentou-se que o ensino superior poderia ajudar na solução da crise económica europeia. Afirmou-se, ainda, que após o processo de Bolonha as estruturas do ensino superior europeu seriam mais compatíveis e que entre 2012 e 2015 os esforços seriam concentrados na continuação do suporte às instituições de ensino superior para a adequação às linhas do Processo de Bolonha.

Em 2015 no comunicado de Yerevan foram restabelecidas as metas até 2020, quais sejam: melhorar a qualidade do ensino; promover a empregabilidade dos diplomados; fazer dos sistemas de ensino superior europeus mais inclusivos e implementação de reformas estruturais, como a garantia do mesmo grau de estrutura, créditos e padrões de garantia de qualidade nos países-membros.

Além dos ministros europeus de ensino superior e da Comissão Europeia, participaram da Reforma de Bolonha outras entidades que fizeram um grupo de acompanhamento de todo o processo, apesar de não terem direito ao voto, sendo membros consultivos. São elas: O Conselho da Europa, a EUA (European University Association), a EURASHE (European Association of Institutions in Higher Education), a ESIB (The National Unions of Students in Europe), a UNESCO/CEPES (European Centre for Higher Education), a EI Pan-European Structure, a ENQA (European Association for Quality Assurance in Higher Education) e a UNICE (Union of Industrial and Employers' Confederation of Europe).

[5] Após as 58% das universidades que consideram o Espaço Europeu de Ensino Superior como "muito positivo", aparece a resposta "resultados mistos" com 38%. Entretanto, 3% consideram que a Área Europeia de Ensino Superior é "indiferente" e para 0,1% seria "negativa".

De um modo geral, os principais pontos do Processo de Bolonha foram: a adoção de um sistema de créditos compatíveis e comparáveis, a implementação de um sistema baseado em dois ciclos principais, fomento da mobilidade, melhoria da cooperação europeia com o objetivo de assegurar a qualidade, desenvolvimento do aprendizado ao longo da vida, promoção da atratividade e competitividade do ensino superior europeu e a criação de um Espaço Europeu de Ensino Superior (Rauhvargers, 2008; Divis, 2008). A seguir um quadro que sintetiza as premissas de cada documento de Bolonha.

Quadro 1 – Documentos do Processo de Bolonha e suas principais características

Documentos/ características	Magna Carta	Declaração	Declaração de Bolonha	Declaração de Praga	Declaração de Berlim	Declaração de Bergen	Declaração de Londres	Declaração de Lovaina	Declaração de Budapeste/	Declaração de Bucareste	Declaração de Yerevan
Ano	1988	1998	1999	2001	2003	2005	2007	2009	2010	2012	2015
Número de países participantes	430 reitores europeus	4	29	32	33	45	46	46	47	47	48
Fez parte oficialmente do Processo de Bolonha	NAO	NAO	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
Espaço Europeu de Ensino Superior		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Atratividade/ competitividade		X	X	X	X	X	X		X		
Empregabilidade					X		X	X		X	X
Ensino em Ciclos		X	X	X	X	X		X		X	
Sistema compatível de créditos		X	X	X				X		X	X
Mobilidade	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Não separação entre ensino e investigação	X							X			

Aprendizagem ao longo da vida		X	X	X	X		X	X			X
Qualidade do ensino superior			X	X	X	X	X	X	X	X	X
Indepen-dência/ autonomia			X								
Dimensão social/bolsas	X			X	X	X	X	X		X	X
Ensino centrado no estudante								X		X	

Ao observar as declarações que compõem o Processo de Bolonha as quais incluí a Magna Carta e a declaração de Sorbonne, apesar de não oficialmente estarem incluídas, entendemos que integram o processo. Das onze declarações descritas no quadro acima, dez mencionam o "Espaço Europeu de Ensino Superior" e "Mobilidade" seja de alunos, professores ou funcionários. No entanto a maior parte das declarações enfatiza a mobilidade de estudantes.

Das onze declarações supra mencionadas oito mencionam "Qualidade do ensino superior" (entre os anos de 2001 e 2015), sete descrevem "Atratividade/Competitividade" (1999 a 2007 e 2010), "Ensino em ciclos" está descrito nas primeiras declarações e em outras duas e a "Dimensão Social/bolsas" foi citada nos documentos de 1998; 2003 a 2010 e 2015.

Os temas a seguir foram citados em seis dos 11 documentos "Sistema compatível de créditos" e "Aprendizagem ao longo da vida", já "Empregabilidade" foi mencionado por cinco declarações (2003; 2007; 2009; 2012 e 2015). Cremos que o fato de a partir de 2007 este termo ter sido reiteradamente utilizado se relaciona com a crise económica europeia e o efeito do desemprego no continente.

Alguns dos aspectos tratados pela Reforma de Bolonha foram tratados de forma subsidiária (menos da metade dos documentos) como a "Independência/autonomia da universidade" que foi citada somente na declaração de Praga e a "Não separação entre ensino e investigação", que aparece na declaração de Bolonha e Budapeste/Viena.

Neste contexto, é possível observar que o foco do Processo de Bolonha foi desde o início a implementação de uma área europeia do saber que permitisse a mobilidade dos sujeitos (estudantes principalmente), movimentando a economia dos países europeus. Importantes aspectos sociais como a garantia de bolsas para mobilidade não foi garantida apesar de expressa nos documentos, tampouco a independência universitária e a relação mais próxima entre ensino e pesquisa foram ressaltadas.

CONCLUSÃO

O Processo de Bolonha alterou todo o paradigma do ensino superior nos países que compõem o Espaço Europeu de Ensino Superior porque acarretou mudanças no modelo educativo dos países aderentes, em seus objetivos, organização e avaliação.

O modelo educativo se deslocou de uma análise centrada na transmissão de conhecimentos para um modelo centrado no estudante e na formação contínua ao longo da vida. Os objetivos foram alterados pois pretendia-se que os estudantes obtivessem um conjunto de capacidades que lhes permitissem o aprendizado contínuo e a apresentar atitudes adequadas em distintos contextos de trabalho.

Em relação às universidades, passou-se a esperar que respondessem às expectativas quanto ao ensino, investigação e cooperação com outras instituições, além de equacionar as questões relativas à avaliação, acreditação e qualidade.

No entanto, o processo de Bolonha centrou-se numa análise do ensino superior europeu voltada para aspectos econômicos, deixando como temas subsidiários aspectos como a democratização do ensino e a nao separação entre ensino e investigação.

A ideia central do Processo de Bolonha é a criação de uma "Europa do saber", como apontam alguns documentos, que proporcione atratividade a estudantes de outros países e uma circulação de pessoas dentro do espaço europeu, no sentido de proporcionar uma sociedade da informação e do conhecimento.

O processo de Bolonha ao invés de gerar mais coesão social e reduzir as desigualdades sociais, como afirmam suas premissas pode vir a aumentar a hierarquização social entre os estudantes e mesmo entre países, por meio da chamada "fuga de cérebros".

REFERÊNCIAS

CHRISTOU, Miranda. "Education in Real time: the globalization of synchronized learning" in Ball, Stephen; Dworkin, Anthony G.; Vryonildes, Marios (eds.) Current Sociology: Journal of International Sociological Association 2010 (ISA) 58(4), 570-596.

DIVIS, Jindra "International recognition and quality assurance – two priorities of the Bologna Process" in Rauhvargers, Andrejs; Bergan, Sjur (eds.). Recognition in the Bologna Process: policy development and the road to good practice. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2008 63-72.

EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION (2010) Trends 2010: A decade of change in European Higher Education. Brussels: European University Association.
http://www.eua.be/Libraries/Publications_homepage_list/Trends2010.sflb.ashx [20 de junho de 2014].

EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION (2007) Trends V: Universities shaping the European Higher Education Area. Brussels: European University Association.
http://www.eua.be/Libraries/Publications_homepage_list/EUA_Trends_V_for_web. sflb.ashx [20 de junho de 2014].

EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION (2003) Trends 2003: Progress towards the European Higher Education Area. Brussels: European University Association. http://www.eua.be/eua/jsp/en/upload/Trends2003final. 1065011164859.pdf [17 de junho de 2014].

EHEA (2015) "Making the Most of Our Potential: Consolidating the European Higher Education Area Bucharest Communiqué". Bucareste, Roménia 26-27 de abril de 2012. Bucareste: EHEA
http://www.ehea.info/Uploads/%281%29/Bucharest%20Communique%2020 12%2 81%29.pdf [18 de agosto de 2013].

EHEA (2010) "Budapest-Vienna Declaration on the European Higher Education Area". Budapeste-Viena, Hungria e Áustria 12 de março de 2010. Budapeste-Viena: EHEA. http://www.ehea.info/ Uploads/Declarations/Budapest-Vienna_Declaration.pdf [21 de agosto de 2012].

EHEA (2009) "Communiqué of the Conference of European Ministers Responsible for Higher Education, Leuven and Louvain-laNeuve. The Bologna Process 2020 - The European Higher Education Area in the new decade". Lovaina, Bélgica 28-29 abril de 2009. Lovaina: EHEA.
http://www.ehea.info/Uploads/Declarations/Leuven_Louvain-la-Neuve Communiqu %C3%A9_April_2009.pdf [12 de agosto de 2010].

EHEA (2007) "London Communiqué. Towards the European Higher Education Area: responding to challenges in a globalised world". Londres, Reino Unido 10 de maio de 2007. Londres: EHEA.
http://www.ehea.info/Uploads/Declarations/London_Communique18May20 07.pdf [12 de agosto de 2014].

EHEA (2005) "Communiqué of the Conference of European Ministers Responsible for Higher Education, Bergen. The European Higher Education Area - Achieving the Goals". Bergen, Noruega 19-20 de maio de 2005. Bergen:

EHEA. http://www.ehea.info/Uploads/Declarations/ Bergen_Communique1.pdf [12 de agosto de 2010].

EHEA (2003) "Communiqué of the Conference of Ministers responsible for Higher Education in Berlin: 'Realising the European Higher Education Area'". Berlim, Alemanha 19 de setembro de 2003. Berlim: http://www.ehea.info/Uploads/ Declarations/Berlin_Communique1.pdf [12 de agosto de 2010].

EHEA (2001) "Communiqué of the meeting of European Ministers in charge of Higher Education in Prague. Towards The European Higher Education Area". Praga, República Checa19 de maio de 2001. Praga: EHEA. http://www.ehea.info/Uploads/Declarations/PRAGUE_ COMMUNIQUE.pdf [12 de agosto de 2010].

EHEA (1999) "The Bologna Declaration: Joint declaration of the European Ministers of Education". Bolonha: Itália, 19 de junho de 1999. Bolonha: EHEA. http://www.ehea.info/Uploads/Declarations/ BOLOGNA_DECLARATION1.pdf [12 de agosto de 2010].

EHEA (1998) "Sorbonne Joint Declaration: Joint declaration on harmonisation of the architecture of the European higher education system". Sorbonne, França, 25 de maio de 1998. Sorbonne: EHEA. http://www.ehea.info/Uploads/Declarations/SORBONNE_DECLARATIO N1.pdf [12 de agosto de 2010].

FERREIRA, José B. (2007) "Bolonha: reconfiguração do ensino superior e desafios curriculares?" in Pacheco, José A.; Morgado, José C.; Moreira, António F. (eds.). Globalização e (des)igualdades: desafios contemporâneos. Porto: Porto Editora, 73-82.

RAUHVARGERS, Andrejs (2008) "Recognition between Bologna and the European Higher Education Area: status and overview" in Rauhvargers, Andrejs; Bergan, Sjur (eds.) Recognition in the Bologna Process: policy development and the road to good practice. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 19-50.

SANTOS, Boaventura de Sousa; ALMEIDA, Naomar. *A universidade no século XXI:* para uma nova universidade. Coimbra: Almedina, 2008.

SANTOS, Boaventura de S. C*onhecimento prudente para uma vida decente*: um discurso sobre as ciências revisitado. São Paulo: Cortez, 2004.

_____ "Poderá o Direito Ser Emancipatório?" Revista Crítica de Ciências Sociais. 2003. 65, 3-76.

SIMÃO, José V.; Santos, Sérgio M.; COSTA, António de A. Ambição para a excelência: A oportunidade de Bolonha. Lisboa: Gradiva, 2005.

PESQUISA EMPÍRICA SOBRE AÇÃO AFIRMATIVA NA FACULDADE DE DIREITO UFF: um recorte, uma leitura

Erli Sá dos Santos
Universidade Federal Fluminense, Mestre, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil,
erlisantos@tjrj.jus.br

Resumo: Este artigo pretende apresentar uma leitura de recorte da dissertação "ENSINO JURÍDICO E POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NA FACULDADE DE DIREITO UFF: entre dados, palavras e silêncios – os sentidos", defendida em dezembro de 2019, junto ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. A dissertação é uma análise de dados, palavras e silêncios, identificados em pesquisas empíricas realizadas pelo Grupo de Pesquisa em Ensino Jurídico, coordenado pelo professor Dr. Delton R. S. Meirelles, na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, entre 2015 e 2017. A relevância da investigação está na necessidade de se identificar os elementos presentes no comportamento da política pública implementada no curso, a partir da obrigatoriedade imposta pela Lei 12711/2012. Integra o recorte e a leitura um micro conjunto de dados, palavras (ditos) e não ditos (silêncios), presentes na dissertação, apurados em entrevistas concedidas e formulários preenchidos por discentes, docentes e servidores, no período da pesquisa. A análise toma por base, em especial, os referenciais teóricos da Análise de Discurso (vertente francesa), cujos pressupostos possibilitam compreender o texto como uma unidade significativa composta por uma diversidade de elementos – ditos (palavras) e não ditos (silêncios), por exemplo, – que, combinados, formam um todo significativo. Contribuem também para a leitura os conceitos sociológicos de Pierre Bourdieu, tais como *habitus* e reprodução, bem como os referenciais da Teoria Crítica da Raça, essenciais para a compreensão do conceito de raça e dos mecanismos de discriminação racial.

Palavras-chave: Discriminação; Ensino Jurídico; Política de Ações Afirmativas.

INTRODUÇÃO

A dissertação ENSINO JURÍDICO E POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NA FACULDADE DE DIREITO UFF: entre dados, palavras e silêncios – os sentidos (SANTOS, 2019), tomada como texto-base para a produção deste artigo, apresentou uma leitura acerca da dinâmica de funcionamento das Políticas de Ação Afirmativa na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), a partir de 2012, em decorrência do

cumprimento da Lei 12711/2012, a vulgarmente conhecida como Lei de Cotas, sancionada por Dilma Rousseff, tendo como determinação a reserva de 50% das vagas das instituições federais de ensino, adotando-se, para isso, critérios sociais e raciais.

À quase duas décadas, do marco inicial da política pública de reserva de vaga, alguns embates permanecem nos cenários onde a política foi implementada, fazendo com que os debates sobe o tema ainda sejam pertinentes, o que justifica, inclusive, a produção deste artigo, que busca registrar e tornar públicas algumas informações e reflexões acerca da dinâmica de funcionamento da política recortadas da dissertação acima referenciada.

Assim, este texto, sendo parte daquele que lhe deu origem, visa tratar do mesmo tema, tendo a intensão de apresentar uma (re)leitura de alguns dos conteúdos do texto originário.

Discorre-se, aqui, inicialmente, sobre uma seleção dentre as diversas categorias presentes na dissertação. Apresenta-se, em seguida, uma leitura sobre dados, palavras e silêncios, identificados no contexto do curso e que confirmam a hipótese da pesquisa: a resistência à implementação e desenvolvimento da política pública no ambiente acadêmico investigado, compreendendo-se como prática que reforça os mecanismos de exclusão e discriminação estruturais e estruturantes.

O objetivo central da pesquisa concentrou-se na investigação da relação dos sujeitos que compõem a comunidade acadêmica interna com a materialização da Lei 12711/2012 naquele ambiente. A pesquisa empírica utilizou como metodologia a aplicação de formulários e entrevistas que, sistematizados, resultaram em rico material com interessantes pistas discursivas acerca da política no curso.

O primeiro capítulo da dissertação, intitulado *O contexto: educação, ensino jurídico e políticas de ação afirmativa*, traçou um panorama da política pública, expondo também informações sobre a pesquisa empírica em ensino jurídico, realizada por grupos de pesquisa coordenados pelo professor Dr. Delton R. S. Meireles, vinculados à Graduação em Direito e ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, entre 2015 e 2017.

Já o segundo capítulo, *Os Caminhos: referenciais teórico-metodológicos*, apresentou, como indica o título, as lentes utilizadas para a análise dos dados apurados na pesquisa, a fim de testar a hipótese da investigação: "a aparente

resistência às políticas de ação afirmativa e à efetiva presença dos alunos ingressantes por reserva de vagas no contexto do curso de Direito" (SANTOS, 2019, p. 18). A principal categoria investigada na pesquisa, o silêncio, o não dito, foi compreendida como marca dos conflitos vividos no curso. À ausência de dizer atribui-se sentido, tomando-se por base categorias da Análise de Discurso, tais como condições de leitura, formação discursiva e a ideologia, sobre as quais se discorrerá no corpo deste artigo. O silêncio manifesta-se, de acordo com o texto originário, no contexto observado, como estratégia que contribui para a manutenção e reprodução do *status quo*, portanto, da estrutura excludente até então vigente, em que grupos de negros e pobres não frequentavam as cadeiras do curso.

O referencial bibliográfico sobre a Análise de Discurso, vertente francesa, é representado por obras da pesquisadora Eni Orlandi (1995, 2008, 2012), com especial destaque para o livro AS FORMAS DO SILÊNCIO: no movimento dos sentidos, de 1995.

A vertente francesa da Análise de Discurso (ORLANDI, 1995, p. 16-17) representada, por M. Pêcheux, tem por base fundamentalmente o lugar em que Pêcheux situa a língua, buscando tratar do discurso, ou seja, da relação entre língua e ideologia, abordando, portanto, a materialidade da língua. De acordo com essa concepção, "A ideologia se produz justamente no ponto de encontro da materialidade da língua com a materialidade da história. Como o discurso é o lugar desse encontro, é no discurso (materialidade específica da ideologia) que melhor podemos observar esse ponto de articulação." (ORLANDI, 1995, p.20).

O conjunto de ferramentas apresentado pela autora na obra citada instrumentaliza sua compreensão de que não se pode considerar a ausência do dizer (silêncio) como manifestação menor, que pouco ou nada representa, atribuindo-lhe uma carga semântica de neutralidade. Ao contrário, o silêncio tem sentido. Esse significar não diz respeito necessariamente a traduzi-lo em palavras, mas à compreensão de que há movimentos em torno dos sentidos, que estão relacionados à materialidade, à historicidade do silêncio.

Cabe ainda ressaltar nesta introdução que contribuem para a análise do conjunto de dados apurados, além dos pressupostos teóricos da vertente francesa da Análise de Discurso, alguns dos referenciais teóricos da sociologia de Pierre Bourdieu e da Teoria Crítica da Raça, que serão destacados no desenvolvimento deste artigo.

A sociologia de Pierre Bourdieu, filósofo social francês que produziu um variado estudo e produção nos campos da educação, cultura, arte, política, economia, literatura, filosofia e, também, no campo do direito, contribui, para o escopo deste trabalho com os conceitos de *habitus* e reprodução, cujas definições integrarão a análise dos dados presentes na próxima seção.

Já a Teoria Crítica da Raça, segundo Pires e Silva (2015), fornece instrumental teórico para que se possa utilizar a categoria raça como ferramenta de análise de realidades em que estejam situados mulheres negras e homens negros.

No terceiro capítulo da dissertação, intitulado *Dados e sentidos: Entre afetos, palavras e silêncios*, é apresentado recorte específico da pesquisa, portanto, os dados e os sentidos, buscando-se assim verificar nas pistas apuradas o grau de efetividade da Lei, não apenas nos dados quantitativos, mas também nos qualitativos, representados pela negação ou afirmação da existência de contradições e conflitos aplicação da lei no curso, para isso, é observada a relação entre as categorias inclusão (obediência a determinação legal da Lei de Cotas) e exclusão (sentimento de não pertencimento, invisibilização, resistência à política pública).

DOS DADOS AOS SENTIDOS

Este artigo toma por base em especial o terceiro capítulo da dissertação Dados e sentidos: Entre afetos, palavras e silêncios. No entanto, algumas considerações que dizem respeito aos capítulos iniciais serão apresentadas no que forem pertinentes para a compreensão dos dados selecionados.

Em termos de panorama histórico, a educação formal brasileira sempre foi marcada institucionalmente pela reprodução e manutenção da estrutura social excludente, inclusive

> apresentando-se ela mesma como uma forma de privilégio, quando se utilizou de mecanismos de seleção escolar e de um conteúdo cultural que não foi capaz de propiciar às diversas camadas sociais sequer uma preparação eficaz para o trabalho. Ao mesmo tempo que ela deu à camada dominante a oportunidade de se ilustrar, ela se manteve insuficiente e precária, em todos os seus níveis, atingindo apenas uma minoria que nela procurava uma forma de conquistar ou manter *status*. (ROMANELLI, 2012, p. 23-24).

Essa regularidade na hierarquização do acesso à educação sistematizada é facilmente compreendida ao ser analisada na perspectiva do *habitus*, um dos conceitos fundamentais de Bourdieu, que define a categoria

> como uma propriedade de atores (sejam indivíduos, grupos ou instituições) que é composta de uma "estrutura estruturante [...] e estruturada" (BOURDIEU, 2007:164 [1979]. Ela é "estruturada" pelo nosso passado e circunstâncias atuais, como a criação na família e as experiências educacionais. Ela é "estruturante" no sentido de que nosso habitus ajuda a moldar nossas práticas atuais e futuras. Ela é uma "estrutura" por ser ordenada sistematicamente, e não aleatória ou sem nenhum padrão. (GRENFELL, 2018, p. 75).

Tal quadro histórico, cujos principais elementos, por força do *habitus*, ainda integram o contexto educacional brasileiro.

> Sabe-se que os vestibulares feitos para ingresso nas universidades não objetivam aferir conhecimento ou capacidade do candidato, mas identificar grupos sociais que tiveram acesso a determinadas gramáticas previamente definidas, mas afirmadas como necessárias para o bom desempenho no curso de nível superior.
> Exige-se do candidato um aporte cultural incompatível com aquele difundido nos espaços não privilegiados da sociedade, não por que sem ele o desenvolvimento acadêmico não fique prejudicado – porque aqueles que ultrapassaram a barreira demonstraram a possibilidade de garantir aproveitamento, mesmo diante de pontos de partida desiguais -, mas para que a comunidade universitária não seja "descaracterizada" e as estruturas sociais sectárias sejam mantidas. (PIRES, 2013, p. 229).

As políticas de ação afirmativa de inclusão racial e social visam alterar esse quadro excludente da educação no Brasil.

> O objetivo dessas políticas é estabelecer medidas equitativas de compensação em prol de grupos que são vítimas, em seus próprios países, de uma opressão às vezes multissecular, com base na raça, cor, sexo, religião, etc. Para contrabalançar os efeitos presentes da discriminação passada ou para se contrapor às discriminações que ainda persistem... (D'ADESKY, 2015, p.35).

Inaugurar práticas que visem o rompimento com o modelo elitista de educação, que vem sendo reproduzido, garantindo, assim, historicamente, a manutenção do modelo de hierarquização social, é urgente. Ao estudar o sistema educacional francês, Bourdieu deixou claro o papel da escola para a permanência da estrutura social excludente. Segundo ele,

> o propósito do sistema escolar era a produção e manutenção das elites: a escola operava para classificar e peneirar crianças e jovens para várias trajetórias educacionais – o emprego, treinamento e educação posteriores, e vários tipos de universidades. As práticas de diferenciação incluíam pedagogias antidemocráticas, a utilização habitual do discurso e conhecimentos da elite e um sistema diferenciado de seleção e treinamento de professores. Ele sugeriu que a educação era um campo que se reproduzia mais do que os outros, e os agentes que ocupavam posições dominantes estavam profundamente imbuídos de suas práticas e discursos... (GRENFELL, 2018, p. 106).

Considerando esses processos institucionais de exclusão, surge o conceito racismo institucional, primeiro conceito chave para a compreensão tanto do sistema educacional brasileiro de forma mais ampla quanto do objeto específico da pesquisa realizada no curso de Direito.

> O conceito de *racismo institucional* designa práticas institucionais que podem ou não levar necessariamente a raça em consideração, mas que mesmo assim afetam certos grupos raciais de forma negativa. Segundo os autores que elaboraram essa teoria, as ações discriminatórias de pessoas brancas contra negros podem ser classificadas como uma forma de racismo aberto e individual porque ocorrem nas relações interpessoais e estão baseadas em estereótipos negativos em relação a minorias raciais. Essas ações acarretam perdas de oportunidades para suas vítimas porque elas deixam de ter acesso a oportunidades educacionais ou profissionais. (MOREIRA, 2019, p. 49).

Essa definição, que toma por base os pressupostos da Teoria Crítica da Raça, que cunha a raça como uma construção social, apresenta as instituições como espaços de dominação, campos de lutas em que os conflitos raciais estão sempre presentes, com dominação do grupo racial hegemônico.

> No caso do racismo institucional, o domínio se dá com o estabelecimento de parâmetros discriminatórios baseados na raça, que servem para manter a hegemonia do grupo racial no poder. Isso faz com que a cultura, os padrões estéticos e as práticas de poder de um determinado grupo tornem-se o horizonte civilizatório do conjunto da sociedade. Assim, o domínio de homens brancos em instituições públicas – o legislativo, o judiciário, o ministério público, reitorias de universidades etc. – e instituições privadas – por exemplo, diretoria de empresas – depende, em primeiro lugar, da existência de regras e padrões que direta ou indiretamente dificultem a ascensão de negros e/ou mulheres, e, em segundo lugar, da inexistência de espaços em que se discuta a desigualdade racial e de gênero, naturalizando, assim, o domínio do grupo formado por homens brancos. (ALMEIDA, 2019, p. 40).

O racismo institucional, assim, é parte do racismo estrutural, sendo reproduzido nas instituições que integram uma sociedade estruturalmente racista. Essa reprodução garante a manutenção da estrutura social. A educação sistematizada como instituição faz parte desse contexto.

No curso de Direito da UFF, assim como "as instituições escolares que asseguram a reprodução de um campo de poder" (BOURDIEU, 1989, p.30), a pesquisa realizada apontou para a categoria silêncio como marca da existência de conflitos no contexto que segue à implementação das cotas raciais e sociais. Essa conclusão foi resultado do cotejo realizado, atentando-se para os dados e as falas ouvidas nas entrevistas realizadas na investigação, isso porque "O silêncio não é pois imediatamente interpretável. É a historicidade inscrita no tecido textual que pode "devolvê-lo", torná-lo apreensível, compreensível. Desse modo, o trabalho com o silêncio implica a consideração dessas suas características." (ORLANDI, 1995, p. 60).

Constituíram-se elementos de análise "os conflitos internos e externos, com professores, com outros discentes ou com outros setores do curso; a pouca ou nenhuma sensação de pertencimento, que induz ao desestímulo e ao baixo interesse em seguir adiante; e, como parte disso tudo, os índices de permanência/evasão e os lugares centrais cuja ocupação pelos estudantes cotistas não ocorre sem a precedência de embates em que fica evidente a convivência conflituosa." (SANTOS, 2019, p. 54).

Os dados sistematizados na pesquisa contribuem para identificar a materialidade do discurso neles presentes como um "lugar da manifestação das relações de forças e de sentidos que refletem os confrontos ideológicos". (ORLANDI, 1995, p. 21).

O primeiro dado analisado aparece em uma tabela (SANTOS, 2019, p. 56) que indica as estimativas de respostas ao primeiro questionário aplicado, enviado pelos pesquisadores para endereços de e-mail e *menssenger* dos destinatários de toda a comunidade acadêmica interna. Compõem a tabela, além do retorno esperado pelo grupo de pesquisa (a estimativa), o quantitativo de respostas recebidas e seu percentual.

Observatório da Graduação em Direito da UFF Pesquisa "Ingressantes por ação afirmativa (2010/2015)"			
	Estimativa	**Respostas**	**% Respostas**
1º PERÍODO (2016/1)	90	27	30%
2º PERÍODO (2015/2)	88	19	22%
3º PERÍODO (2015/1)	88	20	23%
4º PERÍODO (2014/2)	94	31	33%
5º PERÍODO (2014/1)	107	24	22%
6º PERÍODO (2013/2)	138	41	30%
7º PERÍODO (2013/1)	150	33	22%
8º PERÍODO (2012/2)	188	37	20%
9º PERÍODO (2012/1)	128	28	22%
10º PERÍODO (2011/2)	121	48	40%
Anteriores a 2011/2	S/D	9	N/A

Coleta dos dados, por meio de formulário eletrônico 317 respostas (10 a 23/06/2016), garantindo 95% de nível de confiança e 5% de margem de erro.

O número de respostas não obtidas foi além do que se esperava, os resultados iniciais permitiram identificar o silêncio logo no início da pesquisa, o que despertou especial interesse.

> O silêncio não é diretamente observável e, no entanto, ele não é o vazio, mesmo do ponto de vista da percepção: nós o sentimos, ele está "lá" (no sorriso da Gioconda, no amarelo de Van Gogh, nas grandes extensões, nas pausas).
> Para torna-lo visível, é preciso observá-lo indiretamente por métodos (discursivos) históricos, críticos, des-construtivistas.
> É preciso aqui lembrar que pensamos a relação indireta entre o produto e sua "origem", sua "causa". Sem considerar a historicidade do texto, os processos de construção dos efeitos de sentidos, é impossível compreender o silêncio. (ORLANDI, 1995, p. 47).

Levando em consideração esses pressupostos, os dados iniciais possibilitam identificar o que Eni Orlandi denomina "*política do silêncio*. Isto é, o *silenciamento*." (ORLANDI, 1995, p. 30). Essa noção política do silêncio permite, segundo a autora, enquadrá-lo como dominação ou resistência: "Em face dessa sua dimensão política, o silêncio pode ser considerado tanto como parte da retórica da dominação (a da opressão) como de sua contrapartida, a da retórica do oprimido (a da resistência)." (ORLANDI, 1995, p. 30).

Ora, sobre os dados da tabela acima, é interessante observar que o percurso da aplicação da reserva de vagas, seguindo as diretrizes da Lei 12711/2012, teve início na seleção/2013, com o índice de 12,5%, atingindo 50%

em 2016. Este período concentra o maior número de ingressantes pela política de cotas. É curioso que esse grupo tenha silenciado diante dos questionamentos propostos acerca da investigação voltada para a ação afirmativa de reserva de vaga no curso. Esse dado é bastante representativo da "política do silêncio".

Seja representação de dominação seja de resistência, o silenciamento indica, nas duas hipóteses, tensão entre os grupos pertencentes ao lugar investigado, porque "a relação que a análise de discurso estabelece com o texto não é para dele extrair um sentido, mas sim para problematizar essa relação, ou seja, para tornar visível sua historicidade e observar a relação de sentidos que aí se estabelece em função do efeito de unidade." (ORLANDI, 1995, p. 180-181).

Em roda de conversa, realizada em 2016, depõe um(a) discente, identificado(a) por A4 para garantir o anonimato:

> A faculdade de Direito é uma faculdade bem elitista, apesar das exceções, mas é uma faculdade bem elitista, a parte das políticas de ações afirmativas, as pessoas não gostam de tocar no assunto, pelo menos eu senti assim, as pessoas da minha turma são ótimas, mas ninguém toca no assunto, as pessoas falam da colocação, políticas de ação afirmativa ninguém toca muito, assim, eu não sei muito bem quem entrou por política de ação afirmativa, porque parece que tem um pouco de... eu mesmo sinto isso involuntariamente, sem sentido nenhum, mas uma coisa natural, que está entranhado assim por ser uma coisa tão nova. Há comentários, eu já ouvi dizer, a maioria não gosta, a maioria com quem eu tive contato, mas isso não é verbalizado. (SANTOS, 2019, p. 57).

As vozes de A5 e A2, enunciadas no mesmo momento, endossam o relato de A4:

> Eu entrei em 2010, pela política de ação afirmativa, só que não se falava nisso na faculdade, ninguém falava nada, o próprio CAEV. E também naquela época o pessoal falava muito mal de cota, então eu nem falava nada, ficava quietinho... tinha outras pessoas de escola pública, mas a galera não falava nada e isso foi ficando.
> Eu tive uma experiência parecida quando eu entrei na primeira graduação que eu entrei que era por bonificação, que eu não me identificava com ninguém.
> Eu sou tímido, é fato, mas não é essa a questão... A questão é que naquele momento eu era uma pessoa isolada... (SANTOS, 2019, p. 54).

Esse silêncio resultante dos mecanismos de opressão,

> ocorre porque o oprimido percebe de imediato que o grupo opressor não está disposto ou é incapaz de assimilar o que está sendo dito. Ou seja, com o tempo, em razão da repulsa em dialogar abertamente sobre as opressões que estruturam nossa sociedade, deixamos de falar sobre elas ou falamos apenas o que é permitido.
>
> A longo prazo, o silenciamento dos grupos oprimidos e o endurecimento do conveniente desinteresse dos grupos dominantes em discutir nossas matrizes opressoras geradoras de desigualdades, deixou um enorme atraso na produção de conhecimento, visto que há uma incompletude em quase tudo que se propõe a estudar sobre temas correlatos e uma superficialidade generalizada que foi mutilando todas as forças que carecem do conhecimento profundo para se atualizar e instrumentalizar a sociedade no sentido de viabilizar práticas de erradicação dos nossos problemas históricos. Para esse quadro, a Dra. Dotson tem outro termo cunhado, o *pernicious ignorance* – em português, ignorância prejudicial, de má fé, perniciosa que se constitui em uma violência epistêmica. Isto é, que atinge saberes e conhecimentos da população negra, no sentido de haver uma deliberada ação em dificultar o acesso e negar a produção intelectual dos grupos historicamente oprimidos. Essa ignorância advém pelo fato de as classes dominantes perpetuarem a manutenção das desigualdades. (BERTH, 2018, p. 45-46).

De acordo com a Análise de Discurso, na perspectiva adotada na pesquisa, o silêncio

> é um processo de contenção de sentidos e de asfixia do sujeito porque é um modo de não permitir que o sujeito circule pelas diferentes formações discursivas, pelo seu jogo. Com o apagamento de sentidos, há zonas de sentido, e, logo, posições do sujeito que ele não pode ocupar, que lhe são interditadas. (ORLANDI, 2008, p.60).

Os sujeitos envolvidos no ato comunicativo ocupam determinados espaços sociais, o que integra o processo de significação. Nesse sentido,

> As diferentes formulações de enunciados se reúnem em pontos de dizer, em regiões historicamente determinadas de relações de força e de sentidos: as formações discursivas. Expliquemo-nos. Para Pêcheux, o discurso é efeito de sentidos entre locutores. Compreender o que é efeito de sentidos é compreender que o sentido não está (alocado) em lugar nenhum, mas se produz nas relações dos sujeitos, dos sentidos, e isso só é possível, já que sujeito e sentido se constituem mutuamente, pela sua inscrição no jogo das múltiplas formações discursivas (que constituem as distintas regiões do dizível para os sujeitos). As formações discursivas são diferentes regiões que recortam o interdiscurso (o dizível, a memória do dizer) e que refletem as diferenças ideológicas, o modo como as posições dos sujeitos, seus lugares sociais aí representados, constituem sentidos diferentes. O dizível (o interdiscurso) se parte em diferentes regiões (as diferentes

> formações discursivas) desigualmente acessíveis aos diferentes locutores. (ORLANDI, 1995, p. 20.)

Ações de ruptura com o silêncio podem tornar públicos, por exemplo, o bom desempenho dos alunos ingressantes por reserva de vagas, contribuindo assim para a mudança no quadro do sentimento de pertencimento, bem como estimulando para que, diante das dificuldades, o(a) discente busque formas institucionais ou não de permanecer no curso. O bom resultado sistematizado na tabela (SANTOS, 2019, p. 61) que segue representa sucesso acadêmico dos que permaneceram e, sem dúvida, contribui para se pensar que cursar a faculdade de Direito é uma ação possível.

Semestre letivo	Aprovação	Aprovação	Sem Aprov	Sem Aprov
2014.2 (08/14 a 02/15)	Absoluto	Percentual	Absoluto	Percentual
Geral	130	94,20%	8	5,80%
Ação Afirmativa	2	100,00%	0	0,00%
2015.1*** (03/15 a 08/15)				
Geral	148	90,79%	15	9,20%
Ação Afirmativa	6	85,72%	1	14,29%
2016.2 (08/16 a 02/17)				
Geral	104	83,20%	21	16,80%
Ação Afirmativa	9	90,00%	1	10,00%
2017.1 (03/17 a 08/17)				
Geral	156	86,18%	25	13,81%
Ação Afirmativa	7	87,50%	1	12,50%
2017.2 (08/17 a 02/18)				
Geral	123	86,62%	19	13,38%
Ação Afirmativa	9	100,00%	0	0,00%
2018.1 (03/18 a 08/18)				
Geral	82	75,93%	26	24,07%
Ação Afirmativa	8	88,89%	1	11,11%

> Em geral, o desempenho, observado na coluna que aponta o percentual de aprovação (terceira), é melhor do que o dos alunos ingressantes no curso por ampla concorrência. A verificação da última coluna, que apresenta o percentual de alunos sem aprovação, confirma o desempenho. No segundo semestre do ano de 2016 (2016.2), registra-se o único período em que índice de reprovação dos discentes egressos por ação afirmativa resultou maior do que os dos ingressantes por ampla concorrência.
> Os índices acima dizem respeito aos alunos ingressantes a partir do ano de 2015. Ao serem contrapostos aos que apresentam elementos sobre os alunos ingressantes em 2013, quando a política de reserva de vaga foi aplicada com um índice de 12,5%, os resultados caem, nas categorias ligadas a aproveitamento, e sobem, nas relativas ao não aproveitamento. (SANTOS, 2019, p. 62).

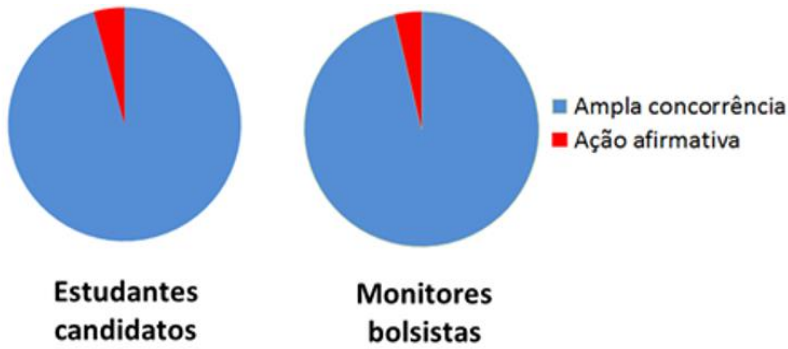
As variadas violências sofridas, tais como a invisibilidade e o sentimento de pertencimento, podem ser compreendidas ao ser analisada a tabela (SANTOS, 2019, p. 62) que demonstra o vínculo dos grupos de discentes AC (ingressantes por ampla concorrência), Cotas (ingressantes por reserva de vagas) e outros (demais discentes) com o curso.

Vínculo com curso (Ingressantes 2013-1)			
Categoria	**AC**	**Cotas**	**Outros**
Evasão (cancelamentos, trancamentos etc)	38,41%	44,44%	22,22%
Retidos em 2018-2	14,57%	27,78%	0,00%
Formado	47,02%	27,78%	77,78%

Vínculo com curso (Ingressantes 2013-2)			
Categoria	**AC**	**Cotas**	**Outros**
Evasão (cancelamentos, trancamentos etc)	27,59%	31,43%	33,33%
Retidos em 2018-2	31,72%	48,57%	33,33%
Formado	40,69%	20,00%	33,33%

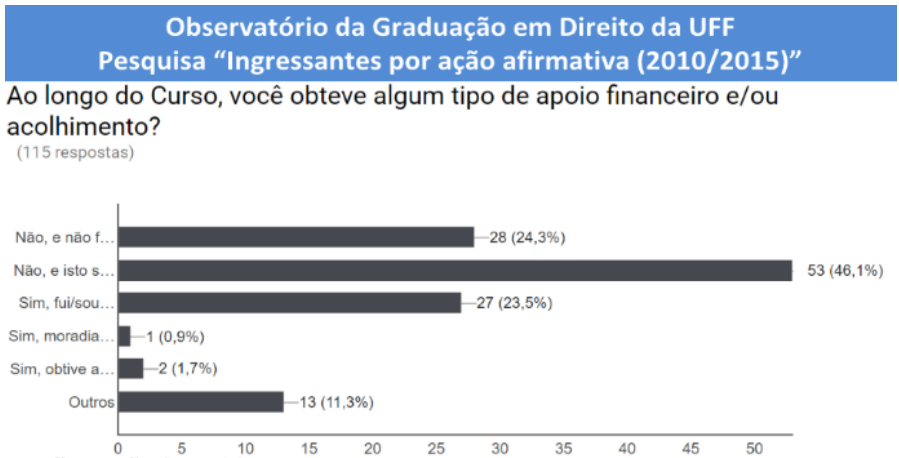
A comparação dos dados indica que os índices relativos aos primeiros ingressantes por ação afirmativa (2013.1 e 2013.2) são preocupantes: índice maior de evasão e de retenção e menor índice de formados.

Diante desses números, uma ação afirmativa interna foi colocada em prática: houve seleção para projetos de monitoria com previsão de reserva de vagas. O quadro (SANTOS, 2019, p. 63) relativo aos números ligados aos projetos de monitoria do Departamento de Direito Processual (SPP) ajuda a compreender o processo.



O silêncio constitui-se, nesse contexto, não apenas o não dito, mas também a não existência, a invisibilização de corpos que, embora presentes, transitam no espaço acadêmico como se ali não estivessem. Os dados apontam para a baixíssima participação de discente cotista, consequentemente, pouca ocupação do espaço destinado à monitoria, logo, pouca representatividade, já que, novamente, o objetivo de participação equitativa não foi atingido.

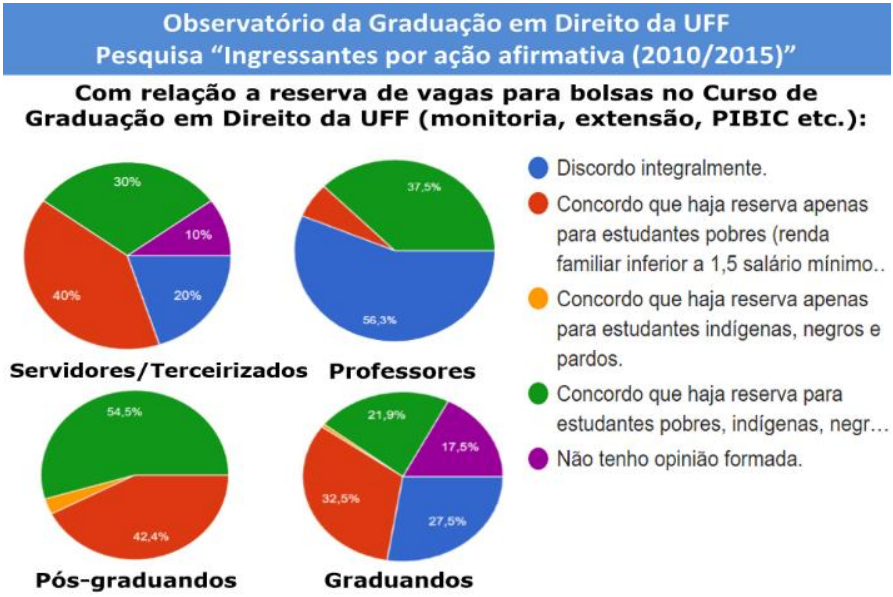
Os dados sobre ações voltadas para a permanência de discentes cotistas no curso foram assim sistematizados (SANTOS, 2019, p. 65):



➢ Não, e não faria diferença para mim.
➢ **Não, e isto seria importante para minha vida acadêmica.**
➢ Sim, fui/sou bolsista (monitor, iniciação científica, extensão, acolhimento etc.).
➢ Sim, moradia estudantil.
➢ Sim, obtive apoio financeiro eventual para participação em eventos acadêmicos, esportivos e/ou culturais.
➢ Outros

De acordo com o gráfico, há um grande índice de discentes que opinam pela importância do apoio financeiro para a permanência do(a) discente, indicando a demanda de ações afirmativas de permanência e o estimulo à participação discente nas atividades acadêmicas. Usufruir das oportunidades pode representar um eficiente instrumento para uma trajetória acadêmica bem sucedida.

A promoção de debate acerca de ações afirmativas, também internas, de acordo com os dados abaixo (SANTOS, 2019, p. 66), configura-se uma necessidade, tendo em vista a resistência apurada.

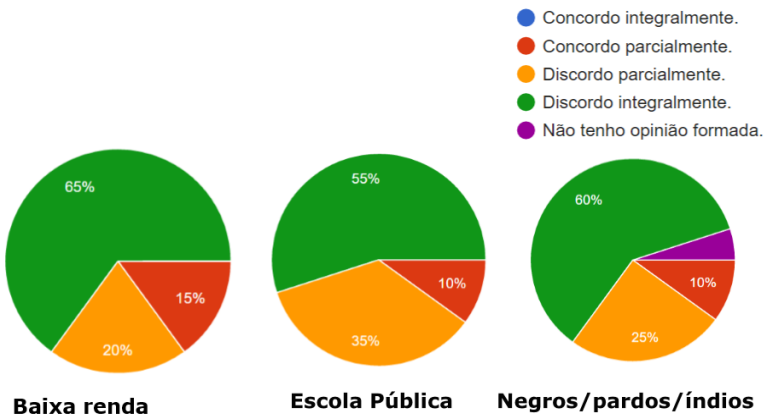


56,3% de discordância por parte dos docentes quanto à reserva de vagas para bolsas aponta para a necessidade de esclarecimentos acerca da política e, talvez, de empatia por parte dos integrantes desse grupo. Inaugurar, no contexto acadêmico, espaços de debate aberto, pautando ações afirmativa, é uma ação que tende a dirimir dúvidas e pontos de vista equivocados.

Interessante que, apesar da negativa às ações que visam garantir a permanência do aluno no curso, os gráficos (SANTOS, 2019, p. 69-70) apontam resultados otimistas quanto à avaliação dos grupos no que diz respeito à qualidade do curso diante da presença dos cotistas é animador.

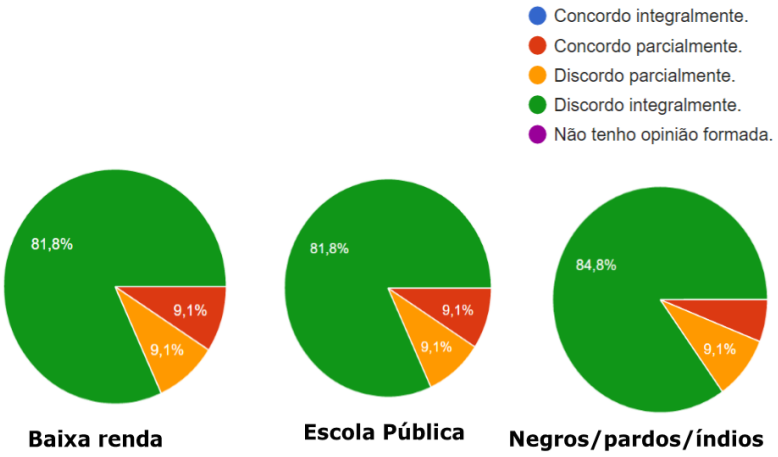
Observatório da Graduação em Direito da UFF
Pesquisa "Ingressantes por ação afirmativa (2010/2015)"

Reserva de vagas prejudicam a qualidade do curso? (Servidores/Terceirizados)

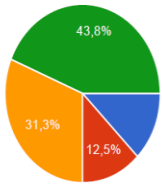


Observatório da Graduação em Direito da UFF
Pesquisa "Ingressantes por ação afirmativa (2010/2015)"

Reserva de vagas prejudicam a qualidade do curso? (Pós-graduandos)

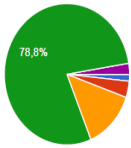


Com relação à frase "reservar vagas para estudantes de baixa renda diminui a qualidade do Curso de Direito":



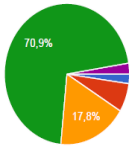
Concordo integralmente.	2	12.5%
Concordo parcialmente.	2	12.5%
Discordo parcialmente.	5	31.3%
Discordo integralmente.	7	43.8%
Não tenho opinião formada.	0	0%

Com relação à frase "reservar vagas para estudantes de baixa renda diminui a qualidade do Curso de Direito":



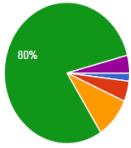
Concordo integralmente.	5	1.6%
Concordo parcialmente.	12	3.8%
Discordo parcialmente.	43	13.4%
Discordo integralmente.	252	78.8%
Não tenho opinião formada.	8	2.5%

Com relação à frase "reservar vagas para estudantes egressos de escolas públicas (ensino médio) diminui a qualidade do Curso de Direito":



Concordo integralmente.	7	2.2%
Concordo parcialmente.	21	6.6%
Discordo parcialmente.	57	17.8%
Discordo integralmente.	227	70.9%
Não tenho opinião formada.	8	2.5%

Com relação à frase "reservar vagas para estudantes indígenas, negros e pardos diminui a qualidade do Curso de Direito":



Concordo integralmente.	6	1.9%
Concordo parcialmente.	15	4.7%
Discordo parcialmente.	30	9.4%
Discordo integralmente.	256	80%
Não tenho opinião formada.	13	4.1%

Ao comparar os números, chega-se à conclusão de que os discentes são os que mais apoiam a reserva de vagas, o grupo intermediário quanto ao índice de aprovação é formado pelos servidores e funcionários terceirizados.

A pesquisa aponta algumas questões interessantes diante do quadro: "O que explica então a aparente incoerência entre os dados? Se não se acredita que cotistas causam prejuízo para o curso, por que a resistência (portanto contradição) em ampliar as ações afirmativas internas?" (SANTOS, 2019, p.70).

Boaventura de Sousa Santos (2010) ajuda a refletir sobre a questão:

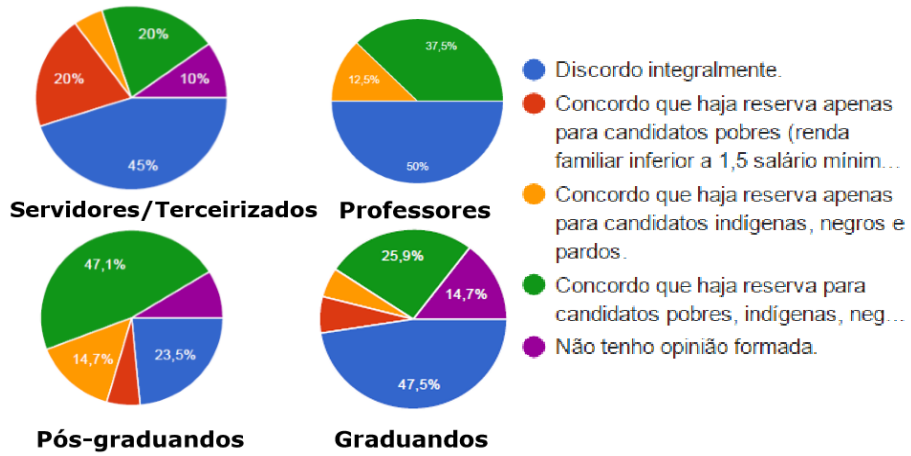
> E na medida em que vivemos a experiência da desadequação das teorias que herdamos ou vamos adaptando à realidade social que está diante de nós e somos nós, abre-se uma subtil fractura de mal-estar nos nossos processos cognitivos por onde se insinua a questão quiçá mais dilemática: quem somos nós neste espaço de língua oficial portuguesa, nas nossas diferenças e cumplicidades integrados num mundo crescentemente globalizado, segundo uma lógica em cujo desenho temos, quando muito, uma participação subordinada, uma lógica que ou trivializa ou, pelo contrário, dramatiza as nossas diferenças, mas, em qualquer caso, bloqueia a construção das cumplicidades. (SANTOS, 2010, p. 46).

Assim, parece mesmo importante o debate incluindo todos os integrantes da comunidade acadêmica, constituindo-se essa ação como a via mais apropriada para entender a questão e com ela lidar.

Ainda sobre a resistência à política de inclusão pode-se observar no quadro (SANTOS, 2019, p. 71) os números relativos à respostas dadas acerca dos concursos para a docência no curso com a previsão de reserva de vagas:

Observatório da Graduação em Direito da UFF
Pesquisa "Ingressantes por ação afirmativa (2010/2015)"

Com relação a reserva de vagas nos concursos para professor efetivo do Curso de Direito da UFF:



Sobre esse último gráfico, a melhor análise está presente nas palavras de A6:

> O ingresso de outro perfil de estudante coloca outras demandas, coloca outra história, minha história de vida é diferente de quem vem de Icaraí, de Nova Iguaçu, de Caxias. A universidade está se pluralizando, e o povo tem muito isso, de braço, de coração, eu acho que a gente está caminhando no sentido bom... Sou super a favor da cota racial... Hoje ainda, mesmo depois de um pouco mais de um século de fim da escravidão, falar de pobreza no Brasil é falar de uma população negra, você hoje sobe uma favela no Rio, ou então vai para São Gonçalo, assim, a maioria da galera é negra, não tem discussão, a galera é negra, aí você vai para uma escola no município, a grande maioria é negra. Eu acho que é querer maquiar um fato, que a grande realidade é que até hoje o estado brasileiro e a sociedade não foram capazes de inserir essas pessoas. Eu acho que o fato de você durante mais de três séculos ter escravizado, desumanizado, "objetificado" milhares de pessoas que são negras, elas têm uma cor, eu acho que esconder isso é esconder uma história. Eu acho que a todo momento tem de relembrar a história da escravidão. Ela ainda tem feridas na nossa sociedade que estão extremamente abertas. Eu acho que a sociedade precisa relembrar isso. Quantos professores negros têm nessa casa? (SANTOS, 2019, p. 71-72).

De acordo com Sílvio Almeida (2019), ao refletir acerca da ocupação de cadeiras no magistério superior por pessoas negras,

> Essa questão se torna ainda mais curiosa se olharmos para o debate brasileiro sobre as cotas raciais. Embora acreditando que o problema do racismo – e da desigualdade – seja educacional, muitas pessoas foram contrárias às políticas de cotas. Isso se explica pelo fato de que no Brasil a universidade não é apenas um local de formação técnica e científica para o trabalho, mas um espaço de privilégio e destaque social – um lugar que, no imaginário social produzido pelo racismo, foi feito para pessoas brancas. O aumento de negros no corpo discente das universidades tem, portanto, impactos ideológicos e econômicos, pois, ainda que timidamente, tende a alterar a percepção que se tem sobre a divisão social do trabalho e a política salarial.
>
> Ao mesmo tempo, há defensores das políticas de ação afirmativa que partem do referencial neoclássico. Há, com efeito, como se estabelecer a defesa das ações afirmativas segundo o argumento da otimização racional dos recursos. Se tenho dois candidatos a uma vaga de emprego, uma mulher negra e um homem branco, seria totalmente racional se eu optasse pela mulher negra. Isso porque posso supor, com boas chances de acerto, que, em uma sociedade em que há discriminação de raça e gênero – seja por preferências, seja por falhas de mercado –, uma mulher negra teve de superar muitos obstáculos e demonstrar excepcional resiliência e inteligência para chegar no mesmo patamar de uma pessoa branca. Posso concluir que ela será mais produtiva e com ela obterei mais lucro. Deste modo, optar por pessoas negras quando estas estão concorrendo em

> igualdade de condições é privilegiar o mérito, o esforço e a capacidade de superação individual. (ALMEIDA, 2019, 166-167).

Essa ausência de ocupação em espaços de poder (o magistério é um deles) configura reprodução e manutenção da estrutura hierarquizada, portanto, excludente, que nega a inserção e permanência de sujeitos racial e socialmente desprestigiados em espaços destinados a grupos seletos.

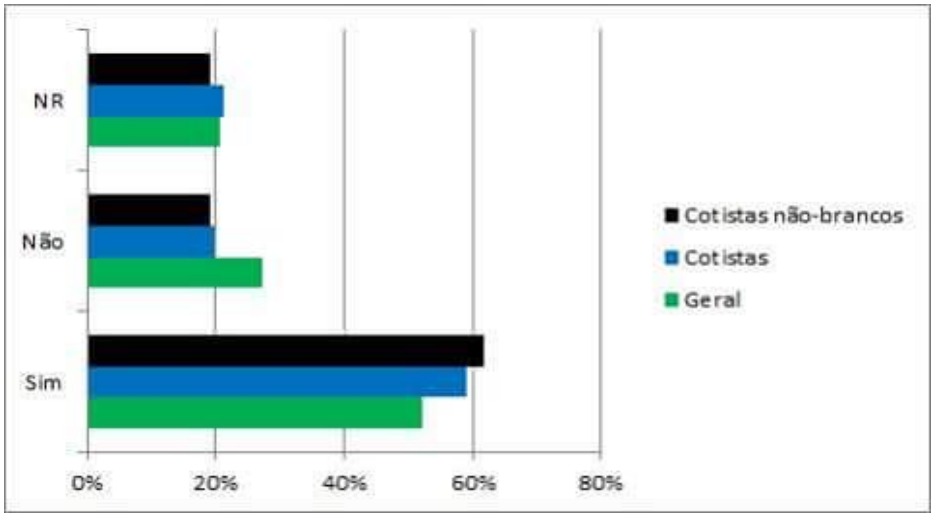
> A pesquisadora e feminista negra Lélia Gonzalez nos dá uma perspectiva muito interessante sobre esse tema, porque criticava a hierarquização de saberes como produto da classificação racial da população. Ou seja, reconhecendo a equação: quem possuiu o privilégio social, possuiu o privilégio epistêmico, uma vez que o modelo valorizado e universal de ciência é branco. A consequência dessa hierarquização legitimou como superior a explicação epistemológica eurocêntrica conferindo ao pensamento moderno ocidental a exclusividade do que seria conhecimento válido, estruturando-o como dominante e assim inviabilizando outras experiências do conhecimento. Segundo a autora, o racismo se constitui "como a 'ciência' da superioridade eurocristã (branca e patriarcal)". Essa reflexão de Lélia Gonzalez nos dá uma pista sobre quem pode falar ou não, quais vozes são legitimadas e quais não são. (RIBEIRO, 2017, p.24-25).

Essa discriminação institucional, como já foi dito, não é novidade no cenário brasileiro, vem sendo historicamente reproduzida e mantida, como já foi dito no início deste texto. O silenciamento epistêmico, que para os discentes cotistas do curso de Direito representa também ausência de representatividade,

> ... possui grande significação porque a invisibilidade da opressão racial não é apenas uma simples ausência de conhecimento da forma como a realidade funciona. Estamos aqui diante de um problema que possui uma natureza epistemológica: estar em lugar social específico faz com que o mundo seja apreendido a partir de uma posição cognitiva particular. Muitos indivíduos que questionam a legalidade de cotas raciais desconfiam da existência do racismo. Isso ocorre porque eles percebem uma realidade a partir de posições jurídicas e teóricas que são impermeáveis a questões trazidas por membros de minorias raciais, tais como a interseção de fatores de opressão, a alegação de que a exclusão social pode operar independentemente de atos materiais de discriminação ou de que a ração é uma construção social destinada a manter privilégios sociais compartilhados pelos membros do grupo racial dominante. Essa percepção social influencia o tipo de interpretação de normas constitucionais elaboradas por essas pessoas: direitos fundamentais são interpretados a partir de uma posição racialmente neutra porque isso representaria a melhor forma de justiça social. (MOREIRA, 2019, p. 27).

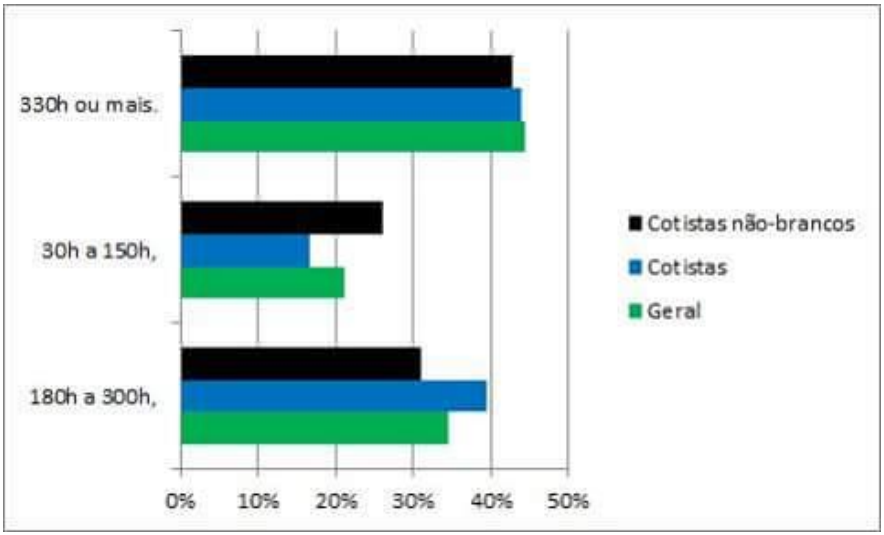
A pesquisa realizada em 2017 pelo Grupo de Pesquisa Empírica em Processo, formado por alunos da Graduação em Direito e alunos do Mestrado e Doutorado do PPGSD, buscou investigar a saúde aspectos emocionais do discente da graduação em Direito, utilizando-se do método de envio de questionários eletrônicos com perguntas abertas e fechadas, assegurando novamente completo anonimato.

O gráfico abaixo (SANTOS, 2019, p. 76) ilustra os resultados obtidos no que diz respeito à maneira como o(a) discente percebe o seu desgaste emocional. Foi perguntado ao grupo se a carga horária cursada afetava a sua saúde física ou mental.



Dentre os que lideram a posição dos que se declararam afetados física ou emocionalmente, com índice que ultrapassa a faixa dos 60%, estão os cotistas não-brancos, ou seja, os pretos e pardos (negros).

Segue gráfico (SANTOS, 2019, p.77) que sistematiza os dados relativos ao número de horas cursadas por semestre. Os cotistas pretos e pardos (não-brancos) lideram o grupo daqueles que cursam a menor carga horária semestral.



O cotejo desses dados com os dos gráficos que trataram do "vínculo com o curso", apresentado no início desta seção, confirma as dificuldades enfrentadas pelos cotistas para a sua permanência. Tal obstáculo pode resultar em abandono, portanto, não formação do(a) discente, e tem relação direta com a ausência de protagonismo também nas carreiras jurídicas. Esse modelo

> designa os padrões de participação de grupos minoritários dentro de uma sociedade, padrões que podem operar de acordo com um modo horizontal ou hierárquico. O modo horizontal envolve a exclusão total ou quase total de minorias das instituições sociais, o que se torna possível porque grupos dominantes controlam o acesso a elas, além de impor seus interesses como prioridades institucionais.
> O segundo indica que a presença de minorias dentro delas se dá de forma subordinada ou que seus interesses não são adequadamente reconhecidos, os membros do grupo dominante ocupam as posições relevantes, o que permite a subordinação de minorias. Esses sujeitos ocupam lugares periféricos, o que dificulta acesso a cargos de influência por meio dos quais questões relativas a minoria poderiam ser consideradas. (MOREIRA, 2017, p.133-134).

A abertura do canal de diálogo no campo de disputas que é a Faculdade de Direito UFF foi apontado como uma forma de lidar com as tensões ali vividas, acreditando-se que o "debate é o primeiro passo para a formação da consciência." (SANTOS, 2009, p. 21). A pesquisa ressaltou ao final a necessidade e relevância de reconfiguração do ensino jurídico, já que

> A interpretação jurídica tem sido direta e indiretamente utilizada como um instrumento importante para a reprodução da opressão racial, seja pela simples desconsideração do impacto de uma prática social sobre um grupo, seja porque eles estão interessados em impedir que a raça se torne uma forma de mobilização política. (MOREIRA, 2019, p.19.)

O movimento de reflexão coletiva, buscando uma perspectiva não discriminatória, motivado pelos fatos alguns dos quais podem ser evidenciados nos dados apresentados e pelos sujeitos interessados, apresenta-se como o mais viável e quiça eficiente caminho a ser explorado pela comunidade acadêmica e talvez a pesquisa possa auxiliar nesse processo.

CONCLUSÃO

Este artigo, tomou por base dissertação em ensino jurídico que foi uma produção de pesquisa empírica que investigou o comportamento da política de ação afirmativa de reserva de vaga na faculdade de direito da UFF.

Apresentados os dados, tanto a pesquisa quanto esta sua (re)leitura buscaram demonstrar um considerável índice de resistência à política de ação afirmativa, conclusão esta baseada nos seguintes elementos apresentados no corpo de ambos os textos: negação em participar da investigação, ou seja, o silêncio, o não dizer, nos questionários eletrônicos enviados; os dados resultantes dos questionamentos feitos, que representam as vozes contrárias e a favor do processo de inserção de alunos cotistas no ambiente acadêmico investigado; as vozes dos entrevistados em roda de conversa, realizada em 2016, apontando para a existência de silêncio sobre a política e de resistências a serem enfrentadas; a baixa participação de discentes cotistas na ação afirmativa interna, constituída pela reserva de vaga no processo de seleção monitores; as informações sistematizadas relativas à saúde emocional, de discentes, coletados em 2017; a rejeição, em especial dos docentes, quanto à implementação de reserva de vagas nos concursos.

A produção de sentido a partir dos dados e do silêncio observado apontou para a demanda de se viver abertamente e com honestidade as experiências típicas de um espaço institucional que tende a reproduzir as discriminações estruturais.

O ponto de vista defendido foi marcado pela relevância e urgência de se romper com os mecanismos de silenciamento institucional e subjetivo. "O

silêncio, no contexto do curso de Direito, significa um estratégia de manutenção do *status quo* e uma negativa à perspectiva de mudança." (SANTOS, 2009, p.).

Por fim, a investigação e também este texto apontam para a necessidade de ruptura com silêncio e assunção dos conflitos e das contradições existentes. Sugere-se como metodologia de enfrentamente a abertura de canais de diálogo aberto, com participação de todos os envolvidos no processo ensino aprendizagem, acreditando-se ser essa uma ferramenta de grande valor para o enfrentamento das tensões existentes no ambiente acadêmico investigado, relativas a pensamentos e condutas que reproduzem institucional e individualmente práticas discriminatórias.

REFEFÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo : Sueli Carneiro ; Pólen, 2019.

BERTH, Joice. *O que é empoderamento?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989.

D'ADESKY, Jacques. A Democracia Representativa Brasileira – Um ideal de similaridade e de identidade. *In* D'ADESKY, Jacques e SOUZA, Marcos Teixeira (Org.). *Afro-Brasil*: debates e pensamentos. Rio de Janeiro: Cassará Editora, 2015. p.35-67).

GRENFELL, Michael (ed.). *Pierre Bourdieu*: conceitos fundamentais. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação*. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.

_____. *Pensando como um negro*: ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Editora Contacorrente, 2019.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio*: no movimento dos sentidos. Campinas, SP: Editora UNICAMP, 1995.

_____. *Terra à vista - Discurso e confronto*: Velho e Novo Mundo. Campinas, DP: Editora da UNICAMP, 2008. p. 31 - 61.

_____. *Discurso e leitura*. São Paulo: Cortez, 2012.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *A discussão judicial das ações afirmativas étnico-raciais no Brasil. In*: PAIVA, Angela Randolpho (org.). *Ação Afirmativa em questão*:

Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França. Rio de Janeiro: Palas, 2013. p.210-237.

RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala*? Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2017.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. *História da Educação no Brasil (1930-1973)*. Petrópolis, Editora Vozes, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Erli Sá dos. *Ensino jurídico e políticas de ação afirmativa na Faculdade de Direito UFF*: Entre dados, palavras e silêncios – os sentidos / Erli Sá dos Santos ; Delton Ricardo Soares Meirelles, orientador. Niterói, 2019. 110 f. Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019.

SILVA, Caroline Lyrio Silva; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Teoria Crítica da Raça como Referencial Teórico Necessário para Pensar a Relação entre Direito e Racismo no Brasil*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

CONSTRUINDO A REPUTAÇÃO EMPRESARIAL COM USO DA BS ISO 31100: redes sociais e Lei Geral de Proteção de Dados

Ezequiel Anderson Junior
Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas
Ezequiel.anderson.dir@gmail.com

Gabriela Amorim Paviani
Universidade Estadual de Londrina
Gabriela_a.paviani@hotmail.com

Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini
Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas
Samyra.naspolini@fmu.br

Resumo: Utiliza-se para elaboração do trabalho o método hipotético-dedutivo, emprega-se de premissas já construídas acerca da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) e da BRITISH STANDARD ISO 31100 (BS ISO 31100). Formula-se como problema os riscos ao direito à privacidade em ao fazer uso das redes sociais como mecanismos ativos para *business continuity management* diante da BS ISO 31100. Têm-se que a hipótese central consiste na não violação do direito à privacidade quando se utiliza de dados de redes sociais para construção da 'gestão de continuidade'. Tal hipótese deve ser analisada em conjunto a suposição auxiliar: da reputação, vez que de maneira cotidiana os comentários nas redes sociais podem ser balizas aos consumidores e stakeholders para concretização de negócios jurídicos. Desta forma a pesquisa bibliográfica evidencia-se adequada para definir as premissas acerca da privacidade, da lei geral de proteção de dados e a BS ISO 31100, responsável pela gestão de riscos. A análise de direitos como privacidade devem ser contempladas em uma sociedade alterada pelo intenso uso computacional, intitulada de sociedade da informação. O trabalho pretende demonstrar se as preocupações com o direito mencionado devem trazer maior credibilidade empresarial ou boa-fama e, portanto, solucionar se agregam valor (financeiro e moral) ao *personal goodwill* ao utilizar-se de técnicas de gestão de risco.

Palavras-chave: ISO 31100, *compliance*, sociedade da informação, transparência.

INTRODUÇÃO

O trabalho utiliza-se do método lógico-dedutivo com o uso de um conjunto de premissas iniciais, sendo elas: existência de uma sociedade da informação, a empresa planejando e gerindo a gestão de risco e pôr fim a existência de diferença entre privacidade e intimidade. A premissa menor dá-se

na Lei Geral de Proteção de dados e a defesa do direito de privacidade e por fim uma construção da reputação online como meio de extração de dados utilizando-se da BS ISO 31100. Para apoio da pesquisa, usa-se de consulta bibliográfica nas áreas de direito, sociedade da informação, gestão de negócios, administração e áreas correlatas.

A problemática da pesquisa está centrada em como realizar a coleta de dados sem violar o sistema jurídico interno e ainda assim, usar dados de redes sociais e dados de sites de score para construir a reputação da empresa.

Esbarra-se na problemática dos dados, pois dependendo de qual dado se viola, haverá um tipo de consequência e lesão à uma proteção jurídica distinta. Se o dado é de uma rede social, há que se falar em violação de privacidade e não intimidade, pois a rede social é uma extensão da vida pública.

A sociedade da informação e seu fluxo informacional constante permitem uma infinidade de novos tipos de arranjo social, novas formas de consumo e também um novo espaço para reputação empresarial.

1. GESTÃO DE RISCO E PRIVACIDADE

Gestão de risco é um conceito emprestado de administração e ciências correlatas, sua origem remonta 1921 com a obra de Frank Knight (KNIGHT, 1921) sendo que a principal contribuição foi ter "dissociado a incerteza, que não é mensurável, do risco, o qual pode ser calculado" (BRAIDO, 2020, p. 22).

Desde 1990 usa-se os conceitos e fundamentos da gestão de risco que ainda são empregados em 2020, entretanto há que ressaltar dois modelos: a) publicação do Guia internacional "Internal Control – Integrated Framework" (COSO-IC) do Comitê das Organizações Patrocinadores de Treadway (COSO) e o modelo Organização Internacional de Normalização (International Organization for Standardization), conhecido como Norma ISO (ABNT, 2018).

1.1 GESTÃO DE RISCO

A norma escopo deste estudo é a BS ISO: 31100, a norma de padronização busca instituir:

> Gestão de riscos. Código de boas práticas e orientações para a aplicação da BS ISO 31000 - Descreve o processo de gestão de risco que pode ser seguido e interpretados de modo que cada grupo trabalha de uma forma que é apropriada para eles e vai aumentar a consistência e a comunicação na organização (British Standards Institution, 2011).

A terminologia 'business continuity management' pode ser traduzida como Gestão de Continuidade de Negócios e o recorte dentro da BS ISO 31100 dá-se em um processo integral/global visando identificar potenciais ameaças e seus impactos diante dos negócios da empresa. Outro ponto dá-se quanto aos 'stakeholders', já que a resposta da empresa diante da violação ou ameaça a violação deve englobar a resposta eficaz com objetivo de preservar a reputação, marca e a atividade de criação de valor (British Standards Institution, 2011, p. 12).

A clientela por sua vez faz parte da construção dos elementos da empresa, vez que essa celebra contratos relacionados a atividade do empresário (VERÇOSA, 2008, p. 279). Como a empresa possui valor tanto pelos bens materiais, como pelos imateriais, permite-se dizer que há atividade de criação de valor ao criar uma clientela.

Em sentido próximo, permite-se dizer que o aviamento é dividido entre objetivo (aspectos extrínsecos à atividade do empresário, chamado de 'local goodwill') como pode ser subjetivo, correlacionando-se com valores intrínsecos e de natureza conceitual relacionados ao modo como o empresário atua, sua competência e até sua boa fama ('personal goodwill' (TEIXEIRA, 2015, p. 35).

Desta forma, para garantir Gestão de Continuidade de Negócios, deve-se preservar os dados dos clientes, pois o objetivo é evitar e quando não possível, oferecer resposta à ameaça de violação da reputação, marca e a atividade de criação de valor.

O processo para que se implemente a Gestão de Risco normalmente está associada ao ERM (*Enterprise Risk Management*) que consistem em:

> um processo, efetuado pela diretoria de uma entidade de administração, aplicado na formação de estratégia e em toda a empresa. Tem como objetivo identificar eventos que podem afetar a entidade e gerir o apetite de risco da mesma, fornecendo, assim, uma garantia relativa à realização de objetivos da empresa. Com a finalidade de otimizar o processo e manter

> a sua qualidade, sugere-se seguir boas práticas de gestão de risco corporativo. (CHING; COLOMBO, 2013, p. 2).

Neste sentido, a BS ISO 31100 traz alguns princípios em consonância com as boas práticas de gestão de risco corporativo, sendo eles:

> a) A gestão de riscos cria e protege valor.
> b) A gestão de riscos é parte integrante de todos os processos organizacionais.
> c) A gestão de riscos faz parte da tomada de decisões.
> d) A gestão de riscos aborda explicitamente a incerteza.
> e) A gestão de riscos é sistemática, estruturada e oportuna.
> f) A gestão de riscos é baseada nas melhores informações disponíveis.
> g) A gestão de riscos é personalizada.
> h) A gestão de riscos leva em consideração fatores humanos e culturais.
> i) A gestão de riscos é transparente e inclusiva.
> j) A gestão de riscos é dinâmica, iterativa e responsiva às mudanças.
> k) A gestão de riscos facilita a melhoria contínua da organização.
> (British Standards Institution, 2011, p. 9).

Para o presente trabalho, explorar-se-á na ótica do princípio da transparência e na gestão de risco sistemática, estruturada e oportuna, já que há casos em que o tratamento de dados pessoais pode levar para uma transparência, mas não é oportuno.

1.2 PRIVACIDADE

Um primeiro apontamento que cabe mencionar refere-se a diferença entre privacidade e intimidade. Enquanto intimidade está contido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;" (BRASIL, 1988).

A privacidade dá-se em outro plano:

> O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 318).

Há a teoria dos círculos concêntricos para diferenciar as esferas de relações interpessoais, conforme a ilustração abaixo (FIORE, 2012).

Imagem 01: Teoria dos círculos de privacidade.

Fonte: FIORE, 2012.

Esfera privada confunde-se com vida privada, podendo ser resumida como sendo a informação de dados de convivência comum, "como a escolha de amigos, a frequência de lugares, os relacionamentos civis e comerciais, ou seja, de dados que, embora digam respeito aos outros, não afetam, em princípio, direitos de terceiros (exclusividade da convivência)" (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 449).

Já a intimidade, refere-se à proteção de relações mais íntimas, "mas não secretas, nas quais se mantém um sigilo mais profundo, onde não há a necessidade de conhecimento de outrem e nem se quer a divulgação de determinados acontecimentos em sua vida" (BOLESINA; ROSSONI, 2014, p. 5).

Em sentido próximo, explicando ainda a diferença entre privacidade e intimidade:

> O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos envolvendo relações familiares e amizades mais próximas. (MENDES, 2012, n.p)

O tema privacidade e intimidade mostra-se em alta no ano de 2020, pois em razão da pandemia, o governo do Brasil solicitou para que pudesse se utilizar de dados pessoais o que culminou com diversas ações, motivando inclusive o Supremo Tribunal Federal com o livro: A Constituição e o Supremo trazer um novo comentário no artigo 5, X, da Constituição brasileira:

> Decorrências dos direitos da personalidade, *o respeito à privacidade* e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam 'adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito' e 'conservados apenas pelo tempo necessário.' (artigo 45, § 2º, alíneas b e d). Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. Ao não

> apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP 954/2020 descumpre as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP 954/2020. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. [ADI 6.387 MC-REF, ADI 6.388 MC-REF, ADI 6.389 MC-REF, ADI 6.390 MC-REF e ADI 6.393-MC-REF, rel. min. Rosa Weber, j. 7-5-2020, P, DJE de 12-11-2020.] (BRASIL, 2016).

Diante da apresentação dos temas gestão de risco e privacidade, mostra-se essencial unir ambos para compreensão da rede social enquanto baliza para BS ISO 31100.

1.3 REDES SOCIAIS E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O século XXI é marcado pelo dinamismo e uma sociedade cada vez mais ágil, se a prensa causou uma revolução nas informações do século XVIII, as redes sociais causam no século XXI uma verdadeira fluidez de massiva de dados.

Neste sentido, "A revolução informacional cuida, pois, do acesso aos bens intangíveis ou incorpóreos. E como, por meio deles, se torna possível o acesso aos bens tangíveis e corpóreos." (LISBOA, 2006, p. 84), ou ainda:

> O surgimento de complexas redes profissionais e tecnologias voltadas à produção e ao uso da informação, que alcançam ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza. (BARRETO JUNIOR, 2007, p. 62).

Esta sociedade, nomeia-se sociedade da informação e a rede social ganha um status de grande transmissora de informações:

> Consisten en un sistema abierto y en construcción permanente que involucra a conjuntos que se identifican en las mismas necesidades y problemáticas y que se organizan para potencias sus recursos. Las redes sociales online consisten en servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo (LACERDA, 2017, p. 32).

Em outra perspectiva, a modernidade com o século XXI trouxe o conceito proposto por Bauman "a modernidade líquida" (BAUMAN, 2001, p. 137-143) cujo fundamento é marcado por agilidade em que os dados trafegam e o imediatismo. Em outra ótica, a internet propiciou uma infinidade de novas aplicações, seja o uso da rede social mencionado acima, até o uso de bancos em plataformas digitais.

A internet pode ser considerada como:

> Maior rede de computadores do mundo, que se caracteriza pela forma descentralizada em que atua. Oferece serviços de comunicação de dados, como acesso remoto, transferência de
> arquivos, correio eletrônico, a WWW e grupos de discussão. Baseada na TCP/I, também chamado de conjunto IP (Internet Protocol), atribui a cada computador conectado um endereço exclusivo (endereço IP). Assim, é possível localizar qualquer computador conectado à rede e trocar dados com ele. É considerada um novo meio de comunicação pública, equivalente ao telefone ou à televisão. (SAWAYA, 20--)

Neste ambiente, redes sociais, tornaria possível uma ampla atividade de debate, opiniões e até mesmo exercício de cidadania

> A expectativa gerada apontava para o fato de que as redes sociais seriam capazes de dar acesso e visibilidade aos indivíduos, que não possuem os meios institucionais de comunicação, dando instrumentalidade para que os mesmos compartilhassem informações e opiniões que ampliariam as possibilidades comunicacionais e a esfera de debates. Neste sentido cada usuário da rede mundial de computadores se transformaria em difusor de informação, podendo fazer juízo de valor sobre o fato divulgado e fomentar discussões acerca dos mesmos. A discussão de determinada notícia ou informação aconteceria simultaneamente à própria difusão gerando uma instantaneidade do debate. Este potencial aumento discursivo propiciaria um aumento do pluralismo de ideias e opiniões gerando uma esfera pública digital. (FREITAS; ROSSI, 2020, p. 7).

Considerando estas premissas, diante da BS ISO 31100 observa-se que é possível utilizar da rede social como fonte de comunicação e consulta, sem ferir o direito à privacidade, pois este está em uma esfera mais abrangente e da vida cotidiana e pública do cidadão.

Desta forma, as "sociedades empresárias lidam com um volume elevado de informações e por meio delas mantêm o funcionamento e o exercício da atividade empresarial acolhida pela sociedade e assim conseguirem validar metas de resultados pretendidos." (FUJITA; MACHADO, 2018, p. 18).

Destarte, permite-se dizer que ao utilizar a rede social para disseminação de informações relacionadas a atividade empresarial, cumpre-se o papel de comunicação e consulta sem ferir à privacidade.

2 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Cria-se então a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) como forma de regular a privacidade, vez que a Constituição defende a intimidade, a LGPD passa a proteger os acontecimentos mais cotidianos e que não revelam intimidade.

O direito à privacidade é fundamento da LGPD: "Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: (...) I - o respeito à privacidade;" (BRASIL, 2018).

Há ainda uma garantia no que diz respeito aos dados pessoais e privacidade, conforme: "Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei."

Se ora defende-se que a empresa usar as redes sociais não fere o direito individual à privacidade, entretanto, deve-se pedir o consentimento para que isto ocorra. Neste sentido a Lei traz: "Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;" (BRASIL, 2018).

O consentimento tem profunda relação com direitos mais básicos, de personalidade, por isto o respeito a este direito torna-se essencial. Entretanto há possibilidade de anonimização do dado para que este seja utilizado, tal qual uma

antítese aos dados pessoais. A premissa é sólida, mas em razão da tecnologia ainda é possível rastrear este dado pessoal e deixar de ser anônimo para ser anonimizado, em outras palavras, é possível estigmatizar alguém por meio de perfis e comportamentos na rede (BIONI, 2019, p. 51-79).

Considerando então que é possível identificar alguém mesmo com o dano anonimizado, como tornar juridicamente válida a participação e interação entre consumidor e empresa em ambiente digital? Defende-se que a empresa deve buscar cláusulas contratuais que visem demonstrar de maneira clara e específica de que modo pode coletar os dados, incluindo as redes sociais no rol de fonte para obtenção de dados pessoais.

Sendo assim, a mineração de dados pessoais, inclusive aqueles relacionados à reputação da empresa poderão ser coletados e tratados sem violar o direito de privacidade, construindo-se no grupo de bens imateriais da empresa: à clientela.

Destarte, ao praticar uma boa conduta de comunicação corporativa:

> [...] foi concebida para ajudar a empresa a obter e manter uma reputação favorável no processo de comunicação com seus públicos [...] sobre as realidades da empresa e de seu ambiente externo, em especial sobre as tendências culturais, sociais, políticas e econômicas [...]". Em meio a esse processo comunicacional, as organizações lidam constantemente com interações sociais, que antes eram mediadas por processos tradicionais. (SANTOS apud SILVA NETO, 2015, p. 20).

Permitindo então concluir que o processo de comunicação quando feito respeitado os limites jurídicos e quando adotada as medidas contratuais cabíveis é um instrumento apto para geração de valor ao *personal goodwill*.

2.1 REPUTAÇÃO ONLINE

Restando então como última análise a eficiência da construção de uma reputação online, há o uso de sites com 'score' das empresas. Definindo então o quão rápido essa empresa atende, quanto o consumidor mostra-se contente com a solução do problema e afins.

Neste caso, é possível tanto construir uma boa reputação como ter uma reputação ruim, sendo os usuários responsáveis por avaliar a empresa, possibilitando:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER AJUIZADA POR FORNECEDOR DE PRODUTOS/SERVIÇOS. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DE RECLAMAÇÕES E QUALIFICAÇÕES REALIZADAS EM SITE DE INTERAÇÃO COM CONSUMIDORES (RECLAME AQUI) E DE CONDICIONAMENTO DE PUBLICAÇÕES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.IMPOSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DOS FATOS PRATICADOS POR CONSUMIDORES OU TERCEIROS ESTRANHOS AO PROCESSO, RELATIVOS A LIDES MATERIAIS QUE NÃO DIZEM RESPEITO AO PROVEDOR DE CONTEÚDO OU APLICAÇÕES DE INTERNET. COMPROMETIMENTO DO JUÍZO SOBRE (A) O POSSÍVEL CARÁTER ILÍCITO/ABUSIVO DAS RECLAMAÇÕES E QUALIFICAÇÕES POR ELES REALIZADAS E (B) O INTERESSE PÚBLICO NA DIVULGAÇÃO DO RESPECTIVO CONTEÚDO.CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE STATUS DO FORNECEDOR NO SITE.CONDICIONAMENTO DE PUBLICAÇÕES A RESPOSTA DO FORNECEDOR QUE REPRESENTARIA CENSURA PRÉVIA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À ESCOLHA DO MEIO DE COMUNICAÇÃO ENTRE O SITE E O FORNECEDOR, QUE SE REALIZA NO INTERESSE DESTE. EXCLUSÃO DE CADASTRO VOLUNTÁRIO DO FORNECEDOR NO SITE QUE, À FALTA DE JUDICIAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR, 2017)

Os litígios jurídicos a respeito do site reclameaqui e outros no mesmo modelo são uma constante, observa-se um segundo caso

> propôs a presente ação de obrigação de fazer c/c indenizatória por danos morais em face de Obvio Brasil Software e Serviços Ltda ("ReclameAqui"). Em síntese, narra a autora que textos publicados por diversas pessoas no site disponibilizado pela requerida ultrapassam os limites do direito de opinião ou reclamação garantidos aos consumidores. Afirma que os clientes claramente praticaram excesso de linguagem, atuando de forma abusiva e superando o permissivo legal de exposição do seu pensamento, assim ofendendo a reputação da requerente. Argumenta que a criação do site da ré torna-se uma forma velada de ataque a empresas idôneas, antes mesmo de ofertar a ampla defesa e o contraditório. Defende que a pessoa jurídica goza de direitos da personalidade e que a Constituição Federal garante à requerente integral proteção ao seu nome e sua marca. Aduz que denúncias infundadas, sem a constatação da veracidade dos fatos, atingem a boa fama da autora, causando danos. Reputa imoral e ilícita a conduta da requerida de publicar ofensas realizadas por terceiros. Defende que, independentemente de a postagem ser de autoria de terceiros, o site deve ser responsabilizado pelo conteúdo veiculado em seu provedor (TJSP, 2020)

A solução diante de tanto ruído se dá com um modelo eficaz de gestão de reclamações às empresas.

Grégoire propõe que há seis reações principais na relação cliente-empresa, sendo elas: Franqueza, quando o cliente busca algum meio social online e fala diretamente com a empresa; Gabação, quando o cliente transforma em texto uma construção positiva para que a empresa possa melhorar algum aspecto, reclamando ao tom de um consultor; Maldizer, quando o cliente busca já insatisfeito, e sem antes procurar a empresa diretamente, fazer uma reclamação em rede social; Tagarela, quando o cliente usa de sites específicos (como o reclame aqui) para fazer sua reclamação; Desprezo, quando a empresa é incapaz de dar uma solução tanto à falha, como a reclamação; por fim, o Alimentar de abutres que é quando a empresa concorrente usa o post da reclamação para se promover e de certa forma influenciar o consumidor em trocar de empresa. (GRÉGOIRE; SALLE; TRIPP, 2015).

Diante disto, torna-se essencial ter um bom mecanismo de solução de conflito, ou um gerenciamento de reclamações online, já que:

> Diante do aumento de reclamações online de consumidores em sites como o ReclameAQUI, torna-se importante melhorar a eficácia do gerenciamento das reclamações online, pois sua adequada gestão pode: a) evitar o desgaste à reputação da empresa (Coombs & Holladay, 2012; Einwiller & Steilen, 2015) ; b) contribuir para a redução de custos, pois é mais barato manter um cliente atual a conseguir um novo (Fornell & Wernerfelt, 1987); c) melhorar a satisfação e fidelização de seus clientes, pois favorece o comportamento de recompra dos reclamantes (Evans, 2010; Homburg & Furst, 2005; Kau & Loh, 2006); d) auxiliar na recuperação dos clientes insatisfeitos e conquistar novos consumidores (Einwiller & Steilen, 2015), pois influencia um resultado positivo na comunicação boca a boca (Homburg & Furst, 2005; Kau & Loh, 2006), como também e) possibilitar a aprendizagem organizacional (Homburg & Furst; 2007). Alguns estudos mostram que o retorno sobre os investimentos sobre um efetivo sistema de gestão de reclamações de clientes pode ser substancial (Gupta, Lehmann & Stuart, 2004; Luo, 2007). (MELO; RÍMOLI, 2018, p. 4).

Desta forma, observa-se que há uma grande relação com gestão de risco e boa reputação, pois normalmente no litígio (ainda que extrajudicial) que se fortalece ou se cria uma imagem empresarial pior.

CONCLUSÃO

Discute-se de maneira sistemática a gestão de risco na ótica da administração de empresas e também nas áreas de logística e marketing, entretanto no direito por vezes a gestão de risco é negligenciada. Ainda que pese os programas de *compliance*, o século XXI e a modernização da infraestrutura global relacionada ao comercio e ao fluxo de comunicação criam uma necessidade de administrar previamente os riscos empresariais das atividades. Desta forma, vê-se que com a Sociedade da Informação a agilidade e conectividade são fatores decisivos do escopo social, gerando uma constante necessidade de informar-se, inclusive usando de redes sociais

Nota-se que a BS ISO 31100 é um importante mecanismo de gestão de risco, seja por ela ter como princípio e fonte criadora de: valor, parte integrante de processos organizacionais; parte de tomada de decisões; ocupa-se de esclarecer incertezas; abordagem sistemática, estruturada e oportuna; baseia-se sempre em nas melhores informações; personalizada para melhor atender o cliente; levar em consideração fatores culturais e humanos; transparente e inclusiva; dinâmica, iterativa e adaptável e por fim um meio facilitador da melhoria contínua da organização.

Entretanto, destacam-se o princípio da transparência e na gestão de risco sistemática, estruturada e oportuna no tralho, vez que, como no caso abordado relativo à pandemia do COVID-19, há casos em que o uso e manejo de dados avança de maneira danosa o direito de intimidade.

Importante considerar os círculos da vida privada, tendo a contribuição relativa aos círculos conclui-se que privado são os atos mais públicos, atos que não requerem um cuidado ou segredo. Intimidade por sua vez relaciona-se aos acontecimentos mais sigilosos, mas ainda com um certo grau de divulgação. Por fim, esfera de segredo são os atos mais sigilosos, em que somente há conhecimento pessoas das quais o próprio agente compartilhou a informação.

Deve-se destacar o papel das redes sociais na sociedade da informação, pois com as redes sociais os indivíduos que antes não possuíam um meio de massificação de informação, no século XXI passa a ter uma ampla rede (de computadores e informações) para comunicação, permitindo uma difusão de informações ainda não experimentada.

Devido ao avanço desta sociedade, surgiu a necessidade da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), responsável por inserir no ordenamento jurídico o fundamento da proteção da autodeterminação informativa. Também deve-se mencionar o Marco Civil da Internet que se rege no princípio da proteção da privacidade. Portanto, há proteção da intimidade e da esfera de segredo quando se protege a autodeterminação informativa na LGPD e há proteção da privacidade quando se usa o Marco Civil da Internet.

Destaca-se o papel da reputação empresarial como um dos valores da empresa, *personal goodwill*, devendo a empresa refletir se ao utilizar dados de redes sociais haverá violação de dados tidos na esfera da intimidade ou segredo.

Concluindo então que a mera utilização de dados de redes sociais e outros meios como Reclameaqui não são *per si* capazes de violar nenhum dos elementos da teoria dos círculos da privacidade, mas o modo como se utilizam e como se processa esses dados eventualmente pode violar. Devendo, portanto, adotar o princípio da BS ISO 31100 de oportunidade como fonte harmonizadora e não violadora de direitos relacionados ao uso das novas tecnologias.

REFERENCIAS

Associação Brasileira de Normas Técnicas (2018). *ABNT NBR ISO 31000:2018 - Gestão de riscos - Diretrizes*. Rio de Janeiro: Autor.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito de sociedade da informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord). *O direito na sociedade da informação.* São Paulo: Atlas, 2007.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais:* a função e os limites do consentimento. São Paulo: Forense, 2019.

BOLESINA, Iuri; ROSSONI, Caroline. *A TEORIA DOS CÍRCULOS CONCÊNTRICOS E A PROTEÇÃO À VIDA PRIVADA: ANÁLISE AO CASO VON HANNOVER VS. ALEMANHA, JULGADO PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS*. In: XI Seminário internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2014.

BRAIDO, Aldo César Martins. *A REDE SOCIAL CORPORATIVA COMO INSTRUMENTO DA GESTÃO DE RISCOS NAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS*. Dissertação (Políticas públicas) Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas - Fundação Getúlio Vargas. 2020. 95f. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29754/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20ALDO%20C%c3%89SAR%20BRAIDO%20-%20APROVADA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília; 1988.

BRASIL. *LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018*. Brasília, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo* [recurso eletrônico]. 5 ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020.

British Standards Institution. *BS ISO 31100*. Disponível em: http://www.talkingbusinesscontinuity.com/bcm-newsand-events/news/bs-311002011-risk-management-code-of-practice-and-guidance-for-theimplementation-of-bs-iso-31000-.aspx

CHING, Hong Yuh; COLOMBO, Thalita Maricone. Boas práticas de gestão de risco corporativo: estudo de dez empresas. *REBRAE*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 23-35, july 2013. ISSN 2175-3350. Available at: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/REBRAE/article/view/13856>. Date accessed: 15 dec. 2020. doi:http://dx.doi.org/10.7213/rebrae.7664.

COSO. *About Us*. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wSX2h4uuLQsJ:https://www.coso.org/Pages/aboutus.aspx+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 30. nov. 2020.

DI FIORE, Bruno Henrique. *Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica*. 2012. Disponível em:

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 34-37.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In : *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231. Acesso em: 30 nov. 2020.

FREITAS, Cinthia Obladem de Almendra; ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. RELEITURA DOS ESPAÇOS PÚBLICO E PRIVADO FRENTE ÀS TICS. In: *Direito, Estado e Sociedade,* Ahead of print, 2020. Disponível em: https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/issue/view/87. Acesso em: 30 nov. 2020.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu; MACHADO, Ronny Max. OS IMPACTOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO NO DIREITO À PRIVACIDADE DA PESSOA NATURAL E DA PESSOA JURÍDICA. In: *Thesis Juris*, 2018, v. 7, n. 2. Disponível em:https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/issue/view/483. Acesso em: 30 nov. 2020.

GRÉGOIRE, Yany; SALLE, Audrey; TRIPP, Thomas M. *Managing social media crises with your customers*: The good, the bad, and the ugly. Business Horizons, v. 58, n. 2, 2015.

KNIGHT, Frank Hyneman. *Risk, uncertainty and profit*. Nova York, EUA: Houghton Mifflin Company, 1921.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens digitais*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017,

LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. In: *Revista dos Tribunais*, v. 95, n. 847, p. 78-95, maio de 2006.

MÈLO, Augusto. *Proteção de dados pessoais na era da informação*: A privacidade e intimidade em face do avanço tecnológico. Curitiba: Juruá, 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (ebook)

RÍMOLI, Thales Tosi; DE CASTRO MELO, Daniela. A voz dos consumidores em Redes Sociais: Proposição de um Modelo Eficaz de Gestão de Reclamações às Empresas. In: *Revista Brasileira de Marketing*, v. 17, n. 1, p. 49-64, 2018.

SANTOS, Penélope da Silva Almeida. Comunicação Organizacional e Mídias Sociais: Manual de Conduta como ferramenta estratégica para preservação da imagem e reputação empresarial. In: *XVIII Congresso de ciências da comunicação na Região Sudeste*, Bauru - São Paulo, 2013.

SANTOS, Penélope da Silva Almeida. *REDES SOCIAIS DIGITAIS E A COMUNICAÇÃO INTERNA: MANUAL DE CONDUTA COMO FERRAMENTA ESTRATÉGICA PARA AS ORGANIZAÇÕES*. Dissertação (Comunicação midiática) Comunicação - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", 2015, 148f. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/136755/000859724.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 nov. 2020.

SANTOS, Penélope da Silva Almeida. *REDES SOCIAIS DIGITAIS E A COMUNICAÇÃO INTERNA: MANUAL DE CONDUTA COMO FERRAMENTA ESTRATÉGICA PARA AS ORGANIZAÇÕES*. Dissertação (Comunicação midiática) Comunicação - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", 2015, 148f. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/136755/000859724.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 nov. 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Comércio eletrônico conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

TJPR. *Apelação APL: 16466725 PR 1646672-5*. Relator: Juiz Alexandre Gomes Gonçalves. DJ: 2111 14/09/2017. Jusbrasil, 2017. Disponível em: https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/837298092/apelacao-apl-16466725-pr-1646672-5-acordao. Acesso em: 20. nov. 2020.

TJPR. Apelação APL: 16466725 PR 1646672-5. Relator: Juiz Alexandre Gomes Gonçalves. DJ: 2111 14/09/2017. Jusbrasil, 2017. Disponível em: https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/837298092/apelacao-apl-16466725-pr-1646672-5-acordao. Acesso em: 20. nov. 2020.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Malheiro, 2008.

O USO DAS REDES SOCIAIS NA GESTÃO PARTICIPATIVA DO SANEAMENTO BÁSICO NO MUNICÍPIO DE BELFORD ROXO-RJ

Gleice Clara Araújo Lírio
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
gleice2525@gmail.com

Laura Magalhães de Andrade
Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil
lauramagalhaes.adv@gmail.com

Resumo: Este estudo aborda como as redes sociais criadas pela prefeitura e secretarias municipais de Belford Roxo são usadas como ferramentas de divulgação e solução de problemas socioambientais - notadamente as relacionadas ao saneamento básico, ao passo que novas formas de comunicação ampliam as opções de denúncia dentro de uma comunidade com tais problemas. Utilizam-se os métodos descritivo, jurídico-dogmático e analítico, dentro de uma pesquisa qualitativa e exploratória, tendo como base teórica-conceitual a democracia participativa e o uso das Leis de acesso à informação, bem como as normas sobre saneamento básico, além da investigação das redes ligadas à gestão pública municipal. Portanto, como resultado, este trabalho evidenciará a necessidade de aprimoramento das ferramentas de diálogo entre a população e os tomadores de decisão em prol de uma cidadania participativa, sendo as mídias sociais fundamentais nesse sentido.

Palavras-Chave: Gestão institucional socioambiental; Redes sociais; Democracia participativa; Saneamento básico.

INTRODUÇÃO

Considerando-se a amplitude que as tecnologias de informação possuem, acredita-se que a inclusão de ferramentas tão presentes no cotidiano dos cidadãos podem ser de grande valia para promover a efetivação de leis que embasam e instruem as formas de comunicação entre a prefeitura ou secretarias públicas e os moradores. Tem-se como ferramentas *Whatsapp, instagram* e *facebook* que tiveram seu uso ampliado para reclamações e denúncias, porém com o mau uso destas redes pelos usuários e o uso como principal veículo de divulgação de informações pela prefeitura e secretarias municipais não é tão efetivo. Campanhas e trabalhos são divulgados por tais instituições, porém o que a

população realmente precisa ou requer muitas vezes fica limitado aos comentários nas redes sociais.

Feita esta breve contextualização, o presente estudo propõe, como hipótese, que o fortalecimento e a formalização de uma ferramenta de diálogo entre o cidadão e o tomador de decisão é a chave para satisfazer a demanda de informação e principalmente reclamações e soluções por parte daqueles que vivenciam constantemente problemas como falta de água, esgoto sem tratamento, entre outros problemas da falta do saneamento básico dentro dos municípios da Baixada Fluminense.

Como recorte espacial, observou-se neste trabalho o município de Belford Roxo, pois uma das autoras é moradora e a observação dos problemas socioambientais cotidianos proporcionou-lhe uma indignação e reflexão sobre formas de ação.

Tem-se, desse modo, como objetivo geral neste trabalho, compreender como as mídias sociais e canais de comunicação garantidos através da Lei de Acesso à Informação são usados para promover a gestão institucional por parte dos órgãos públicos e como as redes sociais garantem a participação dos cidadãos de Belford Roxo, principalmente no quesito de denúncia de problemas socioambientais ligados ao saneamento básico do Município**.**

Como objetivos específicos, (i) Compreender os conceitos pertinentes ao exercício da democracia participativa dentro do que a doutrina convencionou chamar de "Estado Socioambiental de Direito", inclinando-se às características sociais e ambientais do município de Belford Roxo; (ii) analisar as Leis de acesso à informação e de saneamento básico através de uma comparação do que essas leis preveem e como são executadas no referido município; e (iii) verificar como as redes sociais são utilizadas pelos órgãos municipais como ferramentas de inclusão social.

Como resultados, constatar-se-á que o uso das redes sociais como mecanismo de participação tem sido cada vez mais frequentes. Além disso, o próprio Plano Municipal de Saneamento Básico de Belford Roxo foi realizado com base na participação para a efetivação da gestão ambiental do município. No entanto, ainda que esses instrumentos tenham certa efetividade, ainda precisam ser aprimoradas.

Acredita-se, por fim, que com a valorização dessas ferramentas de comunicação, através de postagens bem elaboradas e com um foco maior por

parte dos gestores na observação dessas denúncias, pode acarretar no fortalecimento da participação cidadã na baixada fluminense na gestão pública ambiental de seus municípios.

1. Estado Socioambiental de Direito e democracia participativa

Para compreendermos um Estado Socioambiental de Direito, é necessário que o façamos desde uma visão holística[1] dos elementos que o norteiam, notadamente aqueles que impactam diretamente a vida dos indivíduos dentro da seara do município: a cidade, os direitos humanos e o meio ambiente, que devem fazer parte do projeto institucional de instauração e manutenção de um Estado que prime pela dignidade da pessoa humana e que, necessariamente, esteja associada aos aspectos naturais existentes. No Brasil, tais elementos se denotam principalmente a partir dos fundamentos, objetivos e princípios da República brasileira, expressos nos artigos 1º e 3º[2], bem como em demais dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Esse modelo estatal é assim descrito por Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 44-45):

> (...) em verdade, não abandona as conquistas dos demais modelos de Estado de Direito em termos de salvaguarda da dignidade humana, mas apenas agrega a elas uma *dimensão ecológica*, comprometendo-se com a estabilização e prevenção do quadro de riscos e degradação ecológica. O processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais, sob a perspectiva das suas diferentes dimensões (liberal, social e ecológica), reforça a caracterização constitucional do Estado Socioambiental, em superação aos modelos de Estado Liberal e Social. O *marco jurídico-constitucional socioambiental* ajusta-se à necessidade de tutela e promoção – integrada e interdependente – dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis (...).

Ademais, de acordo com Silva (2005, p. 115 *apud* MATINEZ *et al.*, 2018 p. 1) "O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e

[1] Holístico é aquele que defende uma visão integral e um entendimento geral dos fenômenos. Disponível em: Dicionário on-line de Português. <http://www.dicio.com.br>. Acesso em: 10 nov. de 2020.

[2] Vide artigos 1º, incisos II e III; e 3º, incisos I, II, III e IV, da Constituição Federal de 1988.

individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social". Tal conceituação é importante, pois, antes de um Estado de Direito, existia o Estado comandado por um Rei, ou seja, o Rei era absoluto e acima das Leis. Quem fazia parte do Estado era punido pelo não cumprimento dessas leis, porém o Rei não se submetia a elas, sendo maior que o próprio Estado.

Apesar de atualmente o Estado Brasileiro, com a Constituição "Cidadã" de 1988, ser republicana e democrática, ainda se imperam as desigualdades sociais através do poder e, assim, independentemente de haver punição, os privilegiados acabam mantendo suas posições.

Não se pode deixar despercebido, todavia que o poder sobre o Estado foi diluído para o povo e esse precisou amadurecer seu protagonismo na organização estatal, já que seriam autores dos seus próprios direitos, o que é algo necessariamente novo e desafiador: o exercício da cidadania e conhecimento amplo e eficaz de seus direitos e deveres.

Segundo Nogueira (2002 *apud* MARTINEZ, 2018, p. 1), o "Estado Democrático de Direito" ao qual alude a Constituição Federal brasileira, assim, é algo mais do que o simples "Estado Democrático"; destina-se a limitar o poder político, tornar em qualquer hipótese garantido o exercício dos direitos substanciais que consagra a todos os membros da sociedade, a tornar impossível o arbítrio governamental, e a tornar – tanto quanto possível, antecipadamente – previsíveis quaisquer consequências do exercício do seu poder pelos cidadãos, assim como as consequências dos atos do Poder Público genericamente considerado.

Assim, a implementação do Estado democrático incumbiu o povo de participar efetivamente na produção, execução e fiscalização da execução das Leis, porém com pouco embasamento e entendimento do como seria, levando-se em consideração as diferenças culturais, de classe e de instrução de cada indivíduo. O "todo" se tornou "um" e até hoje observamos diversas dificuldades na conscientização voltada a um pensamento mais pluralista, igualitário, solidário e justo, o que é refletido diretamente no resultado dos votos que elegem atores políticos que divergem das leis e dos direitos humanos fundamentais, bem como abusam do poder dado pelo povo.

De acordo com Habermas (2004, p. 159 apud FERRONATTO *et al.*, 2009 p. 5), da relação entre Estado de Direito, nação e democracia surgem

diversas consequências que perpassam pelo direito à autodeterminação das nações; pela igualdade de direitos nas sociedades multiculturais; pelo direito às intervenções de natureza humanitária; e, por fim, a transferência por Estados nacionais de seus direitos de soberania a instituições supranacionais.

Segundo Silva (2005, p. 125 *apud* MATINEZ *et al.*, 2018 p. 2) A formatação do Estado Democrático de Direito Social reflete os conteúdos de uma democracia representativa, participativa e pluralista, com direitos e garantias fundamentais individuais, coletivas, sociais, culturais, assim como o respeito ao meio ambiente, às pluralidades étnicas e o acesso aos bens primários como condição da dignidade da pessoa humana: é "uma democracia, pois, com forte conteúdo social".

Desse modo, além de todos os direitos elaborados e determinados por cada Estado, destaca-se o meio ambiente que, apesar de ser de extrema importância à existência humana e ter sido tutelado constitucionalmente (art. 225 da CRFB/88), é um componente que carece da devida atenção, eis que desde a formação das primeiras cidades foi explorado, desvalorizado e mal compreendido.

Após vários problemas ambientais causados pelo ser humano e os reflexos de tais ações à saúde e ao bem-estar humano, está-se a ver, finalmente, a necessidade de garantir a preservação e a proteção da natureza e, assim, essa "natureza passa a ser o centro das discussões, o elemento definidor de um novo paradigma para a sociedade e para a democracia, gerando uma nova relação entre o homem e a natureza" (CAPRA, 1996, p. 9).

Até hoje, principalmente em regiões mais periféricas, pouco se reflete sobre a não superioridade do ser humano ao meio ambiente e que somos parte dele, além disso não se tem o entendimento do dever de cuidar e zelar por esse bem e menos ainda que somos providos do direito, previsto na constituição brasileira, descrito no *caput* do art. 225, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. "A proteção sistemática e global do ambiente não é uma tarefa solitária dos agentes públicos, antes disso, exige novas formas de comunicação e de participação cidadã" (FERRONATTO et al, 2009, p. 10-11).

Ou seja, para maior apropriação da sociedade do meio ambiente e consequentemente o respeito e cuidado para com ele, dependemos de ferramentas de troca entre atores públicos e a sociedade. "Essa nova modalidade de Estado diz respeito a um perfil modificado dos direitos sociais, exigindo ações

de cidadania compartilhada entre Estado e cidadãos em busca da preservação ecológica, utilizando-se de mecanismos precaucionais, preventivos, tanto de responsabilização, como de preservação e reconstituição" (LEITE & AYALA, 2002, p. 30).

A partir da compreensão do que é um Estado Socioambiental de Direito, visando o entendimento do que é Democracia participativa, chega-se à conclusão que a essência é a troca, o diálogo, e para isso é necessário um entendimento de ambos os lados, seja por parte da comunidade sobre suas necessidades como por parte dos atores políticos de sua atuação e das ferramentas mais eficiente para a solução dos problemas socioambientais.

Neste artigo, portanto, propomos um diálogo consciente, em que a população - dotada das informações geradas pela gestão pública - fiscaliza o funcionamento dos serviços públicos, denuncia ações contrárias às leis e o bom funcionamento da gestão, sendo que para isso é necessário um conhecimento prévio para identificação dos problemas e também dos canais de denúncia.

Nos próximos tópicos iremos compreender como a Lei de Acesso à Informação pode ser de grande importância no exercício da democracia participativa, entendendo também os motivos de sua pouca efetividade, inclinando-se para o município de Belford Roxo.

2. Lei de Acesso à Informação: execução e limitações no município de Belford Roxo

Na presente seção apresentaremos uma análise dos dados informações referentes ao município de Belford Roxo, no que tange ao cumprimento da Lei de Acesso à Informação - LAI (Lei nº 12.527/2011[3]). De acordo com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), através de uma metodologia de avaliação da transparência pública, denominada Escala Brasil Transparente (EBT) – Avaliação 360º, realizada entre 09/07/2018 a

[3] LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm#:~:text=Regula%20o%20acesso%20a%20informa%C3%A7%C3%B5es%20previsto%20no%20inciso%20XXXIII%20do%20art.&text=216%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%3B%20altera,1991%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>. Acesso em: 28 nov. 2020.

14/11/2018, o município de Belford Roxo teve como resultado a nota de 1.06 no quesito transparência, sendo o menor índice de todo o Estado do Rio de Janeiro. A metodologia deste estudo é "uma inovação na tradicional metodologia de avaliação da transparência pública adotada pela CGU" (EBT - AVALIAÇÃO 360º, 2020).

Na EBT – Avaliação 360º houve uma mudança para contemplar não só a transparência passiva, mas também a transparência ativa (publicação de informações na internet). Nesta avaliação foram incorporados aspectos da transparência ativa como a verificação da publicação de informações sobre receitas e despesa, licitações e contratos, estrutura administrativa, servidores públicos, acompanhamento de obras públicas e outras. Com a aplicação da EBT como prática institucional, a CGU pretende aprofundar o monitoramento da transparência pública e possibilitar o acompanhamento das ações implementadas por estados e municípios na promoção do acesso à informação.

A metodologia aplicada se refere à execução da ação de transparência ativa que consta na Lei de acesso à Informação e que tem como exigências, de acordo com o art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.527/2011:

> Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.
> § 1º Na divulgação das informações a que se refere o *caput*, deverão constar, no mínimo:
> I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;
> II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;
> III - registros das despesas;
> IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;
> V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e
> VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

Analisando esses tópicos, juntamente com os dados obtidos na pesquisa da CGU, Belford Roxo possui: (1) Sítio oficial na internet; (2) Divulga informações orçamentárias e financeiras em um portal de transparência; (3) Informações sobre a sua estrutura organizacional; (4) Informações sobre suas unidades administrativas; (5) Endereço, Telefone; (6) Horário de atendimento ao

público; (7) Informações sobre Receitas (valores arrecadados e previstos, como também sua classificação em categoria e origem); e (8) Relatórios resumidos da Execução Orçamentária. Ou seja, com esses dados temos os incisos I e II, acima transcritos, sendo executados dentro da Lei.

Referente à disponibilidade de informações sobre as despesas, empenho, pagamento, licitações (número/ano do edital, modalidade, objeto, situação/status da licitação), até mesmo resultados das licitações ocorridas, contratos, obras públicas, servidores públicos e despesas diárias, todos esses dados não são encontrados no município de Belford Roxo, sendo então descumpridos os incisos III e IV.

No quesito normativo de acesso à informação de forma mais facilitada, imposto pela Lei de Acesso à Informação, os quais se devem disponibilizar relatórios estatísticos com a quantidade de pedidos de acesso à informação, sejam eles deferidos, atendidos ou indeferidos, bem como a relação de bases de dados abertos do município, também não são encontrados no município de Belford Roxo, descumprindo os incisos V e VI.

Visando também a Transparência Passiva, ainda de acordo com os dados da Controladoria-Geral da União, o município possui em funcionamento um SIC (Sistema de Informação ao Cidadão) físico, sendo disponibilizado o endereço, telefone e horário de atendimento, porém não existe a alternativa de envio de pedidos de acesso à informação de forma eletrônica.

Para a produção desse trabalho e sua maior autenticidade, realizamos uma análise comparativa entre o período de análise da CGU e o que está disponível na página web da Prefeitura de Belford Roxo. Encontramos os seguintes dados:

Dentro do site Transparência pública do município de Belford Roxo4 encontramos dados sobre as despesas realizadas no ano de 2018, sendo interessante para compreensão do funcionamento do site da prefeitura do município a constatação dos dados também para os anos de 2017, 2019 e 2020. No tópico "Busca de Informações e Quantitativos de acessos" encontramos informações sobre despesas empenhadas, liquidadas e pagas, para cada secretaria. Porém nesse quesito identificamos algumas falhas de organização e atualização.

[4] PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Prefeitura de Belford Roxo, 2020. Disponível em <https://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=5>, Acesso em: 05 out. 2020, 19:51:11.

Ao verificar as despesas para cada secretaria, temos acesso a 31 secretarias; porém, no mesmo site de transparência, no tópico de acesso às secretarias, a relação conta 25 secretarias, ou seja, pode ter ocorrido a fusão ou a exclusão de algumas secretarias do município, sem atualização dessas informações na parte de despesas.

De acordo com o tema proposto, buscamos separar os dados da área de saneamento básico do município de Belford Roxo, analisando as secretarias que se referem de alguma forma ao saneamento básico do município, como, Secretaria municipal de Obras e Infraestrutura (responsável diretamente pelo saneamento básico), Habitação e Urbanismo, Meio Ambiente, Saúde e Serviços Públicos.

Ao analisarmos as informações de cada secretaria, neste tópico, verificamos a ausência da secretaria municipal de obras e infraestrutura, com a presença apenas da secretaria municipal de obras. Já as outras secretarias ligadas ao saneamento básico de forma indireta, foram encontradas e com as devidas informações, cumprindo incisos I, II, III e IV exigidas pelo art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.527/2011. Porém, ao verificar as diárias e passagens, encontramos apenas os dados disponíveis dos anos 2017, 2019 e 2020, ou seja, como a própria CGU constatou, há a ausência dos dados referentes ao ano de 2018.

Quanto às licitações, encontramos apenas três do ano de 2018, sendo uma com validade no mês de janeiro e as outras duas com validade até janeiro de 2019, o que descumpre o inciso IV do art. 8º, § 1º, da LAI, o que é compatível com os dados da CGU. No que se refere à prestação de contas anuais, temos dos anos 2016, 2017 e 2018. Existe acesso às informações sobre renda (prevista *versus* arrecadada), além disso, possui relatório resumido da execução orçamentária dos anos 2016, 2017, 2018, 2019 e 2020.

Encontramos planilhas contabilizando a busca de informações, algo também solicitado pela LAI em seu artigo 30, parágrafo 3º e de extrema importância na verificação da eficácia de sua execução:

Figura 1 – Dados disponíveis *versus* número de acessos

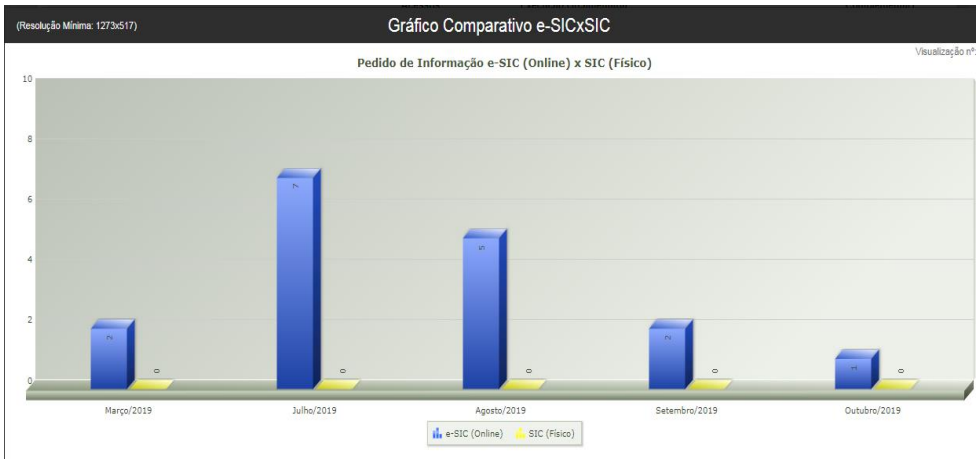
PREFEITURA MUNICIPAL DE BELFORD ROXO
Avenida Floripes Rocha , 378 , Centro Belford Roxo , RJ
Secretaria Municipal de Ciência e Tecnologia

Busca de Informações

Item	URL de Acesso	Acessos	%
Categoria: Despesas			
Despesas, Subvenções, Ordem Cronológica, Execução Orçamentária e Financeira	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=145	932	1,95%
Despesas - Todas (Empenho, Liquidação e Pagamento)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=5	421	0,88%
Despesas Dispensa e Inexigibilidade (Empenho, Liquidação e Pagamento)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=134	421	0,88%
Despesas Realizadas com Recursos Arrecadados com Multas de Trânsito	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=601	57	0,12%
Despesas Subvenções (Empenho, Liquidação e Pagamento)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=606	421	0,88%
Lista de Credores (Liquidados em Ordem Cronológica)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=602	237	0,50%
		Quantidade de Itens:	**6**
		Total de Acessos:	**2.489**
Categoria: Formulários			
Serviço de Informação ao Cidadão	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=603	815	1,69%
Formulários para solicitações no SIC Físico	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=29	240	0,49%
Pedido de Informação (Pessoa Física)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/Formulario-de-solicitacao-de-informacao-pessoa-natural.pdf	95	0,19%
Pedido de Informação (Pessoa Jurídica)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/Formulario-de-solicitacao-de-informacao-pessoa-juridica.pdf	38	0,08%
Recurso (Pessoa Física)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/FORMULARIO-DE-RECURSOS-PF.pdf	13	0,03%
Recurso (Pessoa Jurídica)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/FORMULARIO-DE-RECURSOS-PJ.pdf	10	0,02%
Reclamação (Pessoa Física)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/FORMULARIO-DE-RECLAMACAO-PF.pdf	29	0,06%
Reclamação (Pessoa Jurídica)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/FORMULARIO-DE-RECLAMACAO-PJ.pdf	14	0,03%
		Quantidade de Itens:	**8**
		Total de Acessos:	**1.254**
		Total de Acessos:	**8.635**
Categoria: Orçamentos			
Orçamentos (LOA, LDO e PPA)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=8	201	0,42%
Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=9	370	0,78%
Lei Orçamentária Anual (LOA)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=10	460	0,96%
Plano Plurianual (PPA)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=6	1.996	4,18%
		Quantidade de Itens:	**4**
		Total de Acessos:	**3.027**
Categoria: Prestação de Contas			
Prestação de Contas	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=16	576	1,20%
Prestação de Contas (Balanço Anual)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=105	746	1,56%
Relatório de Gestão Fiscal (RGF)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=51	328	0,69%
Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=50	373	0,78%
		Quantidade de Itens:	**4**
		Total de Acessos:	**2.023**
Categoria: Receitas			
Receitas	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=97	272	0,57%
Receita Arrecadada com a cobrança de multas de trânsito	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=119	325	0,68%
Receita Prevista x Arrecadada	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=98	636	1,33%
Receitas por Dia	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=12	310	0,65%
		Quantidade de Itens:	**4**
		Total de Acessos:	**1.543**
Categoria: Tela Principal			
Acesso as Secretarias	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=64	16.740	34,98%
Busca de Informações e Quantitativo de Acessos	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=600	4.584	9,58%
Diárias e Passagens	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=53	589	1,23%
Estrutura Organizacional (Lei Complementar)	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/webrun/tmp/PortalServices/LEICOMPLEMENTAR235.pdf	376	0,79%
Execução Orçamentária Consolidada	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=11	189	0,39%
Fale Conosco	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=605	976	2,04%
Glossário	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=604	271	0,57%
Mapa do Site	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=607	210	0,44%
Perguntas e Respostas	http://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=40	469	0,98%
		Quantidade de Itens:	**9**
		Total de Acessos:	**24.406**

Fonte: Prefeitura Municipal de Belford Roxo, 2020.

Figura 2 – Pedidos de Informação on-line e físico



Fonte: Prefeitura Municipal de Belford Roxo, 2020.

Como se pode ver, o *site* apresenta, ainda, um gráfico comparativo entre os Sistemas Eletrônicos de Informação (on-line e físico), porém, apenas dos meses de março a outubro do ano de 2019, o que demonstra pouca procura por informações por parte da população e também a importância da disponibilidade dos dados no site da prefeitura, já que não há grande procura presencial.

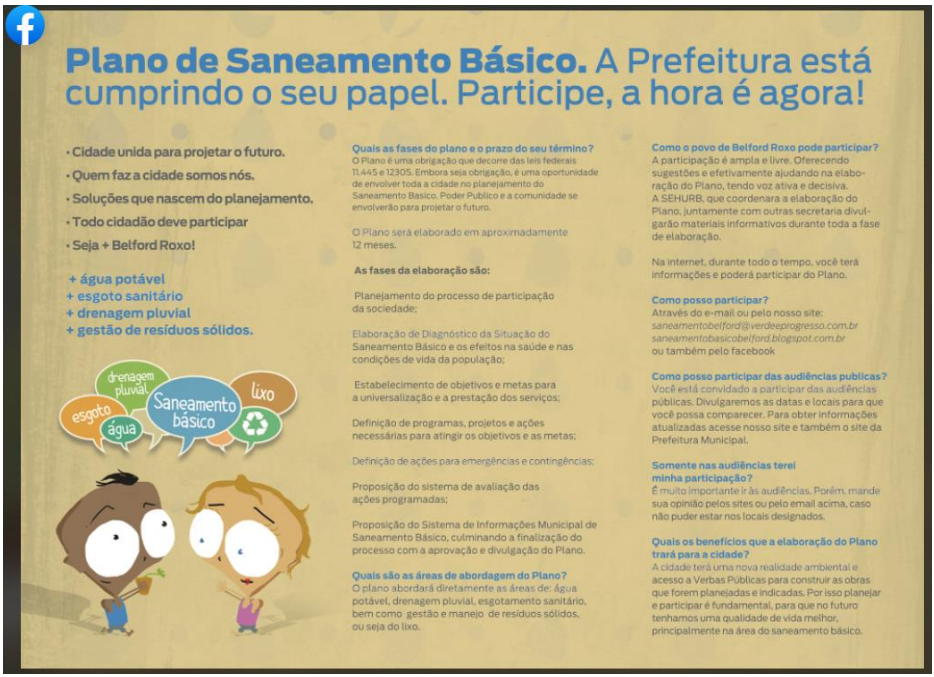
Pelo exposto e ratificando a análise da CGU, apresentada no início desta seção, Belford Roxo descumpre a maior parte das exigências da LAI, sendo o pior índice do Estado do Rio de Janeiro. Entretanto, constamos, ao reavaliar a página web da prefeitura, a iniciativa de cumprimento, porém a má localização e atualização por parte dos responsáveis pela administração do *site,* como também falhas em sua estruturação e organização de acordo com a Lei, o que corrobora a pesquisa da CGU.

Além disso, é importante citar a adaptação tardia do sistema da prefeitura de Belford Roxo à Lei de Acesso à Informação, sendo que a LAI foi regulamentada em 2011, como também a ausência de fiscalização no cumprimento das normas. Ou seja, estando de acordo ou não com os dispositivos da lei, o município não possui uma fiscalização e nem obrigatoriedade de prestação de contas, dando abertura para possíveis erros, descontinuidade e má gestão dos dados, o que pode refletir na quantidade de acessos de cada informação, além da falta de instrução da população para que busquem essas informações, notadamente as relacionadas ao saneamento básico, que merecerá uma atenção mais apurada na seção a seguir.

3. A gestão do saneamento básico em Belford Roxo

No decorrer da pesquisa, deparamo-nos com a página do *facebook* denominada "Saneamento Básico Belford Roxo", com a descrição voltada a informações do que acontece no Plano Municipal de Saneamento Básico do município, com apenas 132 seguidores e 131 "curtidas". A página disponibiliza e-mail e *site* criados especificamente para a construção desse Plano, além de conter imagens e informações das reuniões realizadas em diversos bairros do município. Essa página foi criada em 14 de novembro de 2013, com o intuito de chamar a população para participar das audiências públicas, uma das fases dispostas em Lei e necessárias para a produção do Plano (SANEAMENTO BÁSICO BELFORD ROXO, 2020). Abaixo a cartilha de convite:

Figura 3 – Cartilha elucidativa do Plano Municipal de Saneamento Básico



Fonte: Saneamento Básico Belford Roxo, 2020.

Através dessa figura e da produção da página, podemos evidenciar um grande esforço por parte da empresa responsável pela produção do Plano de Saneamento Básico do município, denominada Verde e Progresso Soluções Ambientais, em motivar a participação da população nas audiências e também na compreensão do que seria tratado, já que a maioria dos que vivem no local possuem pouca instrução e entendimento do assunto.

Ademais, ilustrações e imagens encontradas na página de *Facebook* eram voltadas tanto para o público adulto como também para o infantil, com produção até mesmo de um vídeo através do *Youtube* explicando as Leis que obrigam a produção do Plano, como também o que esse promove para a população de forma direta e atrativa, muito parecido com algumas campanhas partidárias, convidando a população para participar e se manifestar no *Facebook*, *Blog* e e-mail criados para esse propósito. Na análise da página e das fotos postadas, evidenciamos uma grande participação da população nas audiências. A empresa contratada para desenvolver o Plano, a Prefeitura Municipal e a Secretaria Municipal de Habitação e Urbanismo distribuíram formulários para identificação

das necessidades de cada bairro, o que resultou em um relatório, disponibilizado no site da empresa Verde e Progresso. Segue o formulário abaixo:

Figura 4 – Formulário distribuído à população, referente ao Plano Municipal de Saneamento Básico

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELFORD ROXO
SECRETARIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO E URBANISMO

PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO
"SANEAMENTO, A HORA É AGORA!"

DE ACORDO COM AS LEIS FEDERAIS DE DIRETRIZES NACIONAIS DE SANEAMENTO BÁSICO (LDNSB) LEI N.º11.445/2007 E A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS (PNRS) - LEI N.º 12.305/2010, A ELABORAÇÃO DO PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO (PMSB) ASSOCIADO À GESTÃO INTEGRADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS (PMGIRS) É CONDIÇÃO FUNDAMENTAL PARA O MUNICÍPIO DE BELFORD ROXO, OBTER RECURSOS DO GOVERNO FEDERAL PARA INVESTIMENTOS EM PROJETOS DE SANEAMENTO BÁSICO E TRATAMENTO DO LIXO E RESÍDUOS.

ASSIM, O PODER PÚBLICO MUNICIPAL ATRAVÉS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO E URBANISMO JUNTAMENTE COM A SECRETARIA DE MEIO AMBIENTE, FARÃO UM DIAGNÓSTICO REAL E ATUAL DA SITUAÇÃO DA INFRAESTRUTURA URBANA PARA A ELABORAÇÃO DO NOSSO PLANO MUNICIPAL COM AMPLA PARTICIPAÇÃO POPULAR, PARA COM ISSO, SE CREDENCIAR, POR MEIO DE BANCO DE PROJETOS ENVOLVENDO TODOS OS BAIRROS DA CIDADE, QUE VENHA A GARANTIR A BUSCA DOS RECURSOS NECESSÁRIOS PARA CUIDAR DO SANEAMENTO BÁSICO COMO UM TODO, IMPLANTANDO DE VEZ O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM NOSSA CIDADE.

NOME: _____
ENDEREÇO: _____
BAIRRO: _____
TELFONE: _____
EMAIL: _____
NÚMERO DE CASAS NO MESMO LOTE: _____
NÚMERO DE MORADORES NO MESMO LOTE: _____

SUA RUA TEM ....

PAVIMENTAÇÃO ? ( ) SIM ( ) NÃO / TIPO: ( ) ASFALTO ( ) CONCRETO ( ) PARALELEPÍPEDO

REDE PÚBLICA DE ÁGUA (ÁGUA DA RUA) ? ( ) SIM ( ) NÃO

REDE PÚBLICA DE ESGOTO (TUBO QUE PASSA PELA CALÇADA) ? ( ) SIM ( ) NÃO

TEM "VALA NEGRA" ? ( ) SIM ( ) NÃO

DRENAGEM PLUVIAL (ESCOAMENTO PARA RALOS DA ÁGUA DE CHUVA) ? ( ) SIM ( ) NÃO

COLETA REGULAR DE LIXO ? ( ) SIM ( ) NÃO / RETIRADA DE ENTULHO ? ( ) SIM ( ) NÃO

SUGESTÃO: _____

LUTE PELAS MELHORIAS DO SEU BAIRRO E O DESENVOLVIMENTO DA NOSSA CIDADE! INSCREVA-SE NOS SEMINÁRIOS REGIONAIS E NA CONFERÊNCIA PARA A CONSTRUÇÃO DO NOSSO PLANO DE SANEAMENTO ! BELFORD ROXO DE VEZ NO SÉCULO XXI ! ACESSE :

QUEM MUDA A CIDADE SOMOS NÓS !!!

Fonte: Verde e Progresso, 2014.

Tem-se o registro de mais de 100 formulários respondidos na página do *Facebook*, em que também se divulgou massivamente a existência do formulário e a importância de seu preenchimento. Outrossim, dentro do relatório disponibilizado no *site* da Verde e Progresso Soluções Ambientais (VERDE E PROGRESSO, 2014, p. 32), cita-se que

> Das regiões e bairros que preencheram questionários distribuídos nos eventos setoriais que houve ao longo da confecção do relatório de Diagnóstico Técnico Participativo e previamente no Relatório de Mobilização Social, obtivemos como resultado da situação total do Município que:
> • 44% da população disse que não tem pavimentação em sua região;
> • 48% não tem rede de distribuição de água em sua região;
> • 50 % não tem rede de coleta de esgoto em sua região;
> • 69% não tem sistema de drenagem pluvial em sua região;
> • 66 % não tem coleta de lixo e,
> • 94% que não tem retirada de entulhos e resíduos de construção civil.

A partir desses dados evidenciamos a precariedade e a carência de um saneamento básico no município de Belford Roxo, que se identificou graças à mobilização nas respostas aos formulários e que demonstrou um grande alcance do *Facebook*, trazendo os indivíduos para a reflexão sobre o assunto e da sua importância para a sua vida. Além disso, deu voz a todos que se viam cercados por problemas que muitas vezes não identificam ou não conseguem caracterizar formalmente, e consequentemente, dificulta a comunicação com a gestão responsável.

Ainda segundo o Relatório (VERDE E PROGRESSO, 2014, p. 285),

> Compete também à população cobrar das autoridades constituídas e fiscalizar a implantação do Plano, criando a consciência de responsabilidade social necessária para qualquer medida de evolução sanitária e ambiental. O controle social, exercido de forma eficaz, é essencial para garantir a efetividade de toda e qualquer política pública.

Isso significa que a conscientização realizada foi de grande valia para a continuação do projeto. A partir dessa reflexão, aproveitamos os dados disponibilizados no Relatório (VERDE E PROGRESSO, 2014, pág. 32) para comparar com os que constam no site do Instituto Trata Brasil, intitulado "Painel Saneamento Brasil" (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2020).

No relatório e no site não constam datas de publicação dos dados. No entanto, chegamos à conclusão, através de verificação na página do *Facebook*, que

esse Relatório seria do ano de 2014. Nesse caso, passamos a comparar os dados do Relatório (acima mencionados) com os que constam no *site* "Painel Saneamento Brasil", que são os dados do Instituto Trata Brasil para o mesmo ano:

Tabela 1 – Dados do Instituto Trata Brasil (2014)

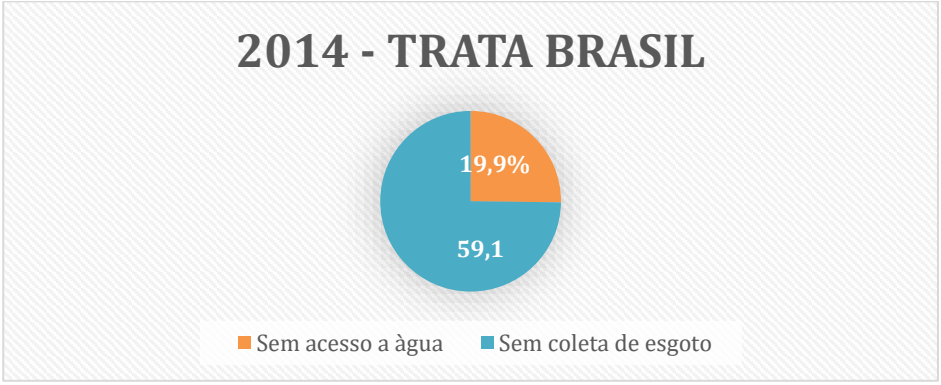
Indicadores por ano - 2014

Localidade	Parcela da população sem acesso à água (% da população)	Parcela da população sem coleta de esgoto (% da população)	Esgoto não tratado (mil m³)	Índice de esgoto tratado referido à água consumida (%)	Internações totais por doenças de veiculação hídrica (Número de internações)	Óbitos por doenças de veiculação hídrica (Número de óbitos)	Renda das pessoas com saneamento (R$ por mês)	Renda das pessoas sem saneamento (R$ por mês)
Município Belford Roxo	19,9%	59,1%	20.616,00	34,3%	885	2	1.250,11	745,82

Fonte: Lírio & Magalhães com base em "Painel Saneamento Brasil", 2020.

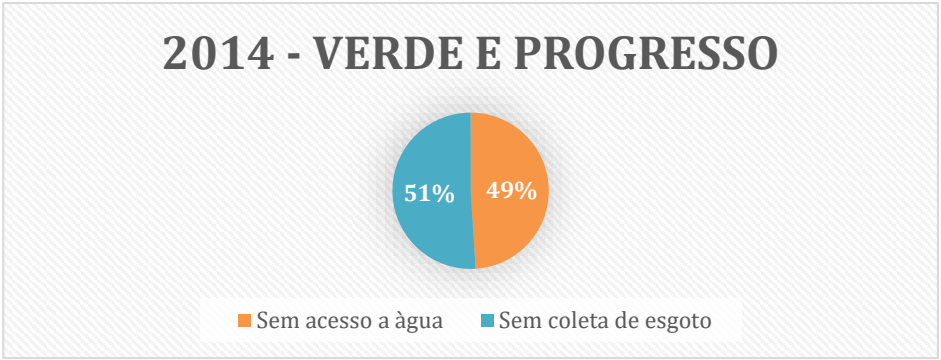
Dos indicadores das duas instituições, pode-se depreender que há apenas dois itens comparáveis, que são: (i) população sem acesso à água; e (ii) parcela da população sem coleta de esgoto. Assim, separando-se esses dados, temos que:

Figura 5 – Dados comparáveis do Instituto Trata Brasil (2014)



Fonte: Lírio & Magalhães, com base no Instituto Trata Brasil, 2020.

Figura 6 – Dados comparáveis da empresa Verde e Progresso (2014)

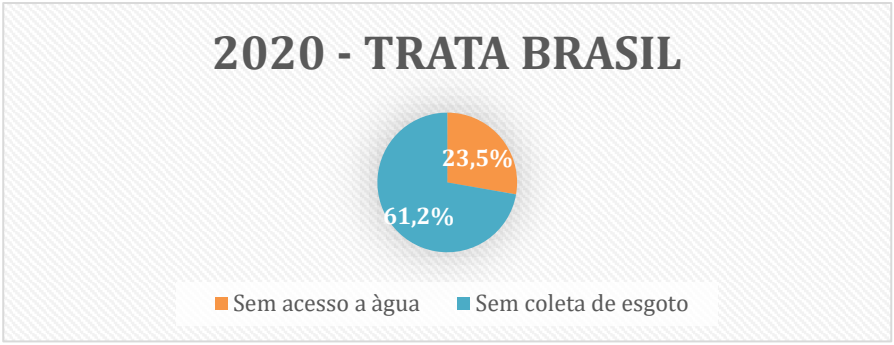


Fonte: Lírio & Magalhães, com base no Relatório da Verde e Progresso, 2020.

Chama a atenção o fato de haver disparidade com relação ao dado pertinente à falta de acesso de água, pois o Instituto Trata Brasil apresenta uma porcentagem muito inferior à obtida pela empresa responsável pela elaboração do Plano Municipal de Saneamento Básico. Como os dados desta última foram obtidos a partir de uma averiguação in loco, com a efetiva participação dos habitantes do município, pode-se depreender que a realidade é ainda mais grave que a apresentada pelo primeiro.

Finalmente, para esclarecer qual é a situação atual do município de Belford Roxo em termos de saneamento básico, apenas para ilustrar, apresentamos alguns dos dados do ano de 2020 - os que são comparáveis neste estudo - organizados pelo Instituto Trata Brasil e disponibilizados através do "Ranking do Saneamento", disponibilizado na página da instituição (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2020). Justifica-se o uso desses dados exatamente por serem os únicos mais atualizados disponíveis:

Figura 7 – Dados comparáveis do Instituto Trata Brasil (2020)



Fonte: Lírio & Magalhães, com base no Instituto Trata Brasil, 2020.

De todos esses dados, pode-se depreender que, apesar de o ano de 2014 ter sido de mobilização e conscientização e haver um esforço em organizar um plano de saneamento básico com a participação da população, houve a falta de empenho por parte da gestão do município em sanar as necessidades expostas pelo Relatório da empresa Verde e Progresso, além da ausência da fiscalização para o cumprimento do Plano Municipal de Saneamento Básico, já que, de 2014 a 2020, houve um aumento de 3,6% na parcela da população sem acesso à água, bem como um aumento de 2,1% na parcela da população sem coleta de esgoto.

Conclui-se, pois, que, apesar de um Plano Municipal que previu a participação da população e que primou pela devida informação ambiental, o município não logrou êxito em melhorar os indicadores relacionados ao saneamento básico. Na tentativa de sanar essa grave situação, a seção a seguir apresentará o uso das mídias sociais como meio de comunicação eficaz à gestão institucional ambiental do município.

4. As redes sociais e como estas são usadas pelas prefeituras

Nesta seção, voltamos especificamente para as secretarias ligadas direta e indiretamente ao saneamento básico no município de Belford Roxo, sendo elas: Secretaria Municipal de Meio Ambiente (SEMA), Secretaria de Obras (SMO), Secretaria Municipal de Saúde (SEMUS), Secretaria Municipal de Serviços Públicos (SEMSEP) e Secretaria Municipal de Habitação e Urbanismo

(SEHURB), como também suas respectivas redes sociais e sites vinculados ou não ao site da Prefeitura. Nessas fontes de informação encontramos:

Tabela 4 – Redes Sociais dos Órgãos Municipais de Belford Roxo: novembro de 2020

PREFEITURA E SECRETARIAS	SITE	FACEBOOK	INSTAGRAM	WHATSAPP	TWITTER
PREFEITURA	X	X	X	-	X
SEMA	X	X	X	X	X
SMO	-	X	-	-	-
SEMUS	-	X	X	-	-
SEMSEP	-	X	-	X	-
SEHURB	X	-	-	-	-

Fonte: Lírio & Magalhães, 2020.

A partir dessa análise, constatamos que dentre as cinco secretarias e a prefeitura, apenas uma não possui *Facebook*, sendo a Secretaria de Habitação e Urbanismo, que antes do prefeito atual, era a responsável pelo saneamento básico do município, passando no ano de 2019 para a responsabilidade da Secretaria Municipal de Meio Ambiente (SEMA). Vamos esmiuçar, a seguir, o que foi encontrado no *Facebook*, *Instagram* e *site* de cada secretaria.

Secretaria de obras: Em sua página do *Facebook* há uma grande quantidade de fotos de praças em construção, vídeos com um panorama dos principais eventos do município, com última atualização no mês de agosto de 2019. Além disso, há obras ligadas a construção de Escolas, Clínicas e de drenagens realizadas em alguns bairros do Município.

Secretaria de Saúde: Em virtude da pandemia existe uma grande quantidade de avisos referentes a testes de Covid-19 e uma intensa mobilização por parte da prefeitura, divulgados na página do *Facebook* e *Instagram*. Verificamos também que o último Boletim Epidemiológico do Município foi no dia 06/06/2020, com o acompanhamento dos possíveis casos da doença. Após o mês de junho, houve um aumento em avisos de testes rápidos no *Facebook* da secretaria.

Secretaria de Meio ambiente: No *Facebook* há uma grande quantidade de postagens de paisagismo e castração móvel, além de outros projetos voltados aos animais. Todas essas postagens vão para o *Instagram*, sendo as notícias atualizadas em ambas as redes. No dia 23 de novembro foi publicado que houve uma manutenção realizada pela secretaria em pareceria com o INEA no Rio Botas – trecho Vila São Luiz. Essa secretaria também oferece cursos em seu site voltados ao licenciamento ambiental e à produção de hortas.

Secretaria de Habitação e Urbanismo: Sua plataforma de divulgação de informações possui um tópico do Conselho de Planejamento e Gestão da Cidade de Belford Roxo que, de acordo com o *site*, tem como objetivo ampliar "as iniciativas públicas e privadas municipais no âmbito da Política Urbana, notadamente através das ações, expressamente definidas através do Plano Diretor - Lei Complementar nº 084, de 12 de janeiro de 2007". (HABITAÇÃO E URBANISMO, 2020). As reuniões desse conselho são na última sexta-feira de cada mês, porém as atas só constam do ano de 2011, sendo que não conseguimos no decorrer do trabalho identificar o porquê dessas deficiências.

Secretaria de Serviços públicos: Há muitas postagens ligadas ao recolhimento de lixos e entulhos pelo município. Além disso, recentemente disponibilizaram um número de *Whatsapp* para denúncias e reclamações na página. É evidente nas imagens que existe uma demanda grande de trabalho e pouco investimento em equipamentos novos e formas de amenizar o despejo de lixo nos locais de grande demanda, como também muitos comentários com reclamações da falta de coleta e a ausência de respostas dos mesmos.

A maioria das secretarias, em especial, saúde e meio ambiente, fazem propaganda política e enfatizam a atuação do prefeito atual. Muitos comentários são de elogios à gestão e às ações da prefeitura. Com relação às reclamações dos munícipes, há uma resposta em poucos casos. No entanto, entende-se que isso se deve ao fato de muitos comentários serem voltados aos elogios aos feitos, diminuindo a importância ou visualização das denúncias.

Além das redes sociais voltadas aos Órgãos Municipais, identificamos uma página independente denominada "Notícias de Belford Roxo" que possui *site, Facebook, Instagram* e *Twitter* com atualizações sobre o município e acompanhamento das ações realizadas pelo prefeito. Na página do facebook encontramos a seguinte descrição (NOTÍCIAS DE BELFORD ROXO, 2020):

> Notícias de Belford Roxo é um site informativo que tem como objetivo ajudar aos belforroxenses e internautas a estarem atualizados com os

> acontecimentos do município de Belford Roxo. Ele é formado por pessoas, fotógrafos e jornalistas que amam o que fazem e colocam a qualidade acima de tudo.
> O Notícias de Belford Roxo surgiu em junho de 2012, como resposta à falta de blogs e sites belforroxenses que publicassem informações sobre a cidade. O site também fornece um arquivo desde a criação dos Atos oficiais da Prefeitura de Belford Roxo, tem uma página de reclamações de moradores "Fala Belford Roxo", e informações sobre telefones úteis, agenda cultural, links de Serviços da PMBR, como o "IPTU, Contracheques, Nota fiscal eletrônica, etc. Desde então, tornou-se referência para outros sites brasileiros e estrangeiros quando o assunto é BELFORD ROXO. Estamos atingindo a marca de 1 Milhões de acessos desde a criação e já tivemos picos de 90.000 acessos em um único dia (em setembro de 2014).

A página do *Facebook* acima mencionada, além de funcionar como uma ferramenta de denúncia e proporcionar à população a oportunidade de se sentir ouvida, dispõe também de notícias do dia-a-dia do município, além de notícias mais gerais, como do governo, estado, culturais, dentre outras categorias que se entendem como relevantes, funcionando como uma revista eletrônica para a população.

Dentro dos *sites* e redes pesquisados, pouco pode se observar com respeito aos dados ligados ao saneamento básico, decorrente a falta de organização, estrutura e ausência de informações, principalmente na falta de conteúdo por parte da secretaria responsável. Entende-se que não há uma divisão de tarefas por cada secretaria, prejudicando o entendimento dos cidadãos em realizar de forma direta suas exigências, desmotivando a gestão participativa por parte dos cidadãos.

Além disso, entende-se que os bairros de Belford Roxo, por se localizarem nas periferias, não são tão bem atendidos como os que são mais próximos do centro do município e por isso ficam abandonados pelas autoridades competentes.

Tal entendimento pode ser confirmado por uma das autoras deste artigo, que é moradora do município e realizou uma denúncia pelo *Instagram* de uma grande quantidade de lixo lançado pela população próximo a uma ponte de acesso ao seu bairro e em frente a um local de reciclagem. Cegou a obter retorno, mas depois de identificar que o problema persistiu, além de não conseguir realizar a denúncia pela mesma rede social, ao utilizar um número dado pela SEMA, denominado "linha verde", foi orientada a realizar a denúncia pelo telefone da

Secretaria Municipal de Serviços Públicos. No entanto, mas antes mesmo de efetivar a denúncia, por ser época de eleição, o local foi limpo.

No decorrer da pesquisa foi identificado pela autora, ainda, um número de *Whatsapp* na página do *Facebook* da Secretaria de Serviços Públicos e ao entrar em contato foi informado "vamos averiguar a situação e ver de quem é a responsabilidade para tomar as providências cabíveis". Porém, podemos identificar falhas, primeiramente na falta de compreensão por parte da secretaria responsável pela limpeza, que não adiantaria apenas limpar o local, mas também propor estratégias que impedissem a população de lançar lixo novamente no local, como também a ausência de fiscalização. Ademais, mesmo após a divulgação da responsabilidade do saneamento básico ser da Secretaria de Meio Ambiente, não houve por parte dessa uma preocupação em cuidar do caso e ao passar a responsabilidade para a outra Secretaria.

Finalmente, percebe-se que o município e suas diversas secretarias envolvidas com o tema central do saneamento básico estão "conectados" à população do município de Belford Roxo, podendo ser, assim, um importante instrumento de soluções ambientais às demandas e denúncias informadas nessas redes. Todavia, ainda carece de efetividade pela falta de retorno satisfatório, como demonstrado.

CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou a realidade do saneamento básico no município de Belford Roxo, no Estado do Rio de Janeiro e como a gestão institucional ambiental desse serviço essencial pode contar com as redes sociais para que haja efetividade.

Em termos de informação ambiental, constatou-se que o município descumpre alguns dos dispositivos previstos na Lei de Acesso à Informação, o que acaba por restringir o acesso adequado, impactando na possibilidade de participação efetiva dos munícipes nas questões que envolvem a cidade, pois está consagrada a ideia de que sem conhecimento, não há ação consciente.

Todavia, apresentamos um ponto positivo na gestão do saneamento que foi a contratação da empresa Verde e Progresso para a elaboração do Plano Municipal de Saneamento Básico, que contou com a expressiva conscientização e participação popular - valendo-se das redes sociais para divulgação -

principalmente para apontar os principais problemas relativos a esse serviço essencial.

Ademais, comparamos os dados apresentados pela empresa contratada com o Instituto Trata Brasil e encontramos algumas dissonâncias, mas, notadamente, a piora do serviço de saneamento em relação aos anos de 2014 e de 2020, tomando-se como base os dados comparáveis de acesso à água potável e esgotamento sanitário, apesar de todo o trabalho voltado ao desenvolvimento do citado Plano.

Finalmente, observamos que as secretarias municipais envolvidas com o tema e a própria prefeitura se valem das mídias sociais como ferramenta de comunicação, principalmente o *Facebook*. No entanto, diante da constatação da piora dos dados apresentados, o fortalecimento e a formalização de uma ferramenta efetiva de diálogo entre o cidadão e o tomador de decisão são fundamentais para auxiliar na gestão institucional do saneamento e, por isso, o uso das redes sociais precisa ser aprimorado e incentivado, com a devida atenção e resposta à população.

REFERÊNCIAS

CAPRA, Fritjof. A Teia da Vida. Tradução de Newton R. Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

EBT AVALIAÇÃO 360º. *Mapa Brasil Transparente*. Brasília, Disponível em <https://mbt.cgu.gov.br/publico/home>, Acesso em: 28 set. 2020, 10:33:02.

FERRONATTO, Rafael Luiz et al. O estado constitucional ecológico e o estado socioambiental de direito como formas de assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. In: *Diritto & Diritti*, v. 28, p. 01-21, 2009. Disponível em: <http://www.diritto.it/pdf/27939.pdf>. Acesso em 20 nov. 2020.

INSTITUTO TRATA BRASIL. *Painel Saneamento Brasil*. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.painelsaneamento.org.br/>, Acesso em: 05 out. 2020, 21:00:25.

INSTITUTO TRATA BRASIL. *Ranking do Saneamento*. São Paulo, 2020. Disponível em: < http://www.tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/ranking-do-saneamento>, Acesso em: 09 out. 2020, 20:11:37.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 30.

NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. Breves Comentários à Constituição Federal. Vol. 1. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

NOTÍCIAS DE BELFORD ROXO. *Informações adicionais da Página oficial*. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.facebook.com/noticiasdebelfordroxo/>, Acesso em: 05 out. 2020, 20:10:19.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Prefeitura de Belford Roxo. Rio de Janeiro, Disponível em <https://transparencia.prefeituradebelfordroxo.rj.gov.br/?serv=5>, Acesso em: 05 out. 2020, 19:51:11.

PORTAL DO SANEAMENTO BÁSICO. *Belford Roxo lança seu primeiro Plano Municipal de Saneamento Básico.* Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.saneamentobasico.com.br/rj-belford-roxo-lanca-seu-primeiro-plano-municipal-de-saneamento-basico%E2%80%8F-2/>, Acesso em: 28 set. 2020, 10:57:15.

SANEAMENTO BÁSICO BELFORD ROXO. *Informações da Página.* Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.facebook.com/saneamentobasicobelfordroxo>, Acesso em: 04 out. 2020, 12:34:25.

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

SECRETARIA DE HABITAÇÃO E HURBANISMO. Conselho de Planejamento e Gestão da Cidade de Belford Roxo. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://sehurbpmbr.webnode.com.br/>, Acesso em: 08 out. 2020, 16:36:20.

SECRETARIA DE MEIO AMBIENTE. *Secretaria de Meio Ambiente de Belford Roxo*. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.cidadao.meioambientedigital.com/?class=MenuCidadao&method=onLoad>, Acesso em: 28 set. 2020, 11:09:12.

SECRETARIA MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE DE BELFORD ROXO. *Informações da Página.* Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.facebook.com/SEMABelfordRoxo/>, Acesso em: 05 out. 2020, 18:07:10.

SECRETARIA MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE DE BELFORD ROXO. *Informações da Página.* Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.instagram.com/semabelfordroxo/>, Acesso em: 05 out. 2020, 16:27:12.

SECRETARIA MUNICIPAL DE OBRAS DE BELFORD ROXO. *Informações da Página.* Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.facebook.com/Secretaria-Municipal-de-Obras-de-Belford-Roxo-325239068241403/>, Acesso em: 05 out. 2020, 10:37:23.

SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE BELFORD ROXO. *Informações da Página.* Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.facebook.com/SEMUS-Secretaria-Municipal-de-Sa%C3%BAde-de-Belford-Roxo-1928684700742891/>, Acesso em: 05 out. 2020, 15:37:23.

SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE BELFORD ROXO. *Informações da Página.* Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.instagram.com/semus.belfordroxo>, Acesso em: 05 out. 2020, 10:37:23.

SERVIÇOS PÚBLICOS DE BELFORD ROXO. *Informações da Página.* Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.facebook.com/servicospublicospmbr/>, Acesso em: 05 out. 2020, 20:57:15.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VERDE E PROGRESSO SOLUÇÕES AMBIENTAIS. *Produto 6 – Relatório final do Plano de Saneamento Básico de Belford Roxo – RJ*. Rio de Janeiro, Disponível em: < http://www.verdeeprogresso.com.br/pdf/Relatório_Final_Belford_Roxo.pdf >, Acesso em: 09 out. 2020, 19:37:15.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA NA ERA DA PÓS-VERDADE: as implicações da desinformação no ambiente virtual

André Pedroso Kasemirski
Universidade Estadual de Londrina
Londrina-PR, Brasil, andre.kasemirski@uel.br

Daniela Braga Paiano
Universidade Estadual de Londrina
Londrina-PR, Brasil, danielapaiano@hotmail.com

Alessandra Cristina Furlan
Universidade Estadual do Norte do Paraná
Cornélio Procópio-PR, Brasil, alessandracfurlan@uenp.edu.br

Resumo: A internet tem se mostrado tema relevante e com implicações diretas na democracia, pois se por um lado supostamente democratiza o acesso à informação, por outro proporciona desinformação, assim como compromete a liberdade do indivíduo no ambiente virtual, seja na disponibilização de conteúdo, quando na formação de uma posição política e ideológica. De igual forma, grandes controladores como Facebook e Twitter têm adotado posicionamentos antagônicos quando a temática envolve liberdade de expressão ou censura à desinformação propagada em suas plataformas. Assim, investiga-se se existem limites impostos pela arquitetura da rede para capacidade de autodeterminação informativa do indivíduo no ambiente virtual, haja vista que a internet, ao se utilizar da *big data* e de instrumentos atrelados à inteligência artificial, dentre eles os algoritmos, podem afastar o princípio da neutralidade da rede. Outrossim, por intermédio do método dedutivo, corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas e das técnicas de levantamento de bibliografias e legislações toma-se como hipótese que a internet e suas plataformas podem ser instrumentos em favor da democracia. No entanto, indispensável que a temática seja discutida e enfrentada pelos três agentes: Estado, ao regulamentar de forma adequada os novos impasses criados pela tecnologia, dispondo de normas aptas ao combate à desinformação; empresas, ao não esperar a tutela do Estado para a retirada de conteúdo falso, mas implementar práticas de governança e políticas de privacidade; e titulares, ao buscar a autenticidade das informações disponíveis em rede.

Palavras-chave: Pós-verdade; Democracia; Desinformação; Proteção de Dados Pessoais; Liberdade de expressão.

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão no ambiente virtual é tema relevante e com implicações diretas na democracia, pois se por um lado supostamente democratiza o acesso à informação, por outro pode proporcionar desinformação, assim como compromete a liberdade do indivíduo no ambiente virtual, seja na disponibilização de conteúdo, quando na formação de uma posição política e ideológica.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, compreende que as *fakes news* ou notícias falsas, não são uma exclusividade do nosso tempo, pois estão presentes ao longo da história, em diversas narrativas, no entanto, ganham maior relevância na sociedade da informação na medida em que possuem maior alcance, e consequentemente, maior nocividade, na era da pós-verdade.

Também no primeiro capítulo, procura compreender o fenômeno da pós-verdade, para em um segundo momento, conceituar o que é desinformação. Para tanto, indispensável percorrer o caminho inverso, identificar o conceito de informação e quais as semelhas e distinções destas para com o conceito de "dado" e "dado pessoal", se são equivalentes ou não, para posteriormente chegar à temática da desinformação.

A posteriori, no segundo capítulo, analisa que tanto aqueles que defendem a liberdade de expressão plena, sem moderação ou censura, quanto aqueles que pretendem que o Estado promova, de forma ativa, o combate às *fake news*, se utilizam como pano de fundo dos riscos à democracia.

Em consequência dessa dicotomia de posições, investiga-se no segundo capítulo a concepção liberal e republicana da liberdade, bem como aquela redimensionada pela doutrina dos direitos humanos, de modo a compreender que o Estado não pode exercer censura, mas isso não significa que não deva criar condições para que haja uma internet livre e neutra, conforme princípio insculpido no art. 3, inciso IV do Marco Civil da Internet, Lei nº. 12.965/14. Dessa forma, os canais disponíveis na rede não devem ser reservados para os que pagam mais.

Por fim, outro ponto que se investiga é o art. 19 do Marco Civil da Internet, Lei nº. 12.965/14, pois, com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, dispôs que o provedor somente será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por

terceiros após ordem judicial específica, não tomando as providências para tanto. Por sua vez, há de se refletir sobre o tema, pois a empresa é dotada de responsabilidade social, de modo que incumbe também ao provedor a moderação de conteúdo, ou seja, deve a plataforma virtual não apenas dispor de termos de uso e políticas de privacidade claras, mas também implementá-las na prática, para que quando o conteúdo violar qualquer direito de personalidade do titular de dados, este seja retirado, independente de ordem judicial, quando houver a notificação e ciência do provedor.

Assim, utilizando-se do método dedutivo, corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas, e das técnicas de levantamento de bibliografias e legislações correspondentes, toma como hipótese que a internet e suas plataformas podem ser instrumentos em favor da democracia. No entanto, indispensável que a temática seja discutida e enfrentada pelos três agentes: Estado, ao regulamentar de forma adequada os novos impasses criados pela tecnologia, dispondo de normas aptas ao combate à desinformação; empresas, ao não esperar a tutela do Estado para a retirada de conteúdo falso, mas implementar práticas de governança e políticas de privacidade; e titulares, ao buscar a autenticidade das informações disponíveis em rede.

1. PÓS-VERDADE E O CONCEITO DE DESINFORMAÇÃO NO AMBIENTE VIRTUAL

É verdade que o ambiente virtual já não é mais uma novidade, haja vista que a internet é uma senhora madura de mais de 30 anos. Por outro lado, o desenvolvimento tecnológico tem implicado em profundas transformações em tudo aquilo que se encontra disponível no ambiente virtual, especialmente em razão do aperfeiçoamento da inteligência artificial, que aliado à big data, proporciona que informações personalizadas cheguem a determinados destinatários tendentes a certas crenças e preferências.

Sob essa via, a Inteligência artificial (IA) é um ramo da ciência que tem como objetivo a criação de dispositivos que simulem a capacidade humana de racionar. Já a Big data, em expressão literal, grandes dados, diz respeito a quantidade de dados que a internet possui por segundo. Constitui instrumento da IA, a qual se utiliza dos dados e informações existentes na nuvem para que

máquina aprenda comportamentos e realize atividades, (KASEMIRSKI, 2020, p. 172).

Nesse sentido, as redes sociais têm sido instrumento/ambiente em que perpassa o debate político, o qual envolve a exposição de fatos e manifestação de opiniões, de modo que, sua propagação, encontra como primeiro fundamento a concepção de liberdade, de pensamento/ crença e de expressão.

O autor Pierre Levy (2010, p. 189) analisou na obra Cibercultura os impactos que as revoluções causaram nas comunicações. Levy (2002, p. 33) considera a ciberdemocracia como dimensão política de suas reflexões sobre a cibercultura, de modo que ao analisar os impactos da internet identifica uma desterritorialização, não apenas de um encontro em um espaço que não é físico, mas sobretudo, não é adstrito a um Estado nacional (2010, p. 189). Em uma visão otimista de Pierre Levy (2010, p. 189), onde não há censura formal do governo, a internet é vista como um fator que provoca a queda das ditaduras, à exemplo da primavera árabe caracterizada por protestos sociais ocorridos no norte da África e Oriente Médio, em que se colocou em pauta os governos autoritários.

Para muitos a internet tem se tornado uma nova Ágora de discussões políticas, na medida em que dá voz a todos e possibilidade um debate democrático em iguais condições. No entanto, há de se observar o fenômeno com cautela, haja vista que também em muito se assemelha ao Coliseu Romano em que um indivíduo é jogado e aniquilado por uma massa de perfis (verdadeiros ou fakes), assim como ocorria em Roma, quando se jogavam escravos e cristãos para o enfrentamento de animais ferozes.

As *fakes news* ou notícias falsas, não são uma exclusividade do nosso tempo, pois estão presentes ao longo da história, em diversas narrativas. Assim, falsas notícias condenaram Sócrates à morte na Grécia, derrubaram Cleópatra e Marco Antônio no período Romano, assim como foram e ainda são utilizadas em grande escala em momentos de guerra (HANSEN; TOSTES, HANSEN, 2019, p. 19). No entanto a sociedade da informação aliada a instrumentos como a big data e a inteligência artificial, possibilitaram a propagação em alta velocidade e em larga escala, atingindo públicos que seriam impossíveis de se imaginar, quando feito de forma individual e artesanal.

É verdade que as *fakes news*, ou informações falsas compreendem e se inserem em um debate maior, o fenômeno da pós-verdade. Se por um lado todas as civilizações procuraram estabelecer o que de fato é a verdade, uma coisa, um

ser (*ontos*), que o ser humano tem a posse na medida em está se encontra a si, na sua mente (HANSEN; TOSTES, HANSEN, 2019, p. 16), a pós-verdade possui características diferentes.

A principal característica da pós-verdade, do ponto de vista das relações intersubjetivas, do discurso e da lógica do reconhecimento, é que ela requer uma recusa do outro ou ao menos uma cultura da indiferença que, quando se vê ameaçada reage com ódio ou violência. Assim, é cada vez mais difícil escutar o outro, assumir sua perspectiva e refletir, reposicionar-se e fazer a convergência de ideias (DUNKER, 2017, p. 24).

Michiko Kakutami na obra Morte da Verdade, (2018, p. 16) discorre sobre a atualidade da frase dita pelo ex-senador Daniel Patrick Moynihan em que questiona que "todos têm direito à suas próprias opiniões, mas não a seus próprios fatos".

Nesse sentido, Christian Dunker (2017, p. 25-26) identifica alguns traços da pós-verdade, dentre eles a aceleração, a retórica icônica e funcionalizada. Assim a aceleração é compreendida dentro do fenômeno da cultura da performance generalizada, derivada do universo da produção e da soberania do resultado, em que o efeito prático se sobrepõe aos meios. O segundo traço da pós-verdade, é sua retórica icônica, em que cada vez mais lemos a mensagem que o outro nos envia em pacotes de informação, compostos por imagens e textos que se apresentam como um "todo de uma vez", o que degrada a narrativa da viagem a um percurso sem memória. Já o terceiro traço, é que ela está muito ligada a certos esquemas de ação ou protocolos de funcionamento. Assim, é preciso saber, e de preferência de modo não ambíguo e rápido, o que o outro quer de nós em determinada situação, (vida em formato de demanda). Desta forma, é preciso decidir de forma rápida e icônica o que os envolvidos querem, a negociação tende a ser curta, porque variáveis de contexto impõem dramaticamente.

Em uma tentativa conceitual da pós-verdade Christian Dunker (2017, p. 34-35) indica:

> Alguns consideram que o discurso da pós-verdade corresponde a uma suspensão completa da referência a fatos e verificações objetivas, substituídas por opiniões tornadas verossímeis apenas à base de repetições, sem confirmação de fontes. Pense que o fenômeno é mais complexo que isso, pois ele envolve uma combinação calculada de observações corretas, interpretações plausíveis e fontes confiáveis em uma mistura que é, no conjunto, absolutamente falsa e interesseira. Não se trata

> de pedir ao interlocutor que acredite em precisas extraordinárias ou contraintuitivas, mas de explorar preconceitos que o destinatário cultiva e que, gradualmente, nos levam a confirmar conclusões tendenciosas. Por exemplo, tendemos a achar que uma coisa é a ciência, com sua autoridade neutra e imparcial e outra coisa é o que nós fazemos com a ciência, disputando ideológica ou politicamente suas implicações ou traduzindo suas descobertas em aplicações tecnológicas. Isso nos leva, por exemplo, à ideia errônea de que a ciência se compõe de ideias claras e consensualmente estabelecidas e não de controvérsias e polêmicas que se transformam com o tempo.
>
> A expressão nacional desse tipo de pós-verdade está ligada à emergência de um novo irracionalismo brasileiro – com sua disposição predatória contra professores, estudantes, artistas, aposentados e demais "parasitas" que não sabem "o valor do trabalho" e que não aceitam "verdades óbvias" – presume uma geografia simples e bem dividida entre ciência e religião, ordem e baderna, fatos e opiniões. A pós-verdade não é, portanto, o regime das opiniões desenfreadas e do relativismo niilista, tal como se anunciava no pós-modernismo liberal. Sua estrutura cognitiva, propriamente regressiva, depende do mito da unidade da ciência, da forma de sua autoridade normativa, justificante para que ela possa se aliar as piores formas de metafísica.

Nesse cenário, verifica-se que a utilização dos termos *fake news* ou informações falsas, podem tecnicamente não precisar a melhor opção conceitual, vez que nem sempre se trata de um fato inventado ou falso, mas de uma construção que muitas vezes se utiliza premissas verdadeiras, motivo pelo qual preferível o termo desinformação.

Por outro lado, para se conceituar o que é desinformação e compreender como esta se manifesta no ambiente virtual, realizar-se-á o caminho inverso, procurando conceituar o que é informação e quais as distinções destas para com o conceito de "dado" e "dado pessoal", se são equivalentes ou não.

Parte da doutrina, entende que "informação" e "dados" são conceitos distintos, vez que os dados consistem em algo primitivo, fragmentado, podendo ser caracterizado como uma fase de pré-informação ou de informação em estado potencial (DONEDA, 2019, p. 37).

Por outro lado, a Lei de acesso à informação nº. 12.527/11 em seu Art. 4, inciso I, conceitua informação como "dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato". Assim, a informação pode ser considerada como qualquer dado, processado ou não contido em qualquer meio, suporte ou

formado, independente da forma da mídia digital, seja áudio, vídeo ou imagem (DONEDA, 2019, p. 37).

Apesar da Lei de acesso à informação nº. 12.527/11 trazer como conceito que informação é "dado", processado ou não, não indica, no entanto, o que é de fato é "dado".

Sobre outra ótica, a Lei Geral de Proteção de Dados, nº 13.709/18, diferente de parte da doutrina, no o Art. 5., inciso I da LGPD, define dado pessoal como informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Dessa forma, da leitura da Lei 12.527/11 e da Lei 13.709/18 tem que informação é dado e que dado é informação, porém nada ou pouco se sabe sobre os dois conceitos.

É verdade que a compreensão do conceito de desinformação no ambiente virtual perpassa pela compreensão da expressão dado, a qual está intimamente ligada ao avanço da informática.

Em 1948, nos Laboratórios Telefônicos da Bell, foi desenvolvido o "transistor", que consistia em um dispositivo que fazia tudo o que a então válvula termiônica fazia, porém de maneira impressionantemente mais simples. No mesmo ano, uma monografia publicada por Claude Shannon na Revista Técnica dos Sistemas Bell trazia um título simples, comparado à importância que se propunha e do conceito que dali se originaria, a expressão "bit" (BARBIERI, 2020, n.p.).

A criação do transistor e a formulação do conceito de codificação de informática, mediante um átomo binário, fundamentaram o nascimento do que seria o processador e a base da computação moderna. Nesse sentido, os bits, alinhados em conjunto de oito para formar um byte, transformavam-se em elementos capazes de representar uma letra ou um número, ou seja, um dado (BARBIERI, 2020, n.p.).

Há ainda quem aponte que dados em geral, ou ainda em sentido lato sensu, podem ser qualificados em estruturados, semiestruturados e não estruturados (MAGRO, 2020, p. 13-53). Assim, são dados estruturados aqueles facilmente organizáveis, armazenáveis e transferíveis num modelo de dados definidos, como números e textos inseridos em uma tabela ou em um banco de dados, que possui um formato consistente, indicando um objeto, uma cor, um tamanho, dentre outras características. Esses dados podem ser pesquisados,

combinados e analisados mediante cálculo e algoritmos, podendo ser visualizados por gráficos e processados por computadores.

Por outro lado, os dados semiestruturados não possuem um esquema predefinido, e, portanto, não podem ser mantidos numa base de dados relacional. Já os dados não estruturados são aqueles que não possuem um modelo de dados definido ou uma estrutura comum identificável, ou seja, não podem ser pesquisados e não são facilmente combinados ou analisados via computador, embora possam ser convertidos em dados estruturados (KITCHIN, 2014, p. 33).

Nesse cenário apresentam-se os metadados, os quais consistem em "dados sobre dados", isto é, os dados que, no geral, descrevem outros dados, conforme aponta Ralph M. Stair e George W. Reynolds (2018, p. 416):

> For instance, metadata about social media use could relate to properties of the message (e.g., whether the message is comical, sarcastic, genuine, or phony), and of the author beliefs, and degree of influence on the audience). The metadata enables analysts to make judgments about how to interpret and value the content of the message. Without the important metadata, it is not possible to know the value of the communications and how to take effective action[1].

Assim, "dado" em sentido lato sensu pode ser compreendido como qualquer signo, ou átomo da linguagem, enquanto dado pessoal, nos termos da lei é a informação relacionada à pessoa natural. Logo, dado em sentido lato sensu, pode ser tratado como informação, enquanto dado pessoal será a informação relacionada à pessoa natural, identificada ou identificável.

Sob esta via, verifica-se que a desinformação é a informação com o ânimo e com o sentido contrário, pode ser sobre um fato da natureza, da economia (informação ou dado lato sensu) ou sobre um fato relacionado a pessoa natural (titular previsto na LGPD).

Há de se apontar ainda que a desinformação pode estar atrelada a informações/ dados pessoais sensíveis, conforme art. 5, inciso II da LGPD,

[1] Tradução livre: Por exemplo, metadados sobre o uso de mídias sociais podem se relacionar às propriedades da mensagem (por exemplo, se a mensagem é cômica, sarcástica, genuína ou falsa) e do autor (por exemplo, sexo, idade, interesses, ponto de vista político, crenças ideológicas e grau de influência sobre o público). Os metadados permitem que os analistas façam julgamentos sobre como interpretar e valorar o conteúdo da mensagem. Sem os metadados importantes, não é possível saber o valor das comunicações e como realizar ações efetivas".

compreendidos como aqueles que dizem respeito à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, entre outros, quando vinculados a uma pessoa natural, identificada ou identificável. Assim, nos termos do art. 11 da LGPD, os dados pessoais sensíveis exigem maior proteção e só podem ser tratados em situações específicas.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CENSURA E AS IMPLICAÇÕES À DEMOCRACIA

Compreendido os traços conceituais acerca da desinformação, percebe-se de forma inegável a sua nocividade, no entanto há grande incerteza sobre qual o papel do Estado diante dessa questão e qual a melhor medida a ser tomada.

Nesse sentido a problemática se torna complexa e delicada na medida em que ao se permitir que a plataforma virtual privada ou o Estado censure conteúdos compartilhados fulmina-se um pilar caro à democracia, por outro, o Estado não pode ficar inerte, impondo promover medidas reflexas, por meio de regulação razoável, para que a internet não se torne um instrumento em desfavor à democracia (NOHARA, 2020, p. 77).

Aqueles que argumentam pela necessidade de implementação de medidas punitivas para disseminação de desinformação, seja responsabilizando o controlador quanto realizando uma moderação/ censura do conteúdo, toma como pano de fundo os riscos à democracia. Por outro lado, muitos dos que reagem com hesitação acerca das propostas de proibição e de punição de *fake News,* afirmam justamente que essas proibições e punições apresentam riscos para a mesma democracia, porque ameaçam a liberdade de expressão (GROSS, 2020, p. 93). Ou seja, a democracia é utilizada como justificativa tanto para promover a proibição e punição da desinformação quanto para expressar o ceticismo e hesitação em torno dessa mesma estratégia de proibição e punição.

Esse fenômeno pode ser percebido especialmente no analisado o posicionamento das plataformas virtuais Twitter e Facebook, que adotaram posicionamentos antagônicos quanto à discussão da propagação de *fake news* e impulsionamento de publicações mediante pagamento. Assim, o Facebook descartou a proibição de anúncios políticos, independente da análise de sua veracidade ou não, enquanto o Twitter decidiu banir toda a publicada política em sua plataforma ao redor do mundo (BBC, 2019).

É verdade que rede social Facebook chegou a cogitar banir todas as propagandas políticas na plataforma, mas prevaleceu a opinião de que isso favoreceria os políticos que estão no poder e aqueles que a mídia tradicional decidir cobrir.

Não é a atoa que o comportamento da empresa tem causado repercussão, haja vista o recente caso do democrata Joe Biden, que criticou o Facebook por se recusar a remover um vídeo postado pela campanha de reeleição de Donald Trump para as eleições de 2020 no qual ele dissemina uma teoria da conspiração sem comprovação que envolve Biden e seu filho. Nesse mesmo sentido, o porta voz do político afirmou ser inaceitável que qualquer empresa de mídia social permita deliberadamente conteúdo falso que corrompa sua plataforma, (BBC, 2019).

Paralelo a isso, como forma de criticar a postura da empresa à época a pré-candidata democrata à Presidência Elizabeth Warren, decidiu pagar por um anúncio intencionalmente falso no Facebook que afirmava que Zuckeberg apoiava pessoalmente a reeleição de Trump. Conforme declarações da candidata (BBC, 2019) seu comportamento foi um protesto contra a decisão do Facebook de permitir que políticos façam anúncios que contenham mentiras.

Diante de tais impasses, a rede social Twitter decidiu banir toda a publicidade política em sua plataforma ao redor do mundo, sob o argumento que o alcance dessas mensagens "deve ser conquistado, não comprado". Assim, o CEO da empresa, Jack Dorsey, afirmou: "Embora a publicidade na internet seja incrivelmente poderosa e muito eficaz para anunciantes comerciais, esse poder traz riscos significativos à política" (BBC, 2019).

Nesse sentido, a desinformação por intermédio de anúncios políticos na internet se apresenta como um desafio inteiramente novo ao discurso cívico. Assim, esses desafios incluem a otimização de mensagens baseada em aprendizado de máquina, microsegmentação, informações enganosas não verificadas e falsificações profundas (as deepfakes).

Sob essa perspectiva, o CEO do Twitter, Jack Dorsey, aponta não ser credível afirmar que está "trabalhando duro para impedir que as pessoas usem nossos sistemas para espalhar informações enganosas, mas se alguém nos pagar para segmentar e forçar as pessoas a verem seu anúncio político... bem... eles podem dizer o que quiserem" (BBC, 2019).

Nessa perspectiva questiona-se qual o papel do Estado em face da desinformação provocada pelo fenômeno da pós-verdade? Ora, trata-se de questão delicada, dado que a Constituição de 1988 avançou quando proibiu a censura prévia da informação, conforme art. 5, inciso IX e art. 220, caput e § 2º da CF. Por conseguinte, está fora de cogitação jurídica que o Estado se ocupe a catalogar previamente o conteúdo veiculado na internet, tal como um órgão censor, haja vista que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença", de modo que não pode sofrer restrição e censura a manifestação do pensamento, seja de natureza política ou ideológica.

Para uma visão liberal pura os direitos fundamentais são direitos de liberdade do indivíduo perante o Estado. Assim, quando se fala em liberdade e censura indispensável compreender os conceitos de liberdade sob o viés liberal e republicano.

Nessa perspectiva, a liberdade negativa, na visão de Berlin, (1981, p. 136), é compreendida como a não-interferência do poder do Estado sobre as ações individuais, de forma que o indivíduo será mais livre quanto mais o Estado deixar de regular a sua vida. Deste modo, a falta de restrições é, portanto, diretamente proporcional ao exercício da liberdade negativa. Já a liberdade positiva é definida como ter o poder e os recursos para cumprir suas próprias potencialidades e para controlar e determinar suas próprias ações e destino.

Destarte, diz normalmente que alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou nenhum grupo de homens interfira nas atividades desse alguém. A liberdade política nesse sentido é simplesmente área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros. Dessa forma, se o indivíduo é impedido pelos outros, de fazer o que, de outro modo, poderia fazer, deixa de ser livre nessa medida, e se essa área é limitada por outros homens além de um certo mínimo, podem dizer que o indivíduo está sendo coagido ou, provavelmente, escravizado. Para Berlin, a coação não é a expressão que envolve todas as formas de incapacidade, visto que ao se afirmar que o indivíduo é incapaz de saltar em altura superior a três metros de altura ou que não se pode ler, em razão da cegueira, não coadunaria a expressão escravizado ou coagido. Nesse sentido, coação implica na deliberada interferência de outros seres humanos na área em que o "eu" poderia atuar, (BERLIN, 1981, p. 136).

Já, Philip Pettit (1997, p. 5) discorre sobre a ideia de liberdade como não dominação:

> El mejor modo de introducir la libertad como no-dominación puede ser observar que la taxonomía berliniana de libertad positiva y negativa excluye una tercera posibilidad más o menos llamativa. Él piensa en la libertad positiva como autodominio y en la libertad negativa como en ausencia de interferencia por parte de otros. Pero dominio e interferencia no son equivalentes. ¿No hay, pues, la posibilidad intermedia de que la libertad consista en una ausencia –como quiere la concepción negativa–, pero en una ausencia de dominio por otros, no en una ausencia de interferencia? Esta posibilidad tendría un elemento conceptual en común con la concepción negativa –el foco en la ausencia, no en la presencia–, y un elemento en común con la positiva: el foco n la dominación, no en la interferencia.
>
> Mas una cosa es observar que la sintaxis de la taxonomía berliniana permite esta tercera posibilidad, y otra bien distinta argüir que la posibilidad tiene sentido. Yo sostengo que sí, y mantendré en las secciones que siguen que la tradición republicana está ligada precisamente a esta concepción de la libertad como ausencia de servidumbre, o como yo prefiero decir, como no-dominación. Antes de venir a esos argumentos, empero, tengo que defender la tesis de que esta concepción es una posibilidad que tiene sentido. Y en particular, tengo que dejar claro que se trata de una posibilidad distinta de las otras dos[2].

Conforme vem defendendo Skinner (1999, p. 92), em sintonia com o filósofo Philip Pettit, a concepção republicana (ou neorromana) de liberdade é irredutível a qualquer um dos polos da dicotomia entre liberdade negativa e liberdade positiva. Embora a liberdade republicana seja também um tipo de liberdade negativa, uma vez que ela decorre da ausência, e não da presença de

[2] Tradução livre: "A melhor maneira de introduzir a liberdade como não-dominação pode ser observar que a taxonomia O berlinense de liberdade positiva e negativa exclui uma terceira possibilidade mais ou menos impressionante. Ele pensa na liberdade positiva como autocontrole e na liberdade negativa como na ausência de interferência de parte de outros. Mas domínio e interferência não são equivalentes. Não existe, então, a possibilidade intermediária de que a liberdade consiste em uma ausência - como a concepção negativa quer - mas na ausência de domínio por outros, não na ausência de interferência? Essa possibilidade teria um elemento conceitual em comum com a concepção negativa - o foco na ausência, não na presença - e um elemento em comum com o positivo: o foco na dominação, não na interferência.

Mas uma coisa é observar que a sintaxe da taxonomia de Berlim permite essa terceira possibilidade, e outra argumentar que a possibilidade faz sentido. Eu seguro sim, e vou manter nas seções segue-se que a tradição republicana está ligada precisamente a essa concepção de liberdade como ausência de servidão, ou como prefiro dizer, como não-dominação. Antes de chegar a esses argumentos, No entanto, tenho que defender a tese de que essa concepção é uma possibilidade que faz sentido. E em particular, devo deixar claro que essa é uma possibilidade diferente das outras duas".

algo, o que se encontra ausente não é a indiscriminada interferência externa nas escolhas e ações dos indivíduos, como na concepção liberal, mas sim um tipo particular de interferência, resultado da dependência e da dominação derivadas da existência do "poder arbitrário" de determinados agentes sobre outros. Nessa fórmula consagrada por Pettit, a liberdade republicana é a liberdade como não dominação (SKINNER, 199, p. 92).

Feito essa breve distinção da liberdade sob a ótica liberal e republicana, é importuno pontuar que dentre os desdobramentos do gênero liberdade, se encontra a espécie, liberdade de comunicação, a qual é revestida da concepção doutrinária dos direitos humanos.

Sob este aspecto, pode-se dizer que a era da comunicação, e especialmente a comunicação digital, compreendendo inclusive as redes sociais, integram eixo fundamental da concepção contemporânea de direitos humanos. Nessa ótica, fala-se na existência de direitos comunicativos fundamentais, haja vista que os cidadãos se expressam de maneira multifuncional, decorrendo então a liberdade de expressão, de informação e de comunicação em rede. Nesse contexto, o acesso livre à internet para todos os cidadãos torna-se um dos direitos humanos mais importantes do mosaico de direitos comunicativos (MAZZUOLI, 2019, p. 470).

Portanto, existe uma concepção institucional, que se contrapõe ao liberalismo desmedido, pois enquanto este procura garantir uma liberdade hipotética, considerada existe antes mesmo da formação do Estado, cuja atuação deve ser mínima, a corrente institucional não vê a regulação estatal como ameaça, mas como garantia da própria liberdade, que, para a prevalência dos direitos humanos fundamentais deve ser limitada (BENTIVEGNA, 2020, p. 80).

Böckenförde (1993, p. 49) fornece um exemplo que ilustra as diferenças conceituais entre as diferenças conceituais entre a concepção liberal e a institucional, de modo que enquanto a garantia da liberdade de imprensa, do ponto de vista liberal, seria equivalente à menor interferência ou à ausência de censura por parte do Estado, também compreende um risco, não tomar uma série de medidas e regramentos que garantam tal liberdade, (NOHARA, 2020, p. 85), tais como: a positivação de direitos aos profissionais do setor, a proteção da confiança dos informantes privados e a exigência de as autoridades públicas fornecerem informações acerca de suas atividades.

Logo, legitimar a intervenção do Estado não significa "dar um cheque em branco" para que o intervencionismo estatal seja desmedido, pois deve remanescer o núcleo essencial da liberdade nas atividades e interesses privados, dentro do emprego de um juízo de ponderação ou proporcionalidade na regulação estatal.

Outrossim, o Estado não pode exercer censura, mas isso não significa que não deva criar condições para que haja uma internet livre. Ademais, um dos grandes desafios de manter as condições para que haja reflexões mais equitativas a partir do acesso à informação seria a manutenção da neutralidade da rede, princípio insculpido no art. 3, inciso IV do Marco Civil da Internet, Lei nº. 12.965/14.

Dessa forma, os canais disponíveis na rede não devem ser reservados para os que pagam mais, para que todo o tráfego se dê de forma igual, dado que a noção de democracia também pressupõe igualdade (NOHARA, 2020, p. 86).

Outro ponto que merece cautela, é que o art. 19 do Marco Civil da Internet, Lei nº. 12.965/14, pois com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, dispôs que o provedor somente será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, após ordem judicial específica, não tomando as providências para tanto. Portanto, o usuário que se sente lesado deve se valer de um processo judicial para a retirada de conteúdo manifestamente falso.

Há quem compare inclusive a ausência de responsabilidade do provedor de internet com a impossibilidade também de se responsabilizar a prestadora de serviços telefônicos por conteúdos ilícitos de uma conversa privada. No entanto, na ligação telefônica o conteúdo da mensagem não fica disponível para o público, compreendido a todos aqueles que possuem acesso à plataforma virtual, mas restrita entre o interlocutor e receptor da mensagem. Assim a mensagem na rede social é tratada a cada momento em que é disponibilizada, acessada e lida.

Também não se justificam argumentos de que a responsabilização do provedor pela não retirada de conteúdo pela via administrativa poderia encarecer o serviço, na medida em passaria a fazer uma análise constante dos conteúdos adicionados pelo titular. Ora, não se pretende que o provedor adote um sistema de varredura prévio, ainda que isso seja possível, mas que após a notificação administrativa e ciência, que atualmente só ocorre pela via judicial, retire o

conteúdo manifestamente falso. A medida em nada encarece o serviço, pelo contrário, o acesso ao Google não passará a ser pago por essa razão.

Nesta via, o que se sustenta é a empresa é dotada de responsabilidade social, de modo que incumbe também ao provedor a moderação de conteúdo, ou seja, deve a plataforma virtual não apenas dispor de termos de uso e políticas de privacidade claras, mas também implementá-las na prática, para que quando o conteúdo violar qualquer direito de personalidade do titular de dados, este seja retirado apenas com a notificação administrativa.

Ademais, quando se pensa na tutela e proteção dos dados pessoais, a LGPD dispôs como um de seus princípios da autodeterminação informativa, conforme art. 2, inciso II, a qual é compreendida no direito dos indivíduos decidirem por si próprios quando e dentro de quais limites seus dados pessoais poderão ser utilizados (RUARO, 2013, p. 85). Dito isso, o sujeito passa a poder decidir quando e sob que circunstâncias poderão se dar conhecimento de seus dados pessoais.

No mesmo percorre o pensamento de Canotilho (2007, p. 550):

> [...] o direito ao conhecimento dos dados pessoais desdobra-se em vários direitos: 'a) o direito de acesso, ou seja, o direito de conhecer os dados constantes de registros informáticos, quaisquer que eles sejam (públicos ou privados), b) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis, bem como o direito ao esclarecimento sobre a finalidade dos dados; c) o direito de contestação, ou seja, direito à retificação dos dados e sobre identidade e endereço do responsável; d) o direito de atualização (cujo escopo fundamental é a correção do conteúdo dos dados em caso de desatualização); e) finalmente, o direito à eliminação dos dados cujo registro é interdito.

Outrossim, na atual conjectura o direito à privacidade como aponta Ricardo Villas Bôas Cueva (2017, p. 62), não possui as mesmas dimensões da doutrina clássica, abordada artigo de 1890 de Samuel Warren e Lois Brandeis, como o direito de ser deixado só, mas envolve um dever ativo quanto a proteção das informações do titular de dados pessoais.

Nesse sentido, o jurista Stefano Rodotà (2008, p. 7-8) ao diferenciar a privacidade clássica da proteção de dados, aponta que a primeira pode ser compreendida como estática, enquanto a segunda é dinâmica. Assim, no direito ao respeito à vida privada e familiar manifesta-se, sobretudo, o momento individualista e o poder exaurem-se substancialmente na exclusão da interferência

de outrem; a tutela, portanto, é estática e negativa. Já a proteção de dados pessoais, ao contrário, fixa regras sobre a modalidade de tratamento dos dados e concretiza-se em poderes de intervenção; a tutela é dinâmica, segue os dados em sua circulação.

CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, utilizando-se do método dedutivo, corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas e das técnicas de levantamento de bibliografias e legislações, confirmam-se as hipóteses da pesquisa, dentre elas que a internet pode ser um instrumento em favor da democracia, no entanto é indispensável que a temática passe pelos três agentes: Estado, empresas e titulares.

Dessa forma, incumbe ao Estado regulamentar de forma adequada os novos impasses criados pela tecnologia, dispondo de normas aptas ao combate à desinformação; empresas, ao não esperar a tutela do Estado para a retirada de conteúdo falso, mas implementar práticas de governança e políticas de privacidade; e titulares, ao buscar a autenticidade das informações disponíveis em rede.

Assim, no primeiro capítulo, compreende que apesar de muitos sustentarem que a internet é a nova Ágora das discussões políticas, na medida em que dá voz e possibilidade um debate democrático, verifica-se que por vezes também se assemelha ao Coliseu moderno em que um indivíduo é jogado e aniquilado por uma massa de perfis (verdadeiros ou fakes), como ocorria em Roma, quando escravos e cristãos eram jogados para enfrentar animais ferozes.

Neste contexto, se inserem as *fake news* ou notícias falsas, que não são um fato moderno, mas que atrelados à inteligência artificial e ao *big data,* ganham uma força avassaladora diante da era do fenômeno da pós-verdade.

Outrossim, o discurso da pós-verdade não corresponde apenas a uma suspensão completa da referência a fatos e verificações objetivas, substituídas por opiniões tornadas verossímeis apenas à base de repetições, sem confirmação de fontes, mas um fenômeno mais complexo que isso, pois ele envolve uma combinação calculada de observações corretas, interpretações plausíveis e fontes confiáveis em uma mistura que é, no conjunto, absolutamente falsa e interesseira.

Ademais, verifica-se que a utilização dos termos *fake news*, pode tecnicamente não precisar a melhor opção conceitual, vez que nem sempre se

trata de um fato inventado ou falso, mas de uma construção que muitas vezes se utiliza premissas verdadeiras, motivo pelo qual preferível o termo desinformação.

Para conceituar o que é desinformação e compreender como se manifesta no ambiente virtual, realizou o caminho inverso, procurando conceituar primeiro o que é informação e quais as distinções destas para com o conceito de "dado" e "dado pessoal", se são equivalentes ou não.

Assim, "dado" em sentido *lato sensu* pode ser compreendido como qualquer signo, ou átomo da linguagem, enquanto dado pessoal, nos termos da LGPD é a informação relacionada à pessoa natural, identificada ou identificável. Logo, dado em sentido *lato sensu*, pode ser tratado como informação, enquanto dado pessoal será a informação relacionada à pessoa natural, identificada ou identificável.

Sob esta via, verifica-se que a desinformação é a informação, porém com o ânimo e com o sentido contrários. Pode versar sobre um fato da natureza, da economia (informação ou dado lato sensu) ou sobre um fato relacionado a pessoa natural (titular previsto na LGPD).

A posteriori, no segundo capítulo, percebe-se aqueles que argumentam pela necessidade de implementação de medidas punitivas para disseminação de desinformação, seja responsabilizando o controlador quanto realizando uma moderação/ censura do conteúdo, tomam como pano de fundo os riscos à democracia. Por outro lado, os que reagem com hesitação acerca das propostas de proibição e de punição de *fake news* afirmam justamente que essas proibições e punições apresentam riscos para a mesma democracia, porque ameaçam a liberdade de expressão. Logo, a democracia é utilizada como justificativa, tanto para promover a proibição e punição da desinformação, quanto para expressar o ceticismo e hesitação em torno dessa mesma estratégia de proibição e punição.

É verdade que, a compreensão desta dicotomia pode vista especialmente no comportamento das plataformas virtuais Twitter e Facebook, que adotaram posicionamentos antagônicos quanto à propagação de *fake news* e impulsionamento de publicações, mediante pagamento. Assim, o Facebook descartou a proibição de anúncios políticos, independente da análise de sua veracidade ou não, enquanto o Twitter decidiu banir toda a publicidade política paga em sua plataforma ao redor do mundo.

Dessa forma, refletiu qual o papel do Estado em face da desinformação provocada pelo fenômeno da pós-verdade, pois está fora de cogitação jurídica

que o Estado se ocupe a catalogar previamente o conteúdo veiculado na internet, tal como um órgão censor, haja vista que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

Outrossim, para uma visão liberal pura, os direitos fundamentais são direitos de liberdade do indivíduo perante o Estado, motivo pelo qual compreendeu, no segundo capítulo, as concepções de liberdade sob o viés liberal e republicano. Reconheceu também que, a era da comunicação, e especialmente a comunicação digital, compreendendo inclusive as redes sociais, integram eixo fundamental da concepção contemporânea de direitos humanos, decorrendo então a liberdade de expressão, de informação e de comunicação em rede.

Logo, existe uma concepção institucional, que se contrapõe ao liberalismo desmedido, pois enquanto este procura garantir uma liberdade hipotética, considerada existe antes mesmo da formação do Estado, cuja atuação deve ser mínima, a corrente institucional não vê a regulação estatal como ameaça, mas como garantia da própria liberdade, que, para a prevalência dos direitos humanos fundamentais deve ser limitada.

Nessa perspectiva, legitimar a intervenção do Estado não significa "dar um cheque em branco" para que o intervencionismo estatal seja desmedido, pois deve remanescer o núcleo essencial da liberdade nas atividades e interesses privados, dentro do emprego de um juízo de ponderação ou proporcionalidade na regulação estatal. Outrossim, o Estado não pode exercer censura, mas isso não significa que não deva criar condições para que haja uma internet livre e neutra, conforme princípio insculpido no art. 3, inciso IV do Marco Civil da Internet, Lei nº. 12.965/14. Dessa forma, os canais disponíveis na rede não devem ser reservados para os que pagam mais. Ora, não se pode negar a influência do poder econômica na propagação de informações falsas. Assim, a mensagem de um indivíduo que se comunica sem o impulsionamento pago, não tem o mesmo alcance e peso daquele que se comunica com um "megafone", disparo de mensagens em massa por robôs e pagamento para impulsionar o alcance.

Ademais, outro ponto que merece cautela, é que o art. 19 do Marco Civil da Internet, Lei nº. 12.965/14, pois, com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, dispôs que o provedor somente será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros após ordem judicial específica, quando não tomar as providências para

tanto. No entanto, a disposição do art. 19 não se justifica sob a ótica do princípio da autodeterminação informativa, haja vista que é direito do titular a retirada ou correção imediata de informações manifestamente falsas a seu respeito.

Ora, não se pretende que o provedor adote um sistema de varredura prévio, ainda que isso seja possível, mas que após a notificação administrativa e ciência, que atualmente só ocorre pela via judicial, retire o conteúdo manifestamente falso.

Nesta via, o que se sustenta é que a empresa é dotada de responsabilidade social, de modo que incumbe também ao provedor a moderação de conteúdo, ou seja, deve a plataforma virtual não apenas dispor de termos de uso e políticas de privacidade claras, mas também implementá-las na prática, para que quando o conteúdo violar qualquer direito de personalidade do titular de dados, este seja retirado apenas com a notificação administrativa.

REFERÊNCIAS

BBC, Brasil. Por que o Twitter vai na contramão do Facebook e proibirá propaganda política. *BBC*. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-50241170. Acesso em: 08 nov.20.

BARBIERI, Carlos. *Governança de dados:* Práticas, conceitos e novos caminhos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020. E-book. [Kobo].

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. *Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade*: os limites entre o lícito e o ilícito. Barueri, SP: Manoele, 2020.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Edita Universidade de Brasília. 1981.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: RT, v. 1, 2007.

CUEVA, R. V. B. A proteção de dados pessoais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro***.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 85-99.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo.* São Paulo: RT, ano, v. 4, p. 59-67,

2017. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-de-direito-civil-contemporaneo-rdcc/2017-v-13-out-dez. Acesso em: 09 nov. 2020.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (org.). *Direito Digital:* Direito Privado e Internet. Indaiatuba, SP: Foco. 2019, p. 35-55.

DUNKER, Christian. Subjetividade em tempos de pós-verdade. In: DUNKER, C.; TEZZA, C. FUKS, J.; TIBURI, M.; SAFATLE, V. *Ética e pós-verdade.* Porto Alegre: Dublinense, 2017, p. 7-39.

GROSS, Clarissa Piterman. Fake News e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. In: RAIS, Diogo (coord.). *Fake News***:** a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: RT, 2020, p. 75-91.

HANSEN, Gilvan Luiz; TOSTES, Eduardo Chow Martino; HANSEN, Gabriel da Fonseca e Cunha. Fake news, crises institucionais e pós-verdade. LIBRO DE ARTÍCULOS: *I Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadania y Estado de Derecho*. In: MONICA, E. F.; HANSEN, G. L.; SUÁREZ BLÁSQUEZ, G. (org.). - Ourense: Universidade de Vigo, 2019, p. 10-24.

KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade.* Trad. André Czarnobai e Marcela Duarte. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

KASEMIRSKI, A. P. Reflexões sobre Segurança, Boas Práticas, Governança e *Compliance* na Proteção de Dados Pessoais. In: TEIXEIRA, Tarcisio; MAGRO, Américo Ribeiro (coord.). *Proteção de dados:* fundamentos jurídicos. Salvador: Editora JusPodvm, 2020, p. 167-195.

KITCHIN, Rob. *The Data Revolution:* Big Data, Open Data, Data Infrastructures and Their Consequences. Londres: Sage, 2014.

LEVY, Pierre. *Cibercultura.* São Paulo: Editora 34, 2010.

LEVY, Pierre. *Ciberdemocracia.* Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

MAGRO, A. R. A (in) eficácia do direito à anonimização de dados pessoais em face da análise de big data dos metadados produzidos no âmbito da internet das coisas. In: TEIXEIRA, Tarcisio; MAGRO, Américo Ribeiro (coord.). *Proteção de dados:* fundamentos jurídicos. Salvador: JusPodvm, 2020, p. 13-53.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. In:

RAIS, Diogo (coord.). *Fake News:* a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: RT, 2020, p. 75-91.

PETTIT, Philip et al. Republicanismo: *una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Oxford University Press, 1997.

RODOTÀ, Stefano. Tecnologias e Direito. In: MORAES, Maria Celina Bodin (org.). *A vida na sociedade da vigilância:* a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden; LIMBERGER, Têmis. Banco de dados de informações genéticas e a Administração Pública como concretizadora da Proteção dos Dados Pessoais e da Dignidade Humana. *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 18 - n. 1 - p. 85-99 / jan-abr 2013. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4486/2479. Acesso em: 09 nov. 2020.

SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do liberalismo.* São Paulo: Editora UNESP. 1999.

STAIR, Ralph M; REYNOLDS, George W. *Principles of Information Systems:* A Managerial Approach. 13. ed. Boston: Cengage Learning, 2018.

JUSTIÇA E TECNOLOGIA EM ÉPOCA DE COVID-19[1]

Marina Cancio de Mattos Pires
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, graduanda em Direito, Nova Iguaçu, Brasil, marinacanciomattos@gmail.com

Mylla de Barros Crespo
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, graduanda em Direito, Nova Iguaçu, Brasil, myllacrespo@gmail.com

Lívia Pitelli Zamarian Houaiss
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, professora adjunta do Departamento de Ciências Jurídicas; Universidade Federal Fluminense, professora adjunta do Departamento de Direito Privado, Niterói, Brasil; liviapzh@id.uff.br

Resumo: O Judiciário brasileiro gradualmente vem se adaptando à Quarta Revolução Industrial no acesso à justiça, com a utilização de tecnologias digitais virtuais em seus procedimentos. Tal fenômeno foi impulsionado expressivamente pelo isolamento social imposto pela pandemia do covid-19 que assolou o mundo no ano de 2020. Com o objetivo de analisar os impactos de tal implementação tecnológica, este artigo sistematiza diversas medidas adotadas durante a crise sanitária para evitar a paralisação da justiça no Brasil, tanto no âmbito judiciário como além dele. Através da revisão bibliográfica e da investigação documental, reflete acerca do papel fundamental da tecnologia na resolução de conflitos no período excepcional de crise sanitária e seu potencial de otimizar os serviços e atividades dos tribunais do país, se precedida de cuidados e estratégias coordenadas em todo território nacional. O estudo visa estimular a reflexão acerca da adaptação do direito brasileiro em relação à revolução tecnológica, e seus futuros passos, sem desconsiderar as garantias do processo e do próprio acesso à justiça.

Palavras-Chave: Tecnologia digital virtual; coronavírus; Acesso à Justiça.

[1] Artigo produzido no âmbito do projeto "Direito em Tempos de Pandemia", parte do Programa de Programa de Ações Estratégicas de Enfrentamento da Pandemia Covid19" da UFRRJ (Registro n. 23083.011225/2020-76, PROEXT).

INTRODUÇÃO

Falar em tecnologia envolve pensar novas estruturas sociais, especialmente acerca do desenvolvimento das relações humanas interpessoais, e o Direito não está isento a tais manifestações. Os avanços tecnológicos têm conquistado espaço em diversas áreas de conhecimento, e cada vez mais é possível perceber a interação entre os universos jurídico e tecnológico, que se tornou especialmente necessária no Judiciário brasileiro com a pandemia do coronavírus.

A transformação tecnológica vinha sendo gradualmente implementada na realidade judiciária pré-pandêmica através dos processos eletrônico e do uso de inteligência artificial (IA), mas, durante o isolamento social imposto pela prevenção à propagação do vírus a tecnologia se mostrou uma alternativa bastante funcional e, em muitos casos, necessária, para evitar a total paralisação das atividades do Judiciário.

O convívio interpessoal foi forçadamente transferido para o meio virtual e o mesmo ocorreu com diversos atos jurídicos, tanto na seara extraprocessual como processual. Com esse impulsionamento, questões como as vantagens e eventuais perdas da implementação tecnológica bem como os cuidados imperativos para que prevaleçam as garantias do processo e do acesso à justiça precisam ser analisadas.

Desta forma, o presente artigo tem o escopo de investigar e sistematizar iniciativas de uso da tecnologia como via de acesso à justiça, considerando suas variadas manifestações não exclusivamente judiciária e, a partir delas, analisar as medidas de regulamentação através de revisão bibliográfica e análise documental. O objetivo principal é observar os benefícios ou malefícios carreados por essa utilização durante a pandemia e quais as precauções e considerações necessárias.

A IMPORTÂNCIA DA TECNOLOGIA

Tempos de crise são marcados por grandes transformações e uma das maiores pandemias da história não ficaria adversa a essa realidade. O Direito que, assim como toda a humanidade, já estava em processo de revolução tecnológica, caminhando para a chamada Quarta Revolução Industrial (SCHWAB, 2016), rapidamente acelerou seu processo de migração da realidade presencial para digital em decorrência da covid-19, certamente ainda longe de ser concluído.

O conceito de tecnologia tem sido interpretado de maneiras diferentes e em contextos sociais distintos no decorrer dos séculos, e uma definição exata encontra dificuldades para se estabelecer (VERASZTO; *et. all.,* 2008). Já no século XVIII, foi definida como uma ciência que observa e analisa a transformação e o tratamento dos produtos naturais e conhecimento dos ofícios. (DEFORGE, 1979), não desassociada de valores culturais, mas, ao contrário, construída a partir das novas demandas sociais, como ocorreu com a linguagem ou escrita – as chamadas tecnologias simbólicas. Assim, a tecnologia pode ser considerada uma união de transformações criadas pelo ser humano a fim de atender suas necessidades e demandas (VERASZTO; *et. all.,* 2008). É por isso que a inovação tecnológica deve estar sempre em concordância com a realidade em que se encontra, observando as "inovações sociais", isto é, compreender o contexto social no qual está sendo implementada, para que possa conceber os benefícios pretendidos (MENDES; SARLET; COELHO, 2015).

A tecnologia tem o condão de modificar a sociedade como um todo, alterando paradigmas na forma como se vive, se trabalha, se relaciona, e em diversos setores (SCHWAB, 2016), incluindo a prestação jurisdicional estatal. A revolução tecnológica experimentada caracteriza-se pela velocidade, amplitude e profundidade, e impactos sistêmicos gerados pelas transformações sociais, e é diferente de tudo já experimentado pela humanidade.

A tecnologia engloba tudo aquilo que o ser humano cria para facilitar sua jornada, desde a invenção da eletricidade no século XIII até o contexto atual em que inteligências artificiais são uma realidade e nada mais natural que seja utilizada para garantir o bem estar e o funcionamento das estruturas sociais durante a crise sanitária mundial do século XXI. Sob tais vieses, para fins deste trabalho engloba-se no conceito de tecnologia todas as ferramentas digitais virtuais[2] como softwares e hardwares, aplicativos, plataformas de videoconferências e demais dispositivos utilizados pelo Judiciário e outros agentes sociais, que tornaram possível a continuidade não presencial da prestação jurisdicional e o acesso à justiça, não limitado ao Judiciário, em meio ao isolamento social.

[2] Parte-se do conceito de tecnologias digitais virtuais (TDVs) compreendendo-se como digital aquilo que foi objeto de digitalização, ou seja, traduzido em números que podem ser transmitidos quase indefinidamente por fios elétricos, e dispositivos como circuitos eletrônicos, fibra ótica e podem elétricos, sem perda da informação (LÉVY, 1999, p. 50) e como virtual o que não foi concretizado efetiva ou formalmente (LÉVY, 1999, p. 15).

IMPLEMENTAÇÕES TECNOLÓGICAS NO CENÁRIO PRÉ-PANDEMIA

O processo de integração tecnológica ~~por parte~~do Poder Público antecede a atual conjuntura de distanciamento social. A primeira legislação a dispor de meio eletrônico na prática processual foi a Lei n. 8.245/91 que previu a citação, intimação ou notificação por fac-símile, quando autorizado em contrato (art. 58, IV), possibilidade estendida aos atos processuais que dependiam de petição escrita pela Lei n. 9.800/99.

No que diz respeito ao processo eletrônico como é conhecido hoje, sua gradual evolução parte da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04, que acrescentou a razoável duração do processo como garantia constitucional (art. 5º, LXXVIII), vindo o processo eletrônico como instrumento para a celeridade processual. Em 2004, o processo eletrônico (e-proc) foi instituído no âmbito dos Juizados Especiais Federal no TRF4 (Resolução n. 13) que possibilitou a digitalização dos processos da Justiça Federal, conferindo economia e agilizando o tramite processual por dispensar a impressão das peças e documentos processuais.

Em 2006, a Lei n. 11.419 dispôs sobre a informatização do processo judicial em todo o território nacional, definindo as diretrizes para o desenvolvimento dos processos eletrônicos hodiernamente utilizados. A partir dela, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou a plataforma de processo eletrônico PROJUDI, primeira tentativa de trazer uma ferramenta nacional, ainda em uso, cuja experiencia bastante contribuiu para o aprimoramento das tecnologias desenvolvidas e adotadas pelo Judiciário posteriormente. No mesmo ano, a Lei n. 11.341 permitiu a utilização de decisões disponibilizadas na internet a fim de demonstrar divergência de jurisprudência (art. 514, p. u, CPC/73).

Em 2009, CNJ, o Conselho de Justiça Federal e os Tribunais Regionais Federais (TRFs) das 5 regiões, através de um acordo de cooperação técnica desenvolveram um sistema de processo virtual a ser usado em todos os procedimentos judiciais, com base no sistema anteriormente criado pelo TRF5: o Creta, transformado no Processo Judicial Eletrônico (PJe) através do acordo de cooperação técnica n. 43/2010. Atualmente, o PJe já opera na versão 2.1 de seu sistema e foi lançado, em abril de 2019, o aplicativo para dispositivos móveis, o Token PJe, reforçando a importância de não somente implementar tecnologia, como também aperfeiçoar os sistemas e *softwares* já existentes para minar

problemas e riscos, e garantir que, uma vez aplicada, a tecnologia não se torne obsoleta.

Em 15 de janeiro de 2016, o Decreto n. 8.638 – revogado pelo Decreto n. 10.332/20 – instituiu "a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional". Em 21 de março de 2018, o Decreto n. 9.319 criou o "Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabelece a estrutura de governança para a implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital".

Ainda em 2016, foi criado o Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU) para o processamento de informações e de realização de atos processuais no âmbito penal (Resolução n. 233/16), que posteriormente se tornou obrigatório (Resolução n. 280/2019). A partir de 2019, os aprimoramentos do SEEU passaram a integrar as ações do Programa Justiça Presente.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), a Corte decidiu apostar no uso de Inteligência Artificial e Aprendizagem de Máquina (AM) em meados de 2018 e, em parceria com a Universidade de Brasília, desenvolveu o projeto Victor, que visa "o aumento da celeridade de processamento, incremento da precisão e acurácia nas etapas envolvidas, de forma a apoiar os recursos humanos envolvidos nas atividades judiciárias" (INAZAWA, *et. al.;* 2019). O ano seguinte já trouxe uma redução significativa de 19,12% do acervo em relação a 2018, o menor dos último 20 anos, mas a quantidade de processo em tramitação ainda representa um desafio às tecnologias de tratamento de informação.

Nota-se, com os exemplos carreados, um direcionamento gradual do Poder Público brasileiro, principalmente na última década, em inserir os avanços tecnológicos em seus processos. Não se olvida, contudo, que a transformação judicial almejada é precedida de uma série de desafios enfrentados cotidianamente por servidores, magistrados e jurisdicionados, frutos da explosão de litigiosidade do Judiciário (SANTOS, 1996), que passou a enfrentar problemas de morosidade. A tecnologia por si só não é a única solução, mas certamente é instrumento necessário, e como tal, tem sido objeto de crescente investimento pelo Poder público.

O já citado PJe, em especial, tem grande potencial de gerar maior produtividade e reduzir despesas (TCU, 2019), apesar de não ser capaz de lidar com todos os gargalos que sobrecarregam o Judiciário (SILVA et. al., 2019), e foi instituído pelo CNJ (Resolução n. 185), em 2013, como o sistema eletrônico

oficial. Apesar disso, até hoje é utilizado por somente 71 tribunais brasileiros, dos 92 existentes. A coexistência de múltiplas ferramentas[3] é um ponto nevrálgico que dificulta a governança institucional e gera dispêndio de recursos[4]. Cada tecnologia criada busca aumentar a produtividade, além de gerir tarefas de acordo com as necessidades do tribunal – as quais tendem a ser similares, e a falta de comunicação e coordenação na implementação de sistemas eletrônicos dos tribunais constrói uma barreira para a aplicação integrada de IA em âmbito nacional.

Apesar das adversidades extras surgidas em 2020, o Judiciário permaneceu atento às dificuldades antecedentes. Com a Resolução n. 331, o CNJ instituiu a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud) como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ), respeitando os termos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). De modo geral, o sistema visa possibilitar a interoperabilidade entre aplicações e sistemas desenvolvidos em diferentes plataformas. Lançou também o Programa Execução Fiscal para combater um dos maiores gargalos do Judiciário − o tempo de tramitação processual das execuções fiscais e o aumento de sua efetividade -, que corresponde a 39% dos processos em tramitação, através de automação e governança (CNJ, 2020).

Observa-se que os degraus percorridos pelo Judiciário nacional na implementação e integração de novas tecnologias, ambicionam maior agilidade, eficiência e precisão na resolução processual. Este é um processo e, como tal, necessita de plano de desenvolvimento, estudos e análise de risco, além de uma mínima coordenação entre os participantes, caso contrário nem a mais moderna das tecnologias será capaz de trazer resultados satisfatórios. Isto porque, a tecnologia por si só nada resolve, mas é a forma como é utilizada que definirá o sucesso ou fracasso de um projeto (GRAEML, 1998).

A PANDEMIA NO CENÁRIO NACIONAL E AS PROVIDÊNCIAS DO CNJ SOBRE O FUNCIONAMENTO DO JUDICIÁRIO

[3] A título exemplificativo, o STJ tem seu sistema Sócrates, o TJAC o LEIA, o TJAL o Hércules, o TJMG o Radar.

[4] A existência de múltiplas ferramentas entre 2013 e 2017, representaram uma despesa de R$ 374.000.000,00 (trezentos e setenta e quatro) milhões de reais ao Conselho Nacional de Justiça.

A história mundial já registrou ao menos cinco grandes pandemias (RODRIGUES, 2020) que impactaram de modo significativo a humanidade. A última foi causada por uma nova cepa do grupo do coronavírus, cujo epicentro iniciou-se em Wuhan, na China, e levou a Organização Mundial da Saúde (OMS) a declarar, em janeiro de 2020, Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (OPAS, 2020). Em 11 de março, com a evolução da transmissão viral em amplitude global, a OMS declarou a pandemia (GHEBREYESUS, 2020) e as medidas de combate à crise sanitária foram intensificadas em todos seus diversos aspectos, inclusive no território brasileiro.

Desde o início do isolamento social em cada país, diversas foram as tentativas de prever o pico da doença, tarefa difícil e cercada de incertezas quando se vive uma pandemia sem precedentes cuja resposta é balizada pelas intervenções de cada governo, cooperação da comunidade e a capacidade dos sistemas de saúde de agir de cada país (WHO, 2020a). E neste ponto, uma das preocupações da OMS foi, não só os níveis alarmantes de contaminação, mas também "falta de ação [dos governos]" (GHEBREYESUS, 2020).

No âmbito nacional, a Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional foi reconhecida pela Portaria n. 188, de 03 de fevereiro de 2020 do Ministério da Saúde, que previu medidas de enfrentamento regulamentadas pela Portaria n. 356/20. Tal ato normativo antecedeu o início da nova realidade B, pela qual passa o direito brasileiro. Como explica Simão (2020), a partir daí a antiga realidade brasileira − realidade A −, pautada no sonho de felicidade e abundância, foi ultrapassada e o país deu início a sua realidade B, temporária, porém persistente. Esta nova realidade trouxe à tona uma série de questões antes apagadas pela relativa prosperidade alcançada, introduzindo no cotidiano dos indivíduos o medo de algo que não lhes parecia possível de ocorrer na realidade anterior. Apesar da quebra de crenças inabaláveis e paradigmas, a adaptação da sociedade como um todo tornou-se necessária, assim como a adaptação dos seus diferentes segmentos, sendo o Direito uma das áreas que mais teve (e ainda tem tido) de buscar novas concepções e paradigmas.

Com o intuito de acompanhar tais mudanças e manter-se funcionando e atendendo à demanda crescente da população, o Judiciário promoveu um conjunto de ações a partir de meados de março. A primeira delas iniciou-se com a publicação da Portaria n. 52, pelo CNJ, que previu medidas temporárias de prevenção contra o contágio como: trabalho remoto opcional aos servidores do grupo de risco (maiores de sessenta anos de idade ou portadores de doenças

crônicas); suspensão temporária de visitas públicas e atendimento presencial ao público externo – quando possível o atendimento por meio eletrônico ou telefônico; restrição do acesso às sessões do Conselho aos advogados e às partes. A prevenção foi também o escopo de diversas outras medidas do CNJ: recomendação de prisão domiciliar em caso de dívida alimentícia e a não realização de audiências presenciais de custódia (Recomendação n. 62/20); ampliação das hipóteses de julgamentos eletrônicos (Resolução n. 312/20); instituição do Regime de Plantão Extraordinário para manutenção da prestação dos serviços judiciários de maneira uniforme no país, com a suspensão dos prazos processuais e do trabalho presencial dos magistrados, servidores, estagiários e colaboradores das unidades judiciárias, e a priorização do trabalho remoto ao grupo de risco, porém mantendo igual horário de expediente forense regular através de meios eletrônicos (Resolução n. 313/20); proibição da aplicação de provas de concurso no Poder Judiciário (Resolução n. 313/20) e a suspensão da validade dos concursos já realizados (Recomendação n. 64/20).

A preocupação do CNJ em manter o funcionamento dos serviços ficou clara especialmente com a criação da Plataforma Emergencial de Videoconferência, disponibilizada para uso não obrigatório nas audiências e sessões de julgamento de processos físicos ou eletrônicos de todos os órgãos do Poder Judiciário durante o período de distanciamento social, sendo garantida a gravação e armazenamento do conteúdo audiovisual no sistema PJe Mídias (Portaria n. 61/20) e assegurada a sustentação quando requerida pelos advogados das partes com, no mínimo, 24 horas de antecedência. Também foi disponibilizada a ferramenta Cisco WEBEX para atos virtuais por meio de videoconferência (Resolução n. 314/20).

A inimaginada dilação da pandemia, levou o CNJ a prorrogar a suspensão de prazos processuais por duas vezes (Resoluções n. 314 e 318, Portaria n. 79/20) e a autorizar a realização de "teleperícias"[5] em processos judiciais relativos a benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais,

[5] Trata-se de medida polêmica, que foi atacada em nota técnica de 30/04/20 pelo Conselho Federal de Medicina e outros órgãos médicos aconselhando os médicos a se abster de realizar a teleperícia "sob pena de incorrer em infração ética" (CFM, 2020). Em resposta, o Ministério Público, através da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, publicou a Recomendação n. 4/20, orientando o CFM a não tomar medidas contrárias às perícias por meios eletrônicos, nem instaurar procedimentos disciplinares contra médicos que as realizarem, e advertindo-lhe que tomará medidas judiciais caso a recomendação não seja acatada.

quando consentida pelo periciando (Resolução n. 317/20), bem como a recomendar a suspensão das audiências de custódia, possibilitando o agendamento de entrevistas reservada ou por videoconferência (Recomendação n. 68/20). O Conselho instituiu ainda um grupo de trabalho para avaliar os efeitos do coronavírus no cumprimento das 12 Metas Nacionais do Poder Judiciário estabelecidas para 2020 (Portaria n. 74/20), e estudar a produtividade dos tribunais, levando em consideração as ferramentas eletrônicas disponibilizadas.

A partir de 15 de junho de 2020, o CNJ começou a prever medidas focadas na retomada gradual e sistematizada dos serviços presenciais, estabelecendo cuidados sanitários necessários para reduzir os riscos de contágio pelo vírus, mas com a cautela de não impor uma flexibilização homogênea a todos os tribunais ante às diversidades regionais, delegando a regulamentação para cada tribunal estadual (Resolução n. 322/20). Em consonância com as Resoluções n. 313, 314 e 318, os tribunais deveriam manter preferencialmente o atendimento virtual, adotando o presencial apenas quando necessário. Além disso, coube a cada órgão do Judiciário: definir horários para o atendimento e atos processuais presenciais; manter o trabalho remoto do grupo de risco até que a situação esteja sob controle; retomar integralmente os prazos de processos físicos e eletrônicos; ou mantê-los suspensos, caso resolvam prosseguir com o regime especial da Resolução n. 314; ou suspender todos os prazos processuais em caso de restrição à movimentação de pessoas (*lockdown*); bem como realizar uma série de atos processuais como audiências envolvendo presos, perícias e entre outros; criar grupos de trabalho para implementar e acompanhar a gradual retomada do trabalho presencial, e dar permissão, ou não, para os tribunais seguirem à próxima etapa do processo de flexibilização.

Todos estes atos normativos já permitem vislumbrar que a pandemia gerou nítidos impactos no funcionamento do Judiciário brasileiro, o que era esperável já que realidade e direito se influenciam mutuamente, sendo possível diferenciá-los sem, no entanto, definitivamente separá-los ou confundi-los (HESSE, 1991). A necessidade de adaptação da justiça, contudo, em suas mais diversas manifestações podem ser identificadas em muitas iniciativas tecnológicas.

O ACESSO À JUSTIÇA PELA TECNOLOGIA DURANTE A PANDEMIA

Acessar a justiça, garantia constitucional fundamental consubstanciada no art. 5, LXXIII, da CRFB, não significa tão somente acessar o Poder Judiciário, muito embora esta seja a forma de tutela estatal mais demandada. Tal direito humano fundamental vai muito além do litígio judicial e envolve todo o percurso e ferramentas necessárias para se lutar pela efetivação de direitos, inclusive com orientação jurídica, assistência jurídica universal e gratuita e os meios autocompositivos extrajudiciais, exercidos por órgãos estatais ou não.

A realidade trazida pela covid-19 no Brasil obrigou o CNJ a tomar medidas sobre o novo funcionamento do Judiciário, como se viu, mas outros atores do Judiciário, e fora dele, também começaram a agir para impulsionar o acesso à justiça em seus vários aspectos e até possibilitar a realização de atos jurídicos – inclusive os tipicamente presenciais – de forma remota e virtual, a fim de garantir a segurança de todos em meio à crise sanitária.

Fora do âmbito processual − compreendendo-se aqui medidas de composição do conflito de modo prévio a sua eventual judicialização, e medidas relacionadas a fatores externos ao processo ou ao litígio efetivamente, cujo objetivo principal é tornar o aparato judicial mais eficiente, facilitando o atendimento das demandas sociais (GAJARDONI; AZEVEDO, 2003, p. 11) − várias iniciativas tecnológicas de promoção do acesso à justiça puderam ser identificadas.

Na esfera estatal, as serventias extrajudiciais rapidamente começaram a se adaptar para viabilizar a realização de atos solenes tipicamente presenciais. Já no início do distanciamento social, a celebração de casamentos, passou a se dar de forma virtual por algumas serventias como em Recife[6], com a utilização do Webex Meeting[7], e no Piauí[8] onde a Corregedoria Geral de Justiça (CGJ) autorizou o uso de várias plataformas, como o *WhatsApp*, Google *HangoutsMee*t, Facetime e Skype. Em ambos, os procedimentos para a habilitação prévia dos nubentes aparentemente obedeceram aos ditames do Código Civil, todavia, a exigência de manifestação presencial dos "contraentes em pessoa ou por procurador especial" do art. 1.535 restou prejudicada.

[6] Estima-se entre 17/03 e 30/04 foram realizados 430 casamentos por videoconferência no estado. (AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, 2020)

[7] Plataforma digital disponibilizada pelo CNJ, utilizada inicialmente para realização de audiências e sessões.

[8] A primeira cerimônia do estado ocorreu no dia 30 de abril de 2020. (PIAUI, 2020)

Só em maio de 2020 é que o Provimento n. 100 do CNJ trouxe regulamentações para a realização de atos notariais de forma online e, em certa medida, conferiu uma pseudo segurança jurídica aos nubentes. A falta de amparo legal, contudo, pode culminar na nulidade destes atos ato por falta de respeito ao rito legal[9], exceto se admitida a ressignificação do conceito de presença pelo do princípio da presença virtual − que atribui efeitos jurídicos equivalentes à presença física e ao "comparecimento da pessoa por meio dos mecanismos de comunicação em tempo real" (DELGADO, 2020, online).

A presença virtual foi autorizada pelo CNJ em outros atos notariais, como na escrituração de imóveis em contratos de compra e venda e doação de imóveis (Provimento n. 95/20) a depender da regulamentação da CGJ de cada estado[10]. Ambas as medidas são certamente um caminho para a desburocratização dos atos, conferindo economia e celeridade, de forma prática e segura, mas ainda carecem de deliberação legislativa.

A tecnologia também tem sido uma aliada de outros aspectos do acesso à justiça e passou a ser instrumento de diversos outros atores para fornecer orientação jurídica à população neste contexto pandêmico de tantas dúvidas. A informação jurídica é uma faceta importante e essencial deste direito fundamental, muitas vezes negligenciada, já que é imprescindível que o cidadão conheça "seus direitos" e então pleiteá-los.

Neste âmbito, despontaram as Defensorias Públicas (DP) estaduais, responsáveis por diversas iniciativas para manutenção dos atendimentos urgentes de modo online[11]. O próprio CNJ também se preocupou com o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica, e recomendou que os presidentes dos Tribunais de Justiça viabilizassem o registro online de ocorrências com o envio de dados e arquivos hábeis para demonstração de materialidade da infração e o pedido de medidas protetivas de urgência, além da notificação da vítima sobre a

[9] O próprio provimento em seu art. 17 vincula a produção de efeitos jurídicos dos atos notariais praticados por meio eletrônico ao cumprimento dos seus requisitos de validade previstos em lei, o que tornaria tais celebrações à distância *contra legem*.

[10] Em São Paulo, por exemplo, a CGJ implementou a medida através do Provimento n. 12/2020.

[11] Na Paraíba, por exemplo, a DP criou um chat online em seu site, desde 06 de abril, para tirar dúvidas e realizar atendimentos urgentes, seguindo os horários de funcionamento de cada unidade. No Rio de Janeiro, o atendimento passou a ser à distância desde 23 de março, quando foram criados 110 polos de atendimento remoto com informações disponíveis no próprio site da defensoria. (DPRJ, 2020)

situação do agressor e a expedição de mandados de prisão por meios não necessariamente presenciais, como por carta, mensagem de texto via WhatsApp ou outro aplicativo similar, sobre a situação do agressor (Recomendação n. 67/20). O Conselho organizou-se também para sistematizar as principias informações de ações e iniciativas de órgãos públicos para atender indígenas e outros vulneráveis através do levantamento de dados sobre tal grupo para elaboração de plano de ação (Portaria CNJ/CNMP n. 3/20)[12].

Diversos Núcleos e Prática Jurídica das universidades[13] também iniciaram atendimento virtual à população com fins de orientação[14], conciliação online e até mesmo atermação remota nas questões que envolvam direito de família ou consumidor[15].

Plataformas para resolução de conflitos por métodos não processuais e com o uso de práticas colaborativas ganharam mais visibilidade[16] não só no ambiente acadêmico. Neste contexto, podem ser encontradas as plataformas de *Online Disput Resolution* (ODR), onde é possível aplicar os métodos adequados de solução de conflito em ambiente total ou parcialmente virtual de maneira mais rápida e eficiente. (PUREZA, 2019, p. 29). Desta forma, a iniciativa privada (especialmente as empresas de inovação) também esteve presente no cenário de resolução de conflitos durante a pandemia, inclusive com instrumentos gratuitos[17].

---

[12] Os dados estão sistematizados na plataforma digital do Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão, disponível em: https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/index.php/coronavirus-covid19/saude-indigena.

[13] Requisito obrigatório dos cursos de direito segundo as Diretrizes Curriculares Nacionais (Res. 05/2018, MEC).

[14] Destaque aqui para o projeto da URRRJ, "Direito em tempos de Pandemia" cuja orientação a perguntas recebidas da comunidade em geral por e-mail é prestada através de vídeos curtos e objetivos postados no Facebook e Instagram.

[15] Serviço prestado por plataformas de Núcleo de Prática Jurídica Digital (Universidade FINAMA e UNIGRANRIO)

[16] Não se esquece que no caso da mediação, por exemplo, a realização de sessões através da internet já era normatizada pelo Artigo 46 da Lei n. 13.140 de 2015 – comumente conhecida como Lei da Mediação.

[17] A startup MOL – Mediação Online, por exemplo, disponibilizou sua plataforma para os tribunais de justiça do país, gratuitamente, com a campanha "A justiça não vai parar" (STARTUP, 2020)

A nova realidade fomentou também plataformas já existentes, como o consumidor.gov, desenvolvido pelo Governo Federal, CNJ e TJPA para pendências entre consumidores e empresas, e a Mediação Online, criada pelo CNJ para conflitos entre consumidores e instituições financeiras – que costumam lidar com uma quantidade considerável de processos.

A preocupação em atender o cidadão foi compartilhada por vários tribunais, como o TJCE que manteve o funcionamento da Central de Atendimento Judicial de forma remota em algumas Comarcas por e-mail, WhatsApp ou Skype, em dias uteis. (TJCE, 2020). Vale ressaltar que, o uso do WhatsApp já era considerado valido pelo CNJ para fins de comunicação de atos processuais às partes desde 2017[18], em consonância com o art. 270, CPC, e passou a ser incentivado durante a pandemia, o que levou diversos tribunais[19] a adotarem o aplicativo de mensagens instantâneas.

O atendimento e a retomada dos tribunais estaduais têm atendido a regulamentação própria, conforme facultou o CNJ. No Rio de Janeiro, criou-se inicialmente um Regime de Teletrabalho Externo especial aos magistrados e servidores em situações especiais de maior risco de contágio, suspendendo-se a realização de audiências e sessões de julgamentos presenciais, e possibilitando-se que o atendimento virtual aos advogados pelos "meios tecnológicos disponíveis (*Teams*, *Skype* ou outras ferramentas de videoconferência)" (Ato Normativo n. 4/20 TJ/CGJ). O trabalho à distância foi logo estendido como Regime Diferenciado de Atendimento de Urgência a todos os magistrados e servidores que passaram a trabalhar em sistema de sobreaviso desde 20 de março (Ato Normativo n. 5/20 TJ/CGJ) e as medidas de atendimento e trabalho virtual foram sendo prorrogadas estendidas ao longo da pandemia. A partir de 15 de junho foi instituído um plano de retorno programado às atividades presencias, mas com a manutenção do atendimento preferencialmente na modalidade virtual eletrônico (Ato Normativo n. 25/20 TJ/CGJ). Assim, algumas atividades voltaram a ser presencias como sessões de julgamento da 9ª Câmara Cível (9ª CÂMARA, 2020) e atendimentos da justiça itinerante (JUSTIÇA, 2020).

Diversos outros atos endoprocessuais propriamente ditos também foram adaptados para garantir sua continuidade, alterando-se a sistemática

[18] Posicionamento do CNJ ao apreciar o Procedimento de Controle Administrativo n. 0003251.94.2016.2000000.

[19] Vide Portaria Conjunta TJRN e CGJ n. 28/20, Portaria 1482/2020 TJPR

daqueles atos que pareciam só serem realizáveis pessoalmente – como audiências ou mediações.

As audiências judiciais de maneira geral, como já mencionado, puderam ser realizadas de forma remota por autorização do CNJ (Res. 313, 314, e 318). O Piauí foi o primeiro TJ a realizar sessões de mediações online[20] pela plataforma pelo CNJ, regulamentadas pela Portaria n. 1295/2020 (CGJ) que autoriza o uso de ambientes digitais para a qualquer tipo de audiências durante o período extraordinário. No Rio Grande do Sul, o TJ já tinha lançado sua ferramenta virtual denominada METHIS que passou a ser funcional na medida em que permite o atendimento online sem precisar que o cidadão se desloque a um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). No Espírito Santo, o procedimento para a realização de sessões online de mediação e conciliação no CEJUSC foi instituído pela Portaria n. 01/2020 do NUPEMEC, e em São Paulo, o Provimento n. 11/20 dispôs sobre a criação de um projeto piloto para realização de sessões de mediação e conciliação. Em Pernambuco, desde o início da pandemia no Brasil as audiências de mediação e conciliação vêm ocorrendo de forma virtual no TJ (Instrução normativa n. 5), e, desde abril, os CEJUSCs passaram a ter acesso também à ferramenta digital do CNJ (IN n. 6/20), o Cisco-WEBEX, quando as sessões de conciliação puderam ser realizadas através desta plataforma ou por WhatsApp[21].

As iniciativas tecnológicas são inúmeras, como se vê, e as inovações surgem a cada dia em que a pandemia se prorroga, o que obsta a realização de uma sistematização taxativa, mas já se faz suficiente para iniciar uma reflexão acerca do acesso à justiça no novo cenário.

RISCO E CUIDADOS NECESSÁRIOS COM A IMPLEMENTAÇÃO DA TECNOLOGIA

É papel do Direito "assimilar os valores positivos que a sociedade estima e vive" (NADER, 2014, p. 48), ou seja, estar inserido e ajustado às condições sociais que são dinâmicas e a elas se adaptar, sob pena de se transformar em um mero conjunto de normas sem força normativa sobre a sociedade. Tal dever se

[20] A primeira sessão de mediação ocorreu já em 27 de abril de 2020.

[21] O NUPEMEC do TJPE realizou, até maio, mais de 2 mil audiências virtuais de conciliação. (NUCLEO, 2020)

fez extremamente notável durante a pandemia, quando de modo súbito e inesperado, obrigou os operadores jurídicos – assim como o restante da sociedade – a se reajustarem.

Normalmente as mudanças vêm de forma gradual, no entanto, as experimentadas em 2020 têm exigido eficiência e flexibilidade do direito em si e de seus operadores. Para isso, as ferramentas tecnológicas desempenham papel fundamental já que possibilitam a adaptação drástica necessária em um curto prazo, atendendo ao princípio da continuidade da prestação jurisdicional, necessária para garantir e reafirmar os direitos fundamentais (ALMEIDA; PINTO, 2020). Além disso, a eficácia das audiências por videoconferências e todo o processo de virtualização dos procedimentos tem se mostrado uma alternativa para propiciar maior agilidade em um Judiciário comumente moroso. A automatização neste momento emergencial expressa também um cuidado com o cidadão que procura seus direitos, garantindo-lhe o acesso à justiça (GOUVÊA, 2020) responsável por impedir um colapso da justiça durante a pandemia (SCHINEMANN; PEREIRA, 2020).

A tecnologia de maneira geral opera mudanças tão profundas na história humana, e é responsável por este momento tão potencialmente promissor quanto perigoso, como alerta Schwab (2016, p. 15), sendo necessário se "pensar de forma estratégica sobre as forças de ruptura e inovação que moldam nosso futuro". A proporção das previsões tecnológicas, contudo, deve ser equivalente (se não maior) a sua desconfiança, como alerta Davenport (1995, p. 16), e não pode ser implementada a qualquer custo, mas acarreta reflexões necessárias acerca de seus efeitos e impactos sociais.

A INSUFICIÊNCIA LEGISLATIVA ACERCA DO USO DE TECNOLOGIAS

A imersão tecnológica imposta em diversos ambientes gerou uma grande mudança do perfil relacional da sociedade, o que carreia problemas anteriormente inéditos. A transposição para o modelo virtual desfigura o procedimento físico legalmente previsto, mas, além da legalidade, questões atinentes à privacidade, imagem e proteção de dados dos indivíduos no uso destas tecnologias não encontram suficientemente abordadas na lei representando um risco aos envolvidos em tais atos.

No ambiente virtual, questões acerca da privacidade dos indivíduos e defesa da honra passam a ser colocadas em pauta e encontram divergências com o discurso de liberdade de expressão (SCHREIBER, 2014).

Preservar a privacidade impõe uma liberdade negativa do Judiciário na tutela do núcleo individual e íntimo dos indivíduos, e garantia do sigilo das informações destas ferramentas pertencentes à vida privada dos jurisdicionados. Deve-se preservar também sua imagem, toda expressão formal e sensível da personalidade do Homem (MORAES, 1972), ou seja, toda a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável (art. 5, I, LGPD.) É também necessário que o Estado atue de modo a garantir a proteção de dados[22], direito que surge junto à compreensão da "amplitude e potencialidade de controle e manipulação sobre a sociedade e o mercado que este tipo de dado oferece" (VERGILI, 2019).

Neste contexto protecionista, a gravação dos atos jurídicos virtuais e utilização da imagem demanda consentimento dos envolvidos, fundada no art. 5º, X, CRFB, e do art. 20, CC, bem como com diálogo infraconstitucional com o art. 7º, I, LGPD, que esclarece que o tratamento dos dados pessoais só poderá ser realizado mediante consentimento do titular. Apesar da prerrogativa positivada no art. 367, §6º, do CPC/2015 autorizando a gravação, por qualquer das partes, sem necessidade de autorização judicial, a ciência da gravação pelos envolvidos é exigência dos tribunais por razões éticas, da transparência, do princípio da lealdade, da boa-fé e da cooperação (TRT2, 2019), essenciais na relação processual de lealdade que deve pautar as partes do processo (TED, 2018).

As audiências por videoconferência foram regulamentadas pela Resolução n. 329/20, CNJ, que esclarece que, apesar de ser garantida a publicidade do ato – à exceção dos tramitados em segredo de justiça –, é vedada a gravação da audiência por pessoas não autorizadas, assim como a realização de *streaming* – divulgação, em tempo real, na internet – e a reprodução de registros em qualquer meio (art. 13). Nesse sentido, observa-se o posicionamento do Judiciário de, ao mesmo tempo que busca assegurar a publicidade dos atos,

[22] A proteção de dados busca preservar tanto a privacidade quanto outros direitos fundamentais postos em risco pela sociedade de informação – tais quais o direito a igualdade, liberdade, à não discriminação. Nesse sentido, este direito configura-se como liberdade positiva, por necessitar de uma atuação regulatória por parte do Estado.

compreende a importância da transparência, boa-fé e dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, acepção reforçada na Resolução n. 332/20, ao dispor sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário.

A Resolução, mesmo tratando de temática particular, mantêm a harmonia e o trabalho conjunto com a LGPD, utilizando-se dos mesmos conceitos – como de dados pessoais e dados sensíveis (art. 6º, p. u.) – e princípios – finalidade, necessidade, transparência, segurança, não-discriminação, responsabilização e entre outros.

Deve-se atentar que IA já é uma realidade no Judiciário brasileiro, e ela, junto à robótica e ao *Big Data*, marca a chamada Quarta Revolução Industrial, que terá um impacto sistêmico profundo e exponencial, já que funde "as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico" (SCHWAB, 2016, p. 14). Para seu uso, já existem diversas ferramentas que possibilitam proteger informações e dados pessoais como a criptografia[23] e *blockchain*[24], cuja implementação deve ser legalmente assegurada. É imprescindível que pleno desenvolvimento das tecnologias no país, seja feito de modo seguro e com ampla integração na sociedade, minando quaisquer possíveis dificuldades de acesso.

[23] A criptografia trata-se de ferramenta que garante a segurança nos ambientes computacionais que exigem o sigilo de informações, sendo a ciência de desenvolver e decifrar cifras (YOSHIDA, 2001) e sua utilização está prevista na Resolução n. 329 (art. 16 §1º), que prevê a criptografia assimétrica[23] caso a audiência seja realizada em plataforma diferente da disponibilizada pelo CNJ, buscando assegurar a segurança dos participantes do ato processual.

[24] Os *blockchains* envolvem uma combinação de criptografia com ferramentas de segurança da informação e conhecimento econômico específico. Envolvem justamente uma "cadeia de blocos" que, de modo descentralizado, consegue armazenar milhares de cópias de dados ou informações que, uma vez gravados, se torna imutável. seu uso com a Inteligência Artificial, pode trazer maior segurança, eficiência, confiança e eficácia isto porque, as informações são agrupadas em blocos, e estes mantêm-se sincronizados a outros blocos – com informações anteriores ou novas – formando uma cadeia, impedindo que seja possível manipular os dados neles. Em outras palavras, alterar ou manipular os dados de uma *blockchain* significaria ter de alterar toda uma cadeia de blocos com informações, sendo muito trabalhoso e caro. Esta é, inclusive, outra qualidade da tecnologia: é um sistema inteligente que, com incentivo econômico, consegue impedir fraudes – o "benefício" da fraude é menor que o benefício de ser honesto (ALEIXO, 2020).

DIFICULDADE DE ACESSO

O acesso aos meios digitais por parte de advogados, servidores e sociedade civil no geral é um contraponto necessário para o alcance de uma justiça digital. O próprio ambiente virtual é excludente por si só já que cerca de 20 milhões de domicílios brasileiros ainda não possuem acesso à internet (CETIC, 2019), mas a acessibilidade não se resume ao espectro da chegada da tecnologia em si e requer uma adaptação que proporcione um domínio das ferramentas às diversas esferas da sociedade, incluse de pessoas com deficiência e idosos.

Não só os atos eminentemente judiciais devem ser acessíveis a todos os grupos, como também os serviços extrajudiciais e o atendimento à população, especialmente aquele prestado pela Defensoria Pública, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, CRFB). O atendimento remoto estabelecido pelo órgão no início da pandemia foi avaliado pela DP no Estado de São Paulo que indicou que o "público-alvo da DP é composto por pessoas analfabetas ou semianalfabetas, em situações de violência, periféricas, sem acesso à água, à moradia, aos serviços públicos básicos e sem acessibilidade digital e tecnológica", e que , e o atendimento virtual trouxe novos desafios à busca de direitos por tais pessoas em situação de vulnerabilidade que, somados aos impasses já vivenciados anteriormente, criam um cenário de desigualdade digital marcada pela falta de equipamentos e conexão com a internet. Analisando a demanda de casos urgentes, constatou-se que os assistidos têm optado pela comunicação por telefone ou e-mail, ao invés do formulário eletrônico e concluiu pela necessidade de avaliação de outros meios de atendimentos que valorizem a oralidade. (RELATÓRIO DPSP, 2020)

Os dados da DP servem de alerta para a necessidade de se repensar os formatos virtuais adotados também no Judiciário, enquanto a acessibilidade de internet e tecnologia ainda é um problema no país.

Contrariando, contudo, tal cautela tão necessária, seria uma retomada das audiências de instrução pelo meio virtual sem a facultatividade de participação, o que acabaria imputando aos advogados a responsabilidade da disponibilidade de internet e mobilidade das partes. Evitando assegurar o exercício da advocacia em tempos de pandemia, OAB enviou ofício ao CNJ (n.

339/2020-GRP) solicitando a garantia da suspensão da audiência instrutória quando requerido pelo advogado.

Não se deve olvidar ainda que a publicidade é garantia constitucional (Art. 5º, LX, CRFB) e deve ser característica geral de todos atos judiciais, exceto quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, exatamente como previu, em tese, a Resolução n. 329/20, CNJ. Acessar as audiências no ambiente virtual não é, todavia, tão simples como bater à porta das salas de audiências para assisti-las e a realização de audiências em ambiente virtual do qual somente as partes envolvidas têm acesso fere certamente o direito fundamental de publicidade. O amplo acesso a tais atos, mesmo que por meio digital, deve ser imprescindível.

PREJUÍZOS DA FALTA DE PRESENÇA FÍSICA

Outro aspecto a ser considerado com a virtualização dos atos é a falta da presença física dos agentes da relação processual. A perda das percepções da linguagem corporal do depoente ou da garantia de que a testemunha não está sendo instruída atrás das câmeras são alguns dos receios. Ainda, a tentativa de valorização de métodos autocompositivos de conflitos (ADRs, em inglês) que têm tomado cada vez mais espaço em um novo Judiciário, comprometido com a democracia e a concepção de outridade. (WARAT, 2004, p. 115), impõe a adoção de uma comunicação entre os agentes que pode também restar prejudicada com a virtualização dos atos.

Um dos pontos principais para o estabelecimento de uma comunicação não violenta, importante em uma autocomposição, é, segundo Rosenberg (2006), a empatia, que se desenrola a partir da presença. Presença, neste sentido, referenciada como a capacidade de manter a atenção no outro, a fim de compreender o que este está expressando e assim entender o sentimento vivido naquele instante e não propriamente a presença física literal. Ao observar a importância da empatia e comunicação nas sessões de ADR, é imperioso refletir se a ausência de presença física não seria um possível impasse para a eficácia do procedimento. O ambiente online aproximou o mundo de uma maneira nunca vista e a internet e as redes sociais permitem que haja até uma maior interação entre as pessoas, no entanto, até que ponto o contato virtual supre a inerente necessidade humana de manter relações sociais?

A perda do contato "face-to-face" no ambiente virtual, segundo Cortés (2011), se por um lado pode gerar falhas de comunicação, por outro, pode evitar preconceitos gerados pela a linguagem corporal pode gerar preconceitos. À luz do tema, Dotti (1997, p. 273) explica as insuficiências da tecnologia, que "não poderá substituir o cérebro pelo computador e muito menos o pensamento pela digitação", para quem:

> É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinquente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o Senhor da Justiça e o homem do crime, num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, no afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão.

Como será assegurada a incomunicabilidade das testemunhas do art. 210, CPP; ou que a testemunha dê seu depoimento oralmente, sem fazê-lo por escrito, conforme veda o art. 204, CPP? Será possível assegurar nas plataformas digitais de videoconferência que a DP tenha entrevista reserva com seus assistidos, presos ou não, prevista no art. 128, LC n. 80, sem que outros participantes ou terceiros entrem na sala de reunião virtual? O importante é que o modelo adotado seja suficientemente capaz de compatibilizar as garantias processuais, normalmente fiscalizados presencialmente.

Há muita insegurança e a virtualização da pandemia retoma argumentos usados na tentativa de implantar o interrogatório judicial por videoconferência. Enquanto parte da doutrina defende o direito do réu ser apresentado ao juiz presencialmente que não pode ser equiparado ao contato virtual, pela perda de traços visuais e de fala presencias, o Ministério Público do Estado de São Paulo (2020) sistematiza algumas vantagens na realização do procedimento. A primeira delas refere-se a situações de impossibilidade de presença física como quando o réu estiver enfermo ou sem condições físicas e/ou psíquicas de se deslocar até o local do julgamento, ou por questões logísticas de falta de escolta ou de combustível para presos, quando a virtualização representa uma economia orçamentária à sociedade. Soma-se a isso, o fato de que o juiz que realiza o interrogatório não necessariamente será o que julgará a causa torna a problemática do contato físico algo não tão influente.

Nota-se, assim, que com o avanço tecnológico, a ocupação de espaço físico não configura exclusivamente o ideal de "estar presente" - reflexão anteriormente abordada neste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia trouxe uma mudança na forma de agir, quando se fala em universo digital e uma transformação nos alicerces da Justiça brasileira, que caminhava para alguma digitalização, mas que no contexto emergencial foi bruscamente transferida para o ambiente virtual. A introdução de tecnologias para expandir e assegurar o acesso à justiça, tem o condão de promover maior produtividade, economia e celeridade, além de estimular a desjudicialização. Embora a modernização seja fundamental, o Judiciário ainda deve percorrer um longo percurso para arquitetar sistemas eficientes, seguros e confiáveis.

A análise da adoção de ferramentas em diversos setores e órgãos não foi exaustiva, até mesmo porque as iniciativas crescem a cada dia de pandemia, mas já permite observar os gargalos existentes com maior nitidez, assim como suas possíveis causas. Por se tratar de um período de instabilidade, fragilizando a segurança jurídica, obter respostas conclusivas torna-se mais complexo, sendo pertinente buscar possíveis ameaças e se atentar às vulnerabilidades – afinal, nenhum sistema está imune a falhas e fragilidades –, para que se tenha conhecimento dos riscos da aplicação de determinada tecnologia, visando minar a ocorrência de incidentes e, consequentemente, danos.

É imprescindível buscarem-se estratégias para que a tecnologia seja realmente capaz de garantir um amplo acesso à justiça que respeite os princípios processuais, publicidade e legalidade. A implantação deve também ser gradual e deve considerar as dificuldades de acesso para que a justiça tecnológica não seja ainda mais excludente.

Há certamente prejuízos e benefícios da ferramenta e a necessária reflexão sobre o tema não tem o intuito de impedir a utilização de tecnologias em atos processuais, mas de trazer uma adequada compreensão de que a implementação de sistemas tecnológicos exige estudo, planejamento e análise de risco. Não ter todas as respostas no presente momento, é compreensível; porém, as respostas e soluções aos problemas só começarão a ser desenvolvidas quando passamos a encará-los como tal.

REFERÊNCIAS

9ª CÂMARA Cível retorna sessões presenciais. *Notícias,* Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 15 set. 2020 Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7566577. Acesso em 06 out. 2020, 15:17:00.

ALEIXO, Gabriel. *Criptografia:* a segurança dos ativos digitais. Disponível em: https://blocktrends.com.br/criptografia-a-seguranca-dos-ativos-digitais/. Acesso em 30 nov. 2020, 18:30:00.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de; PINTO, Adriano Moura da Fonseca. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça – algumas reflexões e hipóteses. *JURIS POEISIS*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 31, p. 1-15, 2020.

BACELO, Joice. Cartórios passam a registrar imóveis de forma eletrônica: Pelo menos nove Estados regulamentaram a prática em meio à pandemia. *Valor Econômico*, Brasília, n.p., 25 maio 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/05/25/cartorios-passam-a-registrar-imoveis-de-forma-eletronica.ghtml>. Acesso em: 21 set. 2020, 19:49:00.

RASIL. *Nota Técnica NI CLISP 12, de 30 de março de 2020*. Disponível em: http://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUBI/clisp/012_-_5650088_-_Nota_Tecnica_NI_12_CLISP.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020. 14:35:00.

CEJUSCS do PI realizam sessões de mediação inéditas com uso de plataforma do CNJ. *Agência CNJ de notícias*, Brasília, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cejuscs-do-pi-realizam-sessoes-de-mediacao-ineditas-com-uso-de-plataforma-do-cnj/>. Acesso em: 20 maio 2020, 10:48:00.

CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL. *Cartilha De Segurança Para Internet***,** 2017. Disponível em: https://cartilha.cert.br/criptografia/. Acesso em 05 set. 2020, 18:20:00.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. *TIC domicílios*, 2019. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf . Acesso em 30 ago. 2020, 21:03:00.

CNJ lança soluções tecnológicas para acelerar processos de execuções fiscais. *Agência CNJ de notícias,* Brasília, 26 ago. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/judiciario-lanca-programa-para-destravar-processos-de-execucoes-fiscais/. Acesso em -6 ago. 2020, 18:27:00.

CNJ regula videoconferência na área penal com veto em audiência de custódia. *Agência CNJ de notícias,* Brasília, 10 jul. 2020. Disponível em:< https://www.cnj.jus.br/cnj-regula-videoconferencia-na-area-penal-com-veto-em-audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 22 ago. 2020, 23:29:00.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM); ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA; ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA LEGAL E PERÍCIA MÉDICA; ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEDICINA DO TRABALHO. *Nota Técnica Conjunta CFM/AMB/ABMLPM/ANAMT*, de 30 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/pdf/nota-telepercia-cfm-anamt-amb-abmlpm.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020, 23:18:00

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judiciário aprova 12 metas nacionais para 2020 *Agência CNJ de notícias*, Brasília, 27 nov. 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/judiciario-aprova-12-metas-nacionais-para-2020/. Acesso em: 10 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria n. 52, de 12 de março de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 59/2020, p. 2-3, 12 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria n. 61, de 31 de março de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 91/2020, p. 2. 01 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria n. 74, de 06 de maio de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 127/2020, 07 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria n. 79, de 22 de maio de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 150/2020, p. 2, 22 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n. 100, de 26 de maio de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 100/2020, p. 2, 26 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n. 95, de 01 de abril de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 91/2020, p. 24-26, 01 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n 62, de 17 de março de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 65/2020, p. 2-6, 17 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n 68, de 17 de junho de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 190/2020, p. 3-4, 19 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 64, de 24 de abril de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 113/2020, p. 2, 27 abril 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 66, de 13 de maio de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 137/2020, p. 2-4, 14 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 185, 18 de dezembro de 2013. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_185_18122013_01042019195928.pdf. Acesso em 30 nov. 2020, 22:33:00.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 312, de 19 de março de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 71/2020, p. 2-3, 19 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 313, de 19 de março de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 71/2020, p. 3-5, 19 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 314, de 20 de abril de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 106/2020, p. 3-4, 2- abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 317, de 30 de abril de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 125/2020, p. 2-4, 06 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 318, de 07 de maio de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 131/2020, p. 2-3, 08 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 322, de 01 de junho de 2020. 9, de 30 de julho de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 164/2020, p. 2-4, 01 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 329, de 30 de julho de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 247/2020, p. 2-7, 31 jul. 2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 331, de 20 de agosto de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 274, p. 2-4, 25 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 274/2020, p. 4-8, 25 ago. 2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 67, de 03 de março de 2009. *Diário Oficial da União:* seção 1, Brasília, DF, n. 45/2020, p. 165-171, 09 mar. 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Termo de acorde de cooperação técnica n. 043/2010, 29 mar. 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wiki/images/d/d7/ACT_043-2010_-_PJE_-_337.320_.pdf. Acesso em: 04 ago 2020, 19:03:00.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Portaria Conjunta n. 3, de 8 de maio de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Brasília, DF, n. 179/2020, 10 jun. 2020.

CONSUMIDOR pode conciliar pela internet. *Tribunal de Justiça do Estado do Pará*, Pará, PA, 17 jun. 2020. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/1071121-consumidor-pode-resolver-conflitos-pela-internet.xhtml>. Acesso em: 21 set. 2020, 23:24:00.

CORONAVÍRUS: Casamentos por videoconferência se tornam opção em Pernambuco. *Agência CNJ de Notícias*, n. p. , Pernambuco, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/casamentos-por-videoconferencia-se-tornam-opcao-para-casais-em-pernambuco-durante-pandemia/>. Acesso em: 21 set. 2020, 18:40:00.

CORONAVÍRUS: Defensoria Pública da Paraíba lança chat online para facilitar atendimentos durante regime de trabalho remoto. *ANADEP*, Paraíba, PB. 6 abr. 2020. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=43629>. Acesso em: 11 jul. 2020, 21:00:00.

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA (Piauí). *Portaria nº 1295/2020***,** p. 9, 22 abr. 2020. *Diário de Justiça do Estado do Piauí:* Teresina*,* n. 8390, ano XLII, 24 abr. 2020.

CORREGEDORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Provimento n. 12,* de 24 abr. 2020. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/ProvimentoCG12-2020.pdf Acesso em: 11 jul. 2020, 17:15:00.

CORTÉS, Pablo. *Online Disput Resolution For Consumers in the European Union*. Oxford: Routledge, 2011.

COVID-19: Central de Atendimento Judicial do TJCE mantém contato com o público por e-mail e whatsapp. *Estado do Ceará Poder Judiciário*, Ceará CE, n.p., 6 abr. 2020. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/covid-19-central-de-atendimento-judicial-do-tjce-mantem-contato-com-o-publico-por-e-mail-e-whatsapp/>. Acesso em: 21 set. 2020, 22:15:00.

COVID-19: CNJ proíbe audiências de custódia por videoconferência: Resolução aprovada por maioria dispõe acerca dos procedimentos para as audiências por vídeo durante o período da pandemia. *Migalhas*, 10 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/330565/covid-19-cnj-proibe-audiencias-de-custodia-por-videoconferencia>. Acesso em: 17 ago. 2020, 23:19:00.

DAVENPORT, T. Epitaph for expert system, what can we learn from the demise of this once-hyped technology. *Information Week*, 5 jun. 1995.

DEFENSORIA Pública determina atendimento a distância em todo RJ. *G1*, Rio de Janeiro RJ. 23 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/23/defensoria-publica-determina-atendimento-a-distancia-em-todo-rj.ghtml>. Acesso em: 6 ago. 2020, 20:35.

DEFENSORIA Pública do Estado do Rio de Janeiro, março 2020. Disponível em: <https://coronavirus.rj.def.br/>. Acesso em: 6 ago. 2020, 21:50:00.

DEFORGE, Yves. Sistema de produção e sistema de aquisição do saber. *Revista Trimestral de Educação da UNESCO*, Lisboa, Portugal, 1979, v. IX, n. 1, p. 3-19, 1979.

DELGADO, Mário Luiz. A pandemia e o princípio da presença virtual . Migalhas de peso, 16 jul. 2020. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual . Acesso em: 30 out. 2020, 14:20:00

DOTTI, Renê Ariel. O interrogatório à distância: um novo tipo de cerimônia degradante. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília a. 34 n. 134, p. 269-274. abr./jun. 1997.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; AZEVEDO, Júlio Camargo de. Técnicas De Aceleração De Processo: (tentativa de sistematização à luz do Novo CPC). *Academia.edu*, 2003. Disponível em: https://www.academia.edu/13635182/T%C3%89CNICAS_DE_ACELERA%C3%87%C3%83O_DE_PROCESSO_tentativa_de_sistematiza%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0_luz_do_Novo_CPC_. Acesso em: 6 set. 2020, 19:50:00.

GHEBREYESUS, Tedros Adhanon. Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19. *World Health Organization,* 11 mar. 2020. Disponível em: https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020. Acesso em 20 jul. 2020, 14:09:00.

GOUVEA, Luciana G. Conciliação e mediação na era virtual - nova Justiça!. Migalhas, 12 maio 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/326644/conciliacao-e-mediacao-na-era-virtual-nova-justica. Acesso em 11 jul. 2020, 19:00:00.

GRAEML, Alexandre reis. Ponderação e gerenciamento dos riscos da tecnologia da informação. Disponível em http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep1998_art190.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020, 09:32:00.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1991.

INAZAWA, Pedro; HARTMANN, Fabiano; CAMPOS, Teófilo de; SILVA, Nilto; BRAZ, Fabrício. Projeto Victos. Especial machine learning, 2019. Disponível em https://cic.unb.br/~teodecampos/ViP/inazawa_etal_compBrasil2019.pdf. Acesso em 04 ago 2020, 18:23:00.

JUSTIÇA itinerante inicia terceira fase do retorno em Nova Iguaçu. *Notícias,* Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 15 set. 2020. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7567443. Acesso em 06 out. 2020, 15:08:00.

LÉVY, P. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

LÉVY, P. *O que é virtual?* São Paulo: Editora 34, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alezandre Azvaglia P., (coord.). *Direito, Inovação e Tecnologia.* V.1. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (Brasil). Portaria n. 356, de 11 de março de 2020. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 49, p. 185, 12 mar. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Centro de apoio operacional criminal. *Nota técnica n. 3*: interrogatório judicial por videoconferência, 26 abr. 2020**.** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/notas_tecnicas/Interrogatorio%20por%20videoconferencia.pdf. Acesso em 10 jul. 2020, 15:03:00

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. *Recomendação n. 4/ 2020.* Brasília, DF: Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pfdc/manifestacoes-pfdc/recomendacoes/recomendacao-4-2020-pfdc-mpf/at_download/file. Acesso em: 10 jul. 2020, 14:55:00.

MORAES, Walter. ***Direito à própria imagem***. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972, p. 64

NADER, Paulo. *Introdução do estudo do direito.* 36 a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

STF entra em 2020 com menor acervo processual dos últimos 20 anos. *Notícias STF,* 17 jan. 2020. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434982. Acesso em 05 ago 2020, 18:26:00,

NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS. *Portaria nº 001/2020*. Vitória: *Diário de Justiça eletrônico,* 23 abr. 2020, n. 6138.

NÚCLEO realiza mais de duas mil audiências virtuais de conciliação durante pandemia, 20 maio

2020. *Agência CNJ de Notícias*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/nucleo-realiza-mais-de-duas-mil-audiencias-virtuais-de-conciliacao-durante-pandemia/. Acesso m: 22 set. 2020, 19:18:00.

OAB pede ao CNJ que audiências de instrução online sejam facultativas. *Migalhas*, 22 maio 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/327508/oab-pede-ao-cnj-que-audiencias-de-instrucao-online-sejam-facultativas>. Acesso em: 4 set. 2020, 01:21:00.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Ofício n. 339/2020-GPR*, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/5FACBABCCAF2CC_oficiooab.pdf>. Acesso em: 4 set. 2020, 01:25:00.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (OPAS). COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Brasilia, 04 jun. 2020. *Folha Informativa*. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em 08 jun. 2020, 13:03:00.

PLATAFORMA virtual garante atendimento a demandas pré-processuais de consumidores. *Agência CNJ de Notícias*, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-virtual-garante-atendimento-a-demandas-pre-processuais-de-consumidores/>. Acesso em: 21 set. 2020, 23:17:00.

POLOS remotos já contabilizam 144 mil atendimentos durante pandemia. *DPRJ Notícias*, 17 jun. 2020. Disponível em:< http://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10376-Polos-remotos-ja-contabilizam-144-mil-atendimentos-durante-pandemia>. Acesso em: 6 set. 2020, 01:00:00.

PUREZA, Isabela Lopes. Online dispute resolution e os novos modelos de acesso à justiça na era digital. *Pantheon Repositório Institucional da UFRJ*, Rio de Janeiro RJ, p. 29, 2. sem. 2019.

RAYMUNDO, Taiuani Marquine. ACEITAÇÃO DE TECNOLOGIA POR IDOSOS. *Biblioteca Digital USP,* São Carlos, 2013. Disponível em:

<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/82/82131/tde-27062013-145322/publico/TDE_TaiuaniMarquineRaymundo.pdf>. Acesso em: 4 set. 2020, 17:43:00.

OUVIDORIA [Defensoria Pública de SP]. *Relatório de Atendimentos da Ouvidoria Durante a Pandemia*. São Paulo SP, 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/Relatorio%20Pandemia%20Ouvidoria%20-%20Atendimento.pdf>. Acesso em: 6 set. 2020, 00:20:00.

RODRIGUES, Letícia. Conheça as 5 maiores pandemias da história. *Galileu,* 30 mar. 2020. Disponível em: https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/conheca-5-maiores-pandemias-da-historia.html. Acesso em 8 jun. 2020, 07:34:00.

ROSENBERG, Marshall. *Comunicação não-violenta*: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo, Àgora, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, 1996. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277161675_Os_Tribunais_nas_Sociedades_Contemporaneas. Acesso em 04 ago. 2020.

SCHINEMANN, Caio César Bueno; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Audiência de instrução virtual em tempos de epidemia. *Conjur*., 12 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-12/direito-civil-atual-audiencia-instrucao-virtual-tempos-epidemia>. Acesso em: 11 jul. 2020, 19:20:00.

SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet*: Avanço ou Retrocesso? A Responsabilidade Civil por Dano derivado do Conteúdo Gerado por Terceiro. 2014. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/artigo-marco-civil-internet.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020, 23:42:00.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Elis Blanco e Bento. Tecnologia Educativa em Portugal: conceito, evolução, áreas de intervenção e investigação. *Revista Portuguesa de educação,* Universidade do Minho, Braga, Braga, Portugal, v. 6, n. 3, p. 37-55, 1993.

SILVA, Nilton Correia da; BRAZ, Fabricio Ataides; FERRETTI, Jose Roberto Pimenta Ferretti; CASTRO; Clenys Reges Rosario Pereira de. Aplicação da Inteligência Artificial no sistema jurídico brasileiro: VICTOR e ALEI. *Revista de Administración Pública del GLAP,* v. 3, n. 5, p. 45-55, 2019. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/42717. Acesso em: 17 ago. 2020, 08:35:00.

SIMÃO, José Fernando. ***Direito de família em tempos de pandemia*: hora de escolhas trágicas. Uma reflexão de 7 de abril de 2020. Belo Horizonte, MG, 07 abr. 2020. Disponível em** https://ibdfam.org.br/artigos/1405/Direito+de+fam%c3%adlia+em+tempos+de+pandemia:+hora+de+escolhas+tr%c3%a1gicas.+Uma+reflex%c3%a3o+de+7+de+abril+de+2020**. Acesso em 13 jul. 2020, 10:02:00**

STARTUP jurídica lança plataforma de resolução de conflitos aos TJs do Brasil. *Migalhas*, 3 abr. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/323606/startup-juridica-lanca-plataforma-de-resolucao-de-conflitos-aos-tjs-do-brasil>. Acesso em: 3 ago. 2020, 20:27:00.

SYNNEX COMSTOR. *Como a combinação de Blockchain e Inteligência Artificial pode ajudar as empresas?*. Disponível em: https://blogbrasil.comstor.com/como-a-combinacao-de-blockchain-e-inteligencia-artificial-pode-ajudar-as-empresas'>https://blogbrasil.comstor.com/como-a-combinacao-de-blockchain-e-inteligencia-artificial-pode-ajudar-as-empresas. Aceso em 06 set. 2020, 19:03:00.

TJRS abre CEJUSC 60+ e lança plataforma online. *CNJ*, n. p., 7 dez. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gauchos-contam-com-cejusc-60-e-nova-pataforma-online/>. Acesso em: 6 jul. 2020, 16:00:00.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU aponta atrasos na implementação do Processo Judicial Eletrônico, 08 jul. 2019. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aponta-atrasos-na-implementacao-do-processo-judicial-eletronico.htm. Acesso em 17 ago. 2020, 07:34:00.

TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA. ORDEM DOS ADVOCAGOS DO BRASIL, SÃO PAULO. *Proc. E-4.987/2018,* 26 abr. 2018. Disponível em: https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/2018/E-4.987.2018. Acesso em 10 ju. 2020, 14:03:00.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Espírito Santo). Portaria nº 001/2020**,** NUPEMEC-TJES. Institui Projeto Piloto e regulamenta os procedimentos para a realização de sessões de mediação e conciliação on-line nos CEJUSCs, para dirimir os conflitos surgidos no período da pandemia do COVID-19 (novo Coronavírus). Espírito Santo ES, 23 abr. 2020. *Diário de Justiça eletrônico:* Vitória, ES, n. 6138, 23 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (São Paulo). *Provimento CG Nº 11/2020, de 17 de abril de 2020*. Disponível em: < https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/Provimento_CG_N11-2020.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020, 19:00:00.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (São Paulo). *Provimento CG Nº 12/2020, de 24 de abril de 2020*. Disponível em: < https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/ProvimentoCG12-2020.pdf >. Acesso em: 21 set. 2020, 20:03

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO (do Rio de Janeiro); CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA (Rio de Janeiro). Ato normativo conjunto n. 25/2020. *Boletim n. 167***,** ano 13, n. 8;20, Caderno I – administrativo, p. 2-3, 11 set. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO (do Rio de Janeiro); CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA (Rio de Janeiro). *Ato normativo conjunto n. 5/2020*. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/informes-presidencia/informe/-/visualizar-conteudo/10136/7094758. Acesso em 06 out. 2020, 15:08;00

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO (do Rio de Janeiro); CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA (Rio de Janeiro). *Ato normativo conjunto n. 4/2020*. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/informes-presidencia/informe/-/visualizar-conteudo/10136/7098303. Acesso em 06 out. 2020, 15:05:00

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Instrução Normativa Conjunta TJPE n. 5 de 25 de março de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Recife, n. 59/2020, p. 7-10, 31 mar.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Instrução Normativa Conjunta TJPE n. 6, de 08 de abril de 2020. *Diário de Justiça eletrônico* (CNJ): Recife, n. 66/2020, p. 4-5, 13 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. Central de Atendimento Judicial do TJCE mantém contato com o público por e-mail e whatsapp, 06 abr. 2020. Disponível em: https://www.tjce.jus.br/noticias/covid-19-central-de-atendimento-judicial-do-tjce-mantem-contato-com-o-publico-por-e-mail-e-whatsapp/. Acesso em 11 jul. 2020, 16:10:00.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. PROCESSO TRT/SP nº 1001720-10.2017.5.02.0001. Disponível em: https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10017201020175020001. Acesso em 30 out. 2020, 19:05:00.

VERASZTO, Estéfano Vizconde; SILVA, Dirceu da; MIRANDA, Nonato Assis de; SIMON, Fernanda Oliveira. Tecnologia: Buscando uma definição para o conceito. *Revista de Ciências e Tecnologia de Informação e Comunicação* (Prima.com), n. 7, p. 60/85, 2008. Disponível em:

https://ojs.letras.up.pt/index.php/prismacom/article/view/2078. Acesso em 08 jun. 2020, 17:34:00.

VERGILI, Gabriela Machado. *Análise comparativa entre direito à privacidade e direito à proteção de dados pessoais e relação com o regime de dados públicos previsto na Lei Geral de Proteção de Dados*, 18 set. 2019. Disponível em: https://dataprivacy.com.br/analise-comparativa-entre-direito-a-privacidade-e-direito-a-protecao-de-dados-pessoais-e-relacao-com-o-regime-de-dados-publicos-previsto-na-lei-geral-de-protecao-de-dados/. Acesso em 05 set. 2020, 16:03:00.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca*: O Ofício do Mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (who). *Coronavirus disease (COVID-19) pandemic*: press conference, 24 jun. 2020a. Disponível em: https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019. Acesso em 05 set. 2020, 15:02:00.

WORLD HEALTH ORGANIZATION; Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 13 mar. 2020b. Disponível em: https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020. Acesso em: 15 jun. 2020, 12:03:00.

YOSHIDA, Elias Yoshiaki. *Segurança, Criptografia, Privacidade e Anonimato*, 2001. Disponível em: https://www.ime.usp.br/~is/ddt/mac339/projetos/2001/demais/elias/. Acesso em 05 set. 2020, 16:03:00

A OUVIDORIA PÚBLICA: uma análise à luz da soberania popular, transparência e participação

Maria Victória Braz Borja Rodrigues
Universidade Federal do Oeste da Bahia
maria.borja@ufob.edu.br

Resumo: Os processos de construção da democracia no mundo não obedecem a padrões filosóficos ou práticos, mas se inserem na sociedade moderna com promessas similares, conforme será estudado nesse artigo. Algumas promessas se cumprem por meio de instrumentos de consolidação dos regimes de governo comprometidos com a participação, soberania do povo, controle social e outros valores, que aos poucos ganham institucionalidade nos Estados democráticos de direito. A ouvidoria surge como afirmação dos princípios celebrados pelas constituições democráticas na busca por maior investimento na cidadania e participação social dos sujeitos formadores do Estado. No Brasil, o respaldo legal precursor consta da Instrução Normativa n° 1 da Ouvidoria-Geral da União, órgão constitutivo da Controladoria-Geral da União, publicado em 2014. Com o surgimento de novos meios de participação para contornar a crise da democracia e ampliar as deliberações da política contemporânea, diversas iniciativas são tomadas pelos governos democráticos. A criação de mecanismos de participação pressupõe uma descentralização das decisões do Estado, ao delegar-se o poder. Dessa forma, a ouvidoria pública representa um meio pelo qual o Estado pode viabilizar o exercício do poder pela população, bem como é instrumento de controle social, a partir do qual os indivíduos podem exigir e cobrar respostas paras os diversas assuntos relacionados aos serviços públicos.

Palavras chave: democracia; soberania; participação.

INTRODUÇÃO

Este artigo dedica-se a analisar alguns conceitos relevantes para a construção da complexidade e aprofundamento da pesquisa, quais sejam: soberania, participação e confiança institucional do Estado. Tais reflexões são imprescindíveis para a concepção de democracia adotada neste trabalho e ademais, para a compreensão do papel da ouvidoria na solidificação da recente democracia brasileira. Neste intuito, há que caracterizar o instrumento da ouvidoria, desde seu surgimento até sua contextualização contemporânea, em breve análise, conforme observa-se a ao longo do artigo.

A realização desta pesquisa justifica-se em si mesma, pela relevância de retomar questionamentos sobre a democracia brasileira, que, além de recente e insólita, demanda espaço público de discussão, de problematização e de reflexão sobre ferramentas aptas para fortalecê-la, no sentido de concretizar garantias e direitos fundamentais e fazer valer a Carta Magna que rege o país.

Portanto, o problema de pesquisa que embase o presente estudo refere-se à "como pode a ouvidoria pública fortalecer a democracia brasileira, como instituição apta a fomentar a participação, a soberania do povo e a transparência do aparelho do Estado?". Na tentativa de responder à pergunta formulada, a pesquisa utiliza-se da metodologia predominantemente hipotético-dedutiva, cuja hipótese funda-se na utilização do espaço criado pela ouvidoria a partir de marcos legais e históricos para também criar arenas públicas de natureza habermasiana, nas quais a participação no discurso e a formação de consenso pelo diálogo conduz ao fortalecimento da democracia. Também se utiliza o método jurídico-social ou sociojurídico, que se vale da interseccionalidade entre a sociologia e o Direito, como metodologia de pesquisa que percebe o direito como fato social, enquanto a sociologia se coloca ao seu lado para compreender este fato para além da vertente estritamente normativa (DIAZ, 1998, p.156). Como técnicas de pesquisa, respalda-se na análise de obras literárias, portanto a técnica bibliográfica é responsável por construir o arcabouço teórico basilar para a confirmação da hipótese.

1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DO SURGIMENTO DA OUVIDORIA PÚBLICA NO MUNDO

Em um breve relato histórico, delinear-se-á a criação das ouvidorias no mundo, o contexto da sua implantação e as necessidades que foram postuladas para justificar sua existência. A figura do Ouvidor surgiu na China em 202 a.C. durante a dinastia "Ham". No Brasil, o ouvidor surge a partir do período colonial em 1549, quando Tomé de Sousa nomeou Pero Borges como primeiro ouvidor geral. Entretanto, a função era representar a justiça real portuguesa, bem diferente do ombudsman sueco e do conceito de ouvidor utilizado no país atualmente (FERLANTE, 2010).

Para o mesmo autor, as ouvidorias modernas surgiram na Suécia, por meio da promulgação da constituição de 1809, com a função de ser um canal de comunicação entre governo e sociedade. Com o fortalecimento da democracia

participativa, os países europeus começam a instituir o Ombudsman; e em seguida, a América Latina na década de 1980. Em 1995, é criado o Instituto Euro-Ombudsman, encarregado de receber as demandas da sociedade, instituições e empresas na União Europeia. Com o surgimento de novos meios de participação para contornar a crise da democracia e ampliar as deliberações da política contemporânea, diversas iniciativas são tomadas pelos governos democráticos. O exemplo brasileiro pode ser citado pela criação do orçamento participativo em Porto Alegre- RS, proposta mundialmente comentada (VENTURA, 2015).

A criação de mecanismos de participação pressupõe uma descentralização das decisões do Estado, ao delegar-se o poder. Dessa forma, a ouvidoria pública representa um meio pelo qual o Estado pode descentralizar seu poder para viabilizar o se exercício pela população, bem como é instrumento de controle social, a partir do qual os indivíduos podem exigir e cobrar respostas paras os diversas assuntos relacionados aos serviços públicos (ARRETCHE, 1999).

Nos países latino americanos, no final do século XX, foram criadas as ouvidorias públicas em: Porto Rico em 1977, Guatemala em 1985, México em 1990, El Salvador e Colômbia em 1991, Costa Rica, Paraguai e Honduras em 1992, Peru e Argentina em 1993, Bolívia em 1994, Nicarágua em 1995, Venezuela em 1997 e Equador em 1998 (LYRA, 2004). Segundo o autor, a primeira ouvidoria pública no Brasil surge em 1986, no Município de Curitiba, seguida pela criação da Ouvidoria Geral do Paraná, em 1991. Em 1992 o Ministério da Justiça cria a primeira ouvidoria pública federal, denominada Ouvidoria-Geral da República, que ao longo dos anos sofreu adaptações e tem vigência efetiva até os dias atuais.

Oficializado em 1809 na Suécia, o instituto Ombudsman, e ainda no decorrer do século XX, após passar por reformas administrativas, é replicado por vários países, que seguem seu exemplo na ampliação da participação pública nas decisões administrativas. Nesse país, o 'ombudsman' surgiu a partir do final da Guerra Finlandesa, da qual saiu vencedora a Rússia. (GOMES, 2000; BEZERRA, 2010). Helga Bezerra lembra que na Alemanha em 1959, foi proposta a criação do ombudsman chamado de Wehrbeauftragte des Bundestage, que significa "Comissário Parlamentar" para as forças armadas, com a finalidade de evitar as práticas militares, que ocasionaram a 2º Guerra Mundial (BEZERRA, 2010).

Nota-se que a configuração das atividades e denominações da figura preliminar do ombudsman sueco se apresenta de forma distinta em cada país, entretanto, Rowat (p. 39, 1973) enumera as seguintes características comuns à

ideia do referido agente: i) ele deve ser um funcionário independente, sem influências de partidos políticos ou representantes legislativos, ii) a previsão das suas funções deve ter respaldo constitucional; iii) deverá atuar como vigilante da administração pública; iv) sua ocupação envolve o recebimento de queixas específicas que versam sobre possíveis erros ou irregularidades administrativas; v) seu poder inclui a investigação, a criticidade e a publicização das ações administrativas, ainda que não possa revoga-las.

No Brasil, a primeira tentativa para criação do instituto remonta de datas anteriores a 1823, nos arredores da Constituição Imperial, por intermédio de um projeto para estabelecer uma espécie de juiz do povo (GOMES, 2000). Entretanto, essa ideia passou a ser realmente desenvolvida a partir do século XX, quando o Decreto nº 50.533 criava um instituto com as mesmas características do Ombudsman, mas foi revogado. Anos mais tarde, em 1976, por meio da Lei nº 6.385, em seu artigo 8º, parágrafo 3º, cria-se a Comissão Valores Mobiliários – CVM, que determina a possibilidade de recebimento de sugestões de usuários, o que no ano de 2012 foi inspiração para a instituição de sua ouvidoria. (CARDOSO; ALCÂNTARA; NETO, 2013).

Antes da denominada 'redemocratização' do Brasil, o cenário não assegurava formas de desenvolver o instituto do Ombudsman porque ele contrariava a cultura autoritária. A partir da década de 80, com o início do processo de redemocratização e em consequência da crise gerada pelo regime militar, iniciam-se as lutas sindicais com o objetivo de maior participação popular na política brasileira. No decorrer da década de 80, foi elaborado o Projeto de Emenda Constitucional nº 78, com o objetivo de criar uma Procuradoria Geral do Povo, tendo como finalidade a instituição de um tipo de defensoria dos direitos fundamentais da sociedade civil. (CARDOSO; ALCÂNTARA; NETO, 2013).

A partir de 1986, por meio do Decreto nº 92.700, cria-se o primeiro cargo de ouvidor-geral público do Brasil, na Previdência Social, com o objetivo de apurar as demandas sociais e zelar pela boa administração da Previdência. Nesse mesmo contexto, o Decreto nº 93.714 traz um instituto para defesa dos direitos do cidadão contra eventuais falhas, abusos e omissões da Administração Federal, que, apesar do respaldo legal, atuava de forma contrária às democracias mais modernas, rejeitando princípios da impessoalidade e publicidade. (CARDOSO; ALCÂNTARA; NETO, 2013).

Mesmo após o fortalecimento dos mecanismos de participação popular no Brasil, não foi estabelecida a figura do Ombudsman em conformidade com seus

caracteres originais, enquanto a maioria dos países democráticos realizou a implementação sem mudar a essência do modelo sueco, percebe-se que apenas a França, o Canadá e o Brasil adotaram-no com modificações. O marco legal brasileiro para o desenvolvimento dos institutos de participação popular foi a Constituição de 1988, que não fez menção ao instituto da Ouvidoria, mas estabeleceu os direitos e garantias fundamentais aos cidadãos brasileiros, disciplinando os mecanismos de participação popular; conforme os Artigos 5º e 37º. (BRASIL, 1988). Frise-se que o a República Federativa do Brasil abrigou em sua constituição uma concepção principiológica e normativa de democracia participativa: repersonalizante, conforme o artigo 1º, inc. III; solidarista, nos moldes do artigo 3º, inc. I; promocional, no artigo 3º, inc. IV, e participativo, artigo 1º, inc. II e V. (CARDOSO; NETO; ALCÂNTARA, 2013).

Outros países na América do Sul resolveram a missão do Estado para com o cidadão por meio da introdução da figura do Ombudsman nas suas constituições, o que não ocorreu no Brasil devido a influência do Congresso Nacional, durante a formulação da Constituição de 1988 (D'ARAÚJO, 2000). Ainda assim, é possível apontar que a Carta Magna traz em seu artigo 129 as funções do Ministério Público, que apesar de não vincular uma terminologia atinente à ouvidoria, de forma ampla, ele possui a missão de proteger os cidadãos contra as arbitrariedades, inclusive no âmbito da Administração Pública.

Como também a Emenda Constitucional 19 de 1998, com a inclusão do princípio da eficiência, traz um elemento orientador para a atuação da Administração Pública, um critério de fiscalização e cobrança dos gestores públicos pelos cidadãos brasileiros, de modo que as determinações constitucionais fomentam e preparam o terreno para a publicação de uma lei de ouvidorias em 2017, que desde o ano de 1999 tem seu projeto de lei iniciado , cujo texto tem grande contribuição de Manoel Eduardo Gomes (2016).

Sobre os critérios para definir tipologias de ouvidorias públicas no Brasil, Manoel Eduardo Gomes (2016, p. 17) investiga a racionalidade de cada modelo de ouvidoria para construir uma definição que leve em conta a tensão existente entre a sua dimensão funcional e a estrutural, ao estudar as possibilidades de intervenções burocráticas e políticas externas às ouvidorias. Como critério estrutural, o autor trata da institucionalidade das ouvidorias públicas, ponderando que o espaço institucional é aquele construído pelas relações sociais da esfera pública entre cidadãos e Estado, enquanto cabe ao critério funcional observar o objeto e o sujeito ativo de atuação da referida instituição.

Para Gomes (2016, p. 19), quanto ao critério funcional, o objeto das ouvidorias públicas relaciona-se com os serviços e outros atos administrativos, que incluem a formulação e execução de políticas públicas e que são praticados no bojo das relações funcionais ou contratuais com o poder público. Por sua vez, a sujeição ativa das ouvidorias depende dos sujeitos que atuam no controle das suas atividades, cujos exemplos extrapolam os órgãos e poderes do Estado para alcançar outros sujeitos reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, que legitima entidades extra estatais, como associações representativas para exercer o controle enquanto sujeitos ativos.

O elemento unificador entre as dimensões institucional e funcional da ouvidoria seria chamado de critério da racionalidade preponderante. Gomes (2016, p. 25) empresta alguns conceitos de Habermas, para identificar as ouvidorias que obedecem a princípios originados do mercado, dentro de uma racionalidade estatal sistêmica e estratégica, e aquelas ouvidorias que se localizam na sociedade civil, compostas por representantes efetivos nos processos de controle e embasados por práticas dialógicas.

Sobre as pressões que atuam sobre as ouvidorias, sejam no campo burocrático interno, seja na face político-partidária externa, para Gomes, a solução está no caminho escolhido pelas ouvidorias que surgem no Brasil sob o respaldo da vontade pública coletiva e cujos representantes exercem o controle pleno para apresentar, defender e contraditar os argumentos livremente. A tipificação ideal de ouvidoria, conforme os critérios mencionados, considera quatro possibilidades: a) ouvidorias internas, com autonomia ou com a participação da sociedade civil, b) ouvidoria de entidade de controle; c) ouvidoria intraorgânica, d) ouvidoria extraorgânica. (GOMES, 2016, p. 28-36).

As considerações preliminares sobre o surgimento das ouvidorias públicas no Brasil e no mundo levam ao seguinte questionamento: por que a figura do ombudsman, traduzido no Brasil como 'ouvidor', inventado há mais de duzentos anos, há apenas cinquenta anos começa a chegar aos demais países fora da Escandinávia? Acredita-se que as consequências das Guerras Mundiais tenham atingido tão fortemente as estruturas político-sociais, que a necessidade de proteger os direitos humanos, a ampliação da educação pública e da participação popular foi despertada de formas diversas.

A expansão da figura do ouvidor é uma dessas vias de facilitação do exercício das atividades governamentais, sob o ponto de vista do controle social dos atos da administração pública. Para Bruno Comparato (2016, p. 46), a

demanda por mais democracia e compartilhamento no exercício dos poderes foram as bandeiras dos movimentos sociais desde a década de 1960 e diversas experiências surgiram a partir de então, uma delas a da implantação da ouvidoria pública no Brasil.

Se o Direito respaldou tantas atrocidades atentatórias da própria humanidade no contexto das duas grandes Guerras Mundiais e as décadas posteriores aos anos 1950 vieram para cobrar uma justiça desatrelada do positivismo puro e atenta aos direitos humanos universais, essa realidade tardou a chegar nos países latino-americanos. As décadas de 1960 a 1980 foram marcadas por governos totalitários e herdeiros das práticas ditatoriais que reverberaram desde o velho mundo até as primeiras colônias, do outro lado do Oceano Atlântico, em processos imperialistas de dominação e separação do mundo, até a formalização do fim da Guerra Fria. Muito recente é a democracia latino-americana e seu compromisso com a solidificação da cidadania ainda é uma promessa não cumprida, como asseveraram todos os autores mencionados até aqui. Alguns elementos constitutivos dessa democracia em fase de implantação, como a soberania do povo, a participação popular e a transparência das ações do Estado são temas de atenção deste artigo.

2. A SOBERANIA DO POVO E A CRISE NO ESTADO DE DIREITO

A soberania do povo é um processo, afirma Habermas (1997b, p. 249), e tem o nascedouro no espírito revolucionário que tanto se transformou desde a Revolução Francesa às que lhe seguiram, fundando uma modernidade cuja consciência revolucionária se embasa em três elementos: a percepção histórica de rompimento com a tradição; uma prática política de autodeterminação; e a confiança no discurso racional que seja capaz de legitimar o poder político como um todo. Não se atendo aos detalhes da Revolução Francesa em si, o autor conclui que suas contribuições para as ideologias políticas dos séculos XIX e XX foram relevantes, porque ela se estruturou na forma de discursos do direito racional. Todas as discussões que nasceram a partir desse marco, entre democratas e liberais, anarquistas e socialistas, conservadores e progressistas são ainda proveitosas na esteira de uma construção argumentativa. (HABERMAS, 1997b, p. 250-254).

Remonta-se a Rousseau o conceito de contrato social que consubstancia a sociedade civil ou política, estando vocacionado a superar a oposição entre o

Estado e o indivíduo, que a partir de então não estariam mais em conflito. Se o contrato social é nascedouro da sociedade civil, com advento no exercício da vontade geral das pessoas constituintes do Estado, vale dizer que a soberania do povo será critério de definição de todo Estado ou República, mas não determinará nenhum modelo específico de governo. Para o filósofo, ainda que a soberania e o governo estejam sempre envolvidos em uma relação próxima em qualquer forma de Estado, eles possuem naturezas distintas. (ROUSSEAU, 2009).

A soberania aparece como princípio do direito político para Rousseau, e seu contrato social é o instrumento pelo qual a multidão de pessoas se torna 'povo', quando a sociedade civil se associa em nome de uma vontade geral, chamada 'soberania do povo'. Nesse contexto, o questionamento que se levanta é sobre a concretude da potência da vontade do povo, se de um lado há substrato teórico formal para a República estar respaldada na soberania, por outro lado há uma prática política que deve expressá-la concretamente no governo do Estado. Há que se conceituar a soberania para o filósofo como "ato puro do entendimento que raciocina", trata-se de um princípio formal e normativo do Estado, definido a partir do seu contrato social. Reconhecida portanto como vontade geral uníssona, e nunca multiplicidade de vontades individuais, Rousseau (2010) entende que o bem comum é a vocação deste Estado enquanto pessoa pública, cujas normas serão feitas por todos para se aplicar a todos, sempre pensando em um corpo único, cuja universalidade da razão é absoluta e inquestionável.

Nessa esteira, formula-se uma contradição premente, se o povo é soberano, enquanto exercente de uma vontade geral, e de forma ativa participa da autoridade soberana como cidadãos, por outro lado, o Estado impõe suas normas ao povo, que aparece no lugar de súdito, contrariamente, em uma condição de passividade frente ao Estado. Rousseau busca a solução para tal questionamento no papel do Governo, para ele "o governo faz na pessoa pública o que a união da alma e do corpo faz no homem" (2010, p. 59-60), porque representa a conexão entre a generalidade da legislação e a particularidade das condições dos 'súditos', e exerce um equilíbrio político – fato que, para o filósofo, nunca fora compreendido pelos legisladores. Entretanto, falta na teoria rousseauniana, aspectos de definição e especificação das formas possíveis de governo, restando-lhe repetir a máxima do poder soberano do povo como principal característica da república.

Há que se contrastar as ideias de Rousseau com as de Fröbel, porque este segundo autor consegue aliviar a tensão entre os princípios de igualdade e liberdade quando não aceita a interpretação concretista da soberania do povo proposta por Rousseau, considerando-a reducionista, já que não inclui a possibilidade de não identificação entre razão e vontade geral. Para Fröbel, deve haver um processo capaz de formar opinião e vontade pública, que não necessariamente é detentora da razão ainda que potencialmente carregue consigo sua suposição, isso significa dizer que dentro do conceito de soberania há espaço para a pluralidade de convicções – o que se mantém unificada é a finalidade do bem público (HABERMAS, 1997b, p. 262). A potencialidade de melhores decisões reside no maior grau de educação e liberdade para todos os cidadãos, inclusive dentro de organizações e partidos políticos capazes de multiplicar as discussões, argumentos e canais de comunicação para a formação da vontade da maioria soberana.

Para Habermas (1997b), a soberania atual não pode mais se limitar aos conceitos de Rousseau, Fröbel ou Arendt, é necessário dar um passo mais largo, bem como é necessário alargar a concepção mesma de constituição. Ainda que estática na forma, a constituição nas sociedades complexas deve possuir uma dinâmica interpretativa apta a racionalizar o mundo da vida. O que há de ser melhorado no Estado democrático é a institucionalização dos mecanismos de formação racional e coletiva da vontade, não subsumida aos objetivos concretos dos seus sujeitos.

Dizer que a constituição merece interpretação dinâmica não é reduzir a grupos específicos de opinião pública a soberania do povo, pelo contrário, é atentar-se para as influências dos intelectuais detentores do 'poder da palavra', é garantir uma opinião pública informal sempre vigilante, cuja deliberação seja responsável e respaldada em procedimentos democráticos. Habermas fala de uma participação ampla, ativa e difusora para o exercício da soberania do povo, realizada por meio de associações livres, espaços públicos autônomos que tenham conseguido perceber que a dimensão da cultura não está identificada com as estruturas de classe. (HABERMAS, 1997b, p. 275-278).

O Estado de Direito estabelecido nas sociedades complexas traz consigo a legitimação democrática do legislador e a divisão de poderes como condições para definição de critérios que possam oferecer igualdade jurídica às pessoas, frente às desigualdades de fato. Entretanto, quanto mais responsabilidade sobre a regulação política e estruturação social o direito assumir, maior será o peso de

legitimação carregada por ele. Habermas entende que as sociedades complexas tendem a autonomizar a administração pública, em razão das múltiplas funções do Estado, o que pode impedi-la de obedecer a gênese democrática do direito, gerando um poder ilegítimo (HABERMAS, 1997b, p. 171-173).

O Estado social cria a necessidade de proteção dos direitos individuais a partir de um sistema de proteção jurídica coletiva, que se coaduna com a crescente autonomia do poder administrativo para caracterizar a crise do Estado de Direito das sociedades complexas. Isso porque, o desatrelamento da administração pública com as normas do Estado de Direito ocasiona na perda de neutralidade das decisões, deixando para o poder administrativo a responsabilidade sobre a fundamentação e a aplicação das normas, tarefas que legitimamente pertencem ao legislador. Para Habermas, o poder administrativo não possui os pressupostos comunicacionais nem procedimentais para exercer a normatização do Estado – ao eleger a tecnocracia e a perspectiva empirista momentânea para definir suas decisões, o Estado de Direito se esvazia dos seus princípios institucionais, carecendo de objetivação, e por conseguinte, de legitimidade. (HABERMAS, 1997b, p. 180).

A sociedade pós-metafísica deve encontrar seu respaldo na democratização progressiva, em substituição ao caráter divino que lhe concedia autoridade antes dos processos de secularização do poder. O Estado de direito deve firmar na democracia a base racional e discursiva que assume o lugar do sagrado, sob pena de perder sua substância. Para Habermas, as constituições dos Estados democráticos têm uma grande importância nesse processo, ao passo que sua interpretação é capaz de assegurar a ideia de sociedade civil organizada em formas institucionais adequadas e a solidariedade social.

Este último há de ser um valor supremo para o Estado de direito, que apesar de se encontrar em crescente degeneração, pode ser recuperado por meio de práticas de autodeterminação comunicativa, o que significa que os sujeitos de direitos devem entender-se entre si para compreender e solucionar os conflitos cotidianos, enquanto o caráter formal do Estado limita-se à criação dos critérios necessários para essa compreensão mútua e intersubjetiva. A teoria do discurso proposta não se mostra doutrinadora nem totalitária, pois pressupõe uma discussão contínua de todos os sujeitos de direitos, seja para a interpretação da constituição ou para a compreensão mesma da condição paradigmática do direito. (HABERMAS, 1997b, p. 188-190).

O Estado de Direito encontra-se em crise desde sua instituição, resta claro essa premissa a partir da construção teórica formulada até então. A aliança entre o público e o privado não se tornou sólida o suficiente para adoção de um governo cujo objetivo perseguido seja o bem comum, ou seja, a relação entre a soberania do povo e o exercício do governo não caminham juntos no atual Estado Democrático de Direito.

3. A PARTICIPAÇÃO SOCIAL E O ESVAZIAMENTO DA CONFIANÇA INSTITUCIONAL

O esvaziamento de sentido do Estado democrático de direito descrito anteriormente, que se desenha a partir da crescente autonomização da administração pública, ao deslocar para si tarefas do legislador e considerar-se apta a gerir a si mesma e aos seus cidadãos sem os procedimentos formais e materiais adequados, marca as sociedades complexas no período atual, preso entre uma modernidade inacabada e uma pós-modernidade em construção. Para Habermas, a crise no Estado é também reflexo dos problemas de definição e exercício da soberania do povo, que ainda não demonstra um processo de democratização pleno.

Tendo em vista que as dificuldades encontradas para reforçar a legitimidade do Estado recaem sobre suas instituições, a descrença no próprio Estado significa a ausência de confiança nos poderes legislativo, executivo e judiciário, alcançando todos os setores sociais e políticos, especialmente pelo descumprimento dos pressupostos democráticos básicos que se discutirão a seguir: a transparência das decisões do Estado e a participação dos sujeitos de direitos nas referidas decisões. O objeto da presente pesquisa, conquanto considera a relevância da ouvidoria universitária como espaço de participação popular por meio do diálogo, do espaço coletivo de discurso, da deliberação a partir da educação libertadora, é um exemplo da proposta habermasiana da ação comunicativa, conforme é possível compreender a seguir.

Inicialmente, cumpre elucidar de que se trata transparência e participação social. Para Habermas, o princípio da democracia só pode nascer de um sistema de direitos, no qual a gênese do código do direito deve ser a mesma do procedimento de produção desse direito, nos moldes em que será legítimo. Nessa esteira, o sistema é composto pelos direitos que os cidadãos devem atribuir-se

reciprocamente para regularem sua convivência, e pelos meios para formação do direito positivo – aqui considerado como direitos legítimos e formais. O autor elege cinco categorias de direitos fundamentais: i) direito de ter acesso à maior medida de liberdades subjetivas da ação; ii) direito a ser membro em uma associação voluntária de parceiros do direito; iii) direito de proteção jurídica individual através da possibilidade de postulação judicial; iv) direito à autonomia política, por meio da qual os sujeitos criam um direito legítimo, que apenas pode ser alcançado quando há participação em igualdade de chances nos processos de formação de opinião e da vontade; e por fim, v) direito às condições de vida necessárias para a realização dos direitos descritos anteriormente. (HABERMAS, 1997a, p. 159-160).

O direito à participação dos sujeitos nos processos decisórios, ou participação popular, é caracterizado como indispensável à construção do direito legítimo, fundador de um Estado efetivamente democrático, e que se relaciona diretamente com o princípio do discurso. Os sujeitos de direitos, que para Habermas, são ao mesmo tempo criadores do direito e seus destinatários, estão imbricados de forma circular na avaliação dos direitos que eles mesmos criam, respaldados pelo princípio do discurso. Esse processo de autolegislação demonstra a legitimidade do Estado democrático de direito, quando ele garante as condições necessárias para o exercício da participação dos seus cidadãos. Infere-se, portanto, que o legislador constitucional confere ao princípio do discurso o lugar de princípio da democracia, porque ele é a representação do papel da sociedade civil, com a participação de todos os potencialmente atingidos pelas normas.

Um conceito chave para o direito à participação aqui discutido é a liberdade comunicativa de Habermas, que deve ter duas acepções indispensáveis, a primeira atine ao uso da linguagem orientada para o entendimento das pessoas, enquanto a segunda, de caráter institucional, refere-se à juridificação da liberdade comunicativa como uso político, porque deve haver uma formação política da opinião e da vontade assegurada juridicamente. São as normas asseguradoras dos processos discursivos de consulta e decisão que garantem a forma e o procedimento para a produção do direito legítimo, o que ora é denominado de participação popular, e pressupõe a simetria na liberdade comunicativa, portanto, simetria na titularidade de direitos pelos cidadãos. (HABERMAS, 1997a, p. 164).

Por fim, sobre o direito de participação identificado no princípio do discurso, Habermas menciona a tensão entre facticidade e validade como a tensão

entre a positividade e a validade do direito, que pode ser reduzida quando o sistema de direitos afiança ambas, autonomia pública e autonomia privada. Essa ideia pode ser ilustrada pela confirmação da liberdade comunicativa como uma liberdade subjetiva, ou seja, os direitos de participação e de comunicação devem estar expressos de forma que os sujeitos possam decidir se vão utiliza-los e como se dará tal utilização, sempre a partir de uma perspectiva simétrica, formal e juridicamente institucionalizada. (HABERMAS, 1997a, p. 165-168).

No Brasil, a Constituição Federal propõe o sentido de participação cidadã, ao superar a categoria de participação popular cunhada na década de 1960 até o advento da Carta Magna (LAVALLE, 2011), quando trouxe diversos instrumentos legais aptos a instituir a participação dos cidadãos nos processos decisórios do Estado democrático brasileiro. Entretanto, para o autor, ainda que existam propostas efetivamente participativas no ordenamento nacional que repercutem em políticas públicas, seja na esfera de produção, acompanhamento ou avaliação destas, como os orçamentos participativos, planos diretores e planos plurianuais, falta a teorização acerca dos efeitos produzidos pelos institutos de participação, porquanto apenas se evidenciam como experiências práticas, mas não como consubstanciação de uma teoria democrática de efeitos emancipatórios. Enquanto a trajetória e os sentidos da participação são olvidados em detrimento de experiências pontuais de participação, não será possível construir conhecimento sistemático sobre seus efeitos no Brasil.

A participação dos sujeitos de direitos na sociedade complexa trata-se de instrumento de legitimidade, como se analisou até o momento, engendrando o princípio do discurso como princípio democrático primário, especialmente em um momento de grande fragilidade para os regimes democráticos no mundo, seja em razão da crise de legitimidade tratada anteriormente, seja pelo esvaziamento da credibilidade do Estado, cuja indefinição nas funções dos três poderes só poderia ocasionar ausência de confiança e de significado institucional.

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro consagra uma pletora de instrumentos que preconizam a participação de diversos segmentos da sociedade, tudo na busca da legitimidade no exercício do poder, em face da descrença generalizada nos meios de exercício da democracia representativa (FERRAZ, 2006, p. 264).

Após o esclarecimento dos contextos de soberania e participação social no pretenso Estado democrático de direito atual, há que tratar do tema da fragilidade deste mesmo Estado caracterizada pelo esgotamento gradativo da

confiança no papel do Estado, que se equivoca nas suas atividades executivas, legislativas e judiciais. Quando o escopo jurídico não está respaldado na eficácia social, a tensão entre facticidade e validade da norma se aumenta, e pode-se observar a não identificação na gênese da norma com a vontade dos sujeitos, porque não está obedecido o princípio maior da democracia, qual seja a concretização da teoria do discurso. Se as pessoas não participam ativamente – ou não possuem o direito potencial de participar – da formatação das decisões do Estado, elas não se identificam na norma que lhe submete, reforçando o problema de legitimidade e reduzindo sua confiança no poder administrativo.

A crise da credibilidade no Estado de direito nasce justamente da desidentificação entre o código do direito e o processo para sua criação, se o poder administrativo se afasta da juridificação do processo deliberativo, exercendo seu poder de decisão por si mesmo, a sociedade que lhe compõe e é titular da soberania e da liberdade comunicativa não se vê refletida na norma, seja na esfera pública ou privada. Um Estado que desrespeita o princípio do discurso é um ente institucionalmente fraco, que não merece ou não exerce a confiança dos seus cidadãos. Sobre o tema, Anthony Giddens escreve sobre a confiança na modernidade (1991, p. 73), escrevendo sobre sistemas peritos ou abstratos.

Para o autor, a modernidade está marcada pelo aumento progressivo nas distancias entre espaço e tempo, na qual ocorrem concomitantemente processos de desencaixe – caracterizados pela reorganização das relações sociais, por meio dos mecanismos de fichas simbólicas e sistemas peritos. Tanto as fichas simbólicas, como dinheiro, quanto os sistemas peritos, órgãos ou setores dotados de conhecimento técnico ou científico que exercem poder sobre os demais, são exemplos da reorganização social moderna, no mundo globalizado. Giddens acredita que o desenvolvimento dos mecanismos de desencaixe depende que as pessoas depositem neles confiança contínua. (GIDDENS, 1991, p. 79).

Os sistemas peritos se apresentam como tema necessário à pesquisa que se desenvolve nesta tese, ao passo que o autor sobredito localiza o Estado como sistema perito, a partir de todas as suas instituições exercentes de poder por meio das atividades técnicas desempenhadas. O contraste na sociedade moderna se verifica entre os peritos e os leigos, os primeiros como detentores de conhecimentos específicos, e os segundos como consumidores/clientes daquele sistema. Para tal relação possuir funcionamento, dois elementos são indispensáveis: fidedignidade específica na atividade desenvolvida e demonstração de conhecimentos ou habilidades não acessíveis aos leigos; a

postura profissional, então, que se mostra nos episódios de encontro entre leigos e peritos, chamados compromissos com rosto, são responsáveis pela segurança e respeito existente na relação construída – é nesse momento que se encurta a distância entre espaço e tempo, reduzindo-se o desencaixe. Ademais, internamente, esses sistemas são avaliados conforme seus códigos de ética profissional, que se coadunam aos elementos citados. (GIDDENS, 1991, p. 80-83).

Os conhecimentos peritos podem ser alcançados ou atualizados por fontes diversas, como os meios de comunicação, tanto para os próprios peritos técnicos quanto para os leigos. As experiências absorvidas nas relações entre eles, entretanto, podem reforçar a confiança, quando os operadores e fornecedores dos sistemas abstratos desempenharem suas funções de forma adequada, como podem originar reações negativas, o cinismo resignado daqueles que seguem submetendo-se à relação ou o desengajamento completo do sistema, em situação extrema.

O governo moderno depende de uma complexa série de relações de confiança entre os líderes políticos e a população. Os sistemas eleitorais podem ser vistos não apenas como meios de assegurar a representação dos interesses, mas como maneiras de institucionalizar pontos de acesso conectando políticos com a massa da população. Manifestos eleitorais e outras propagandas são métodos de demonstrar confiabilidade, e uma boa parte do reencaixe ocorre geralmente aí — bebês são embalados, mãos apertadas etc. Dever-se-ia observar, contudo, que o desengajamento dos sistemas governamentais é hoje quase impossível, dada a disseminação global dos estados-nação. Pode-se conseguir sair de um país em que a política governamental é particularmente opressiva ou desagradável, mas apenas para entrar no território de um outro estado e tornar-se sujeito à sua jurisdição. (GIDDENS, 1991, p. 84).

Para Habermas, um tema relevante na discussão sobre confiança nas instituições de Estado passa pela formação da opinião pública de qualidade, caracterizada conforme elementos procedimentais no seu processo de criação. Tal processo deve ser instituído segundo uma participação ampla, com informações e argumentos racionais, que possibilitem a controvérsia e a expressão de opiniões sobre ela, na busca não por generalidade, mas pela inclusão suficiente de participantes. O autor afirma que a opinião pública possui a capacidade de exercer grande influência sobre a política, quando os processos

comunicativos incidem persuasivamente sobre os processos eleitorais, por exemplo. (HABERMAS, 1997b, p. 93).

A persuasão produzida pela opinião pública depende da sua reputação, ou seja, da confiabilidade que ela exerce sobre a sociedade, capaz de exercer influência sobre suas convicções. Habermas conceitua a influência como um adiantamento de confiança sobre possibilidades ainda não testadas, e cujo poder pode interferir sobre governos, parlamentares, tribunais e outros entes relevantes na tomada de decisões do Estado. Nessa esteira, o autor menciona a publicidade como espaço de influência sobre a política, assim como as opiniões de alguns grupos de pessoas, como igrejas, cientistas, artistas, literários, aqueles que conquistaram prestígio por meio de sua reputação construída em esferas públicas especiais, e cuja influência política apenas poderá representar poder político após passar por processos institucionalizados (HABERMAS, 1997b, p. 94-95).

Existem, portanto, diversos espaços na esfera pública, dentre eles a mídia, organizações não governamentais, artistas, e também grupos de interesses específicos que se inserem nesse espaço para influenciar o poder político favoravelmente a si. Habermas pontua a necessidade de criação de uma comunicação pública onde os sujeitos privados possuam os mesmos direitos de participação e de assentimento sobre temas que lhe pareçam relevantes, com linguagem compreensiva e capaz de convencer, de forma ética, todos os envolvidos no discurso.

É evidente que nem todos os sujeitos serão atores em todo momento, pois há distinções entre oradores, organizadores e ouvintes nas arenas públicas de debate, bem como há arenas e galerias – ou seja, espaços de fala e de escuta. O que se torna indispensável é que os argumentos sejam compreensíveis e o assentimento ou discordância seja possibilitado às pessoas virtualmente atingidas. Ademais, não se pode manipular, forçar ou comprar as opiniões públicas, sob pena da perda de credibilidade das instituições. (HABERMAS, 1997b, p. 96).

A credibilidade do poder político e das decisões tomadas pelo Estado deriva diretamente da criação de espaços comunicativos para a esfera pública ecoar sua voz, para que as decisões sejam justas, compreensivas e amplamente discutidas por todos os sujeitos potencialmente envolvidos, para que as influências exercidas por grupos de poder não sejam impostas ou individualistas, e, principalmente, para que sejam consideradas legitimamente produzidas. Voltando-se ao tema principal da presente pesquisa, observa-se a ouvidoria como um espaço de produção de opinião pública de qualidade no contexto da

universidade, onde todos os membros da comunidade possuem a aptidão de se manifestar sobre as decisões da administração pública, confirmando a proposta habermasiana estudada até aqui.

A disponibilização de espaços para o exercício da liberdade comunicativa é uma demanda do Estado democrático de direito, na garantia de sua legitimidade, da soberania do povo e do direito de participação social, conceitos discutidos no presente capítulo. A solidificação do princípio da democracia como princípio do discurso há de ser a base para a construção de uma sociedade ética e justa, e de um Estado baseado no direito, concebido pelos sujeitos que são também destinatários da norma.

Os sujeitos são providos da razão, condição que os diferencia das demais espécies, e como seres humanos capazes de reflexão e argumentação, devem desenvolver essas habilidades para que não se atrofiem. Dessa forma, o aperfeiçoamento das habilidades reflexivo-argumentativas no Estado moderno conduziu o ser humano às atividades técnicas, a buscar conquistas operacionais em detrimento das interações sociais, levando-o a desconsiderar suas capacidades racionais, como liberdade, autonomia e solidariedade. (HANSEN, 2012, p. 102).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversas expressões são empregadas para descrever experiências de deliberação democrática sobre as questões éticas e científicas postas à sociedade contemporânea: governança urbana, gestão de proximidade, nova administração pública, modernização da administração local, democracia participativa, descentralização administrativa, empoderamento do cidadão. (BACQUÉ; REY; SINTOMER, 2005). A seara de discussão acerca das práticas de democracia participativa são amplas e merecem atenção especial no atual contexto de descrédito institucional, de modo que a ouvidoria pública se mostra um mecanismo viável não apenas na definição e formulação das políticas públicas, mas possuem caráter decisivo na sua implementação. (COMPARATO, 2016, p.45).

O estudo da ouvidoria pública novamente é apontado como necessário para definir e compreender o seu papel como locus de manifestação da vontade e da formação da opinião pública, no microcosmos onde está localizada, ajudando no processo de expansão das capacidades dos sujeitos e do desempenho da sua liberdade comunicativa. Esse estudo também pretendeu

analisar a ouvidoria na extrapolação das suas funções tradicionais, quais sejam o recebimento e encaminhamento de demandas, para alcançar soluções para os conflitos de interesses das pessoas, com a finalidade ampliada de busca da justiça e da equidade social. Portanto, responde-se à pregunta de pesquisa formulada inicialmente, ao se afirmar que a ouvidoria está apta a criar espaços onde os sujeitos estarão mais capacitadas para realizar uma argumentação compreensiva na formação da vontade coletiva, participando dos processos decisórios na esfera pública e consolidando o preceito fundamental da soberania do povo.

REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta T. S. *Políticas sociais no Brasil*: descentralização em um Estado federativo. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo , v. 14, n. 40, p. 111-141, June 1999 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091999000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 09 Jan. 2020.

BACQUÉ, M.; REY, H.; SINTOMER, Y. (Orgs.). *Gestion de proximité et démocratie participative:* une perspective comparative. Paris: La Découverte, 2005. 440 p.

BEZERRA, Helga Maria Saboia. *Defensor do povo*: origens do instituto Ombudsman e a malograda experiência brasileira. Direito, Estado e Sociedade. n. 36. Pg. 46 a 73. Jan/jun 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*., Diário Oficial da União: Seção 191-A, Brasília, DF, P. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 8 dez. 2019.

BRASIL. *Instrução Normativa n. 01 de 2014*. Ouvidoria-Geral da União. Disponível em https://www.gov.br/ouvidorias/pt-br/ouvidorias/legislacao/instrucao-normativa. Acesso em 07 out. 2020.

CARDOSO, A. S. R.; ALCÂNTARA, E. L. C.; NETO, F. C.L. *Ouvidoria Pública e Governança Democrática*. Repositório do Conhecimento do IPEA, http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5928. Acesso em: 26 set. 2020.

COMPARATO, BRUNO. *Ouvidorias públicas como instrumentos para o fortalecimento da democracia participativa e para a valorização da cidadania*. In: Ouvidoria Pública Brasileira: reflexões, avanços e desafios. Ipea, Brasília: 2016. p. 43-54.

D'ARAÚJO, Maria Celina. *O Estado Novo*: descobrindo o Brasil. São Paulo: Zahar, 2000. 67 p.

DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Barcelona - Madrid: Marcial Pons, 1998. 205 p.

FERLANTE, Neile G. Ribeiro. *Ouvidoria no Brasil*. São paulo: Universidade Federal de São Paulo, 2010. 7 p.

FERRAZ, Luciano. *Novas Formas de Participação Social na Administração Pública*: Conselhos Gestores de Políticas Públicas. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. n. 15, set/nov. 2008. p. 1-10. Disponível em htttps://www.direitodoestado.com.br. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. 180 p.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas: 2000. 1022 p.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo. *Modelos de ouvidorias públicas no brasil*. In: Ouvidoria Pública Brasileira: reflexões, avanços e desafios. Ipea, Brasília: 2016. p. 13 - 42

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. 354 p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. 354 p.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade:* doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa, Rodney Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 540 p.

HANSEN, Gilvan Luiz. *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, p. 99-120.

LAVALLE, Adrián Gurza. *Participação*: valor, utilidade, efeitos e causa. In: PIRES, Roberto Rocha C.. (Org) Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação. Brasília: Ipea, 2011. p. 33-42.

LYRA, Rubens Pinto. (Org.). *Autônomas x Obedientes*: A ouvidoria Pública em debate. Editora Universitária da UFPB. João Pessoa, PB, 2004. 172 p.

LYRA, Rubens Pinto. *A ouvidoria pública no Brasil:* modelos em disputa (organizador e co-autor). João Pessoa: Ed. Universitária, 2014. 350 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*; tradução de Paulo Neves – Porto Alegre: L&PM, 2010. 160 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Textos autobiográficos e outros escritos*; tradução, introdução e notas Fúlvia M. L. Moretto – São Paulo: Editora UNESP, 2009. 184 p.

ROWAT, Donald. *El Umbudsman*. Trad. Eduardo L. Seárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

VENTURA, Kátia Santiago. *Acessibilidade na transparência ativa*: a aplicação das tecnologias para implementação da Lei de Acesso à Informação. Informação e Tecnologia- ITEC, v. 2, n. 2, p. 71- 87. João Pessoa: PB, 2015.

AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E O TRATAMENTO DE DADOS GENÉTICOS PELOS PLANOS DE SAÚDE

Melissa Mayumi Suyama Ferrari
Universidade Estadual de Londrina (UEL), Mestranda em Direito Negocial, Londrina, Brasil, melissa.ferrari@uel.br

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador
Universidade Estadual de Londrina (UEL), Professora adjunta do departamento de Direito Privado e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Londrina, Brasil, rita.tarifa@uel.br

Resumo: Com o avanço das biotecnologias e a velocidade que se perpetua a circulação de dados e informações, emerge a discussão acerca do tratamento dos dados genéticos, como dados pessoais sensíveis, pelos planos de saúde, avaliando as diretrizes trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados. Nesse mister, considerando a saúde suplementar e, por conseguinte, os planos de saúde, objetiva-se demonstrar a extensão e abrangência do §5º do art. 11 da Lei n. 13.709/2018 – LGPD –, considerando a autodeterminação informativa e a natureza desses dados. A pesquisa se justifica pelo crescente número de diagnósticos e exames genéticos realizados, sobretudo no âmbito dos planos de saúde. Diante do exposto, preliminarmente trata-se a respeito da estrutura da saúde brasileira para adentrar no âmbito suplementar e na discussão acerca da cobertura – ou não – por parte dos planos de saúde, de procedimentos envolvendo reprodução artificial e "exames anexos". Na sequência, analisa-se o aconselhamento genético e o diagnóstico genético pré-implantacional, até adentrar propriamente na análise dos dados genéticos com base na LGPD. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, partindo de premissas gerais e aplicando-as no caso em tela, enquanto a metodologia fundamenta-se, preponderantemente, na análise de obras de Direito Constitucional, Direito Civil, Empresarial e Biodireito, bem como no exame legislativo nacional e internacional, especialmente, da Constituição Federal brasileira, Lei de Planos de Saúde, Lei Geral de Proteção de Dados e Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Por fim, conclui-se pela impossibilidade do uso de dados genéticos para limitar, restringir ou determinar a adesão/cobertura/exclusão de segurados e familiares por parentesco, sob pena de configuração de prática abusiva com base no Código de Defesa do Consumidor, violação da boa-fé objetiva e das diretrizes trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Palavras-chave: Consentimento; Dados pessoais sensíveis; Diagnósticos genéticos; Lei Geral de Proteção de Dados; Saúde suplementar.

INTRODUÇÃO

A saúde corresponde a um direito social, erigido a fundamental com a Constituição Federal de 1988. Apesar de evidenciar um dever do Estado, não recai em monopólio público, de modo que a sua prestação é autorizada à seara privada. No meio particular, por seu turno, a saúde abre margem para saúde complementar e saúde suplementar. É nesse último campo, que a iniciativa privada dá azo à atuação dos planos de saúde.

Posto isto, há que se ponderar que no cenário atual tem-se verificado um aumento na busca e realização de exames genéticos como o aconselhamento genético e o diagnóstico genético pré-implantacional, testes que muitas vezes são cobertos pelos planos de saúde. Ocorre que desses diagnósticos são extraídos dados genéticos, que compõe a seara dos dados pessoais sensível. Assim, o estudo se justifica, portanto, em virtude do crescente número de dados genéticos extraídos desses exames, sobretudo cobertos e postos à disposição dos planos de saúde.

Nesse mister, o problema gira em torno da abrangência – ou não – do §5º do art. 11 da Lei n. 13.709/2018, sobretudo à luz da autodeterminação informativa. Logo, pretende-se demonstrar que ao vedar a realização da seleção de riscos, por parte dos planos de saúde, com base em dados pessoais sensíveis, a Lei Geral de Proteção de Dados tutelou não apenas os sujeitos daquele exame/diagnóstico, mas também as pessoas que com eles possuem parentesco.

Por fim, utiliza-se do método dedutivo, partindo de premissas gerais quanto a estrutura da saúde na ordem jurídica brasileira e as balizas desses exames genéticos, aplicando-as no caso em tela. A metodologia, por sua vez, fundamenta-se, mormente, na análise de obras de Direito Constitucional, Direito Civil, Empresarial e Biodireito, bem como no exame legislativo nacional e internacional, especialmente, da Constituição Federal brasileira, Lei de Planos de Saúde, Lei Geral de Proteção de Dados e Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

1. Direito fundamental à saúde e a funcionalização dos planos de saúde

Diante dos paradigmas vivenciados pela ordem jurídica brasileira, é possível vislumbrar a trajetória do direito à saúde até sua inserção na Carta Constitucional como um direito social, erigido como fundamental ao lado de garantias individuais como a liberdade. A "adjetivação" da República Federativa do Brasil como um Estado democrático possibilita conceber a saúde como um direito difuso e dever do Estado, competindo a este, no exercício de um duplo papel, assegurar ativamente o acesso igualitário, indiscriminado e universal a todos e, simultaneamente, abster-se a fim de não produzir um mal maior.

Nesse mister, o constituinte inseriu a saúde como um direito fundamental pela primeira vez na Constituição Federal de 1988. Apesar de constar nas anteriores,[1] era mencionada em dispositivos esparsos, mais como um "favor" do que propriamente um direito (SILVA, 2015, p. 311-313). Na fase do estado-mínimo, ungido por fortes traços liberais e voluntaristas, o direito, a ética, a política, as relações trabalhistas, a economia e a sociedade renderam-se à vontade irrestrita dos particulares. Inserido no chamado paradigma clássico, o predomínio do privado sobre o público era de tal ordem, que as relações dos indivíduos se pautavam na chamada autonomia da vontade. O direito público se fazia presente, mas como ferramenta à serviço dos interesses particulares.

> A liberdade sob tal prisma, era "absoluta"; as restrições a ela tinham unicamente tinham unicamente o condão de proteger as liberdades dos demais indivíduos. A autonomia dos privados contrapunha-se à ordem pública e/ou interesses da coletividade, os quais somente em pouquíssimos setores, considerados estratégicos, podiam prevalecer sobre os interesses dos privados. Tal concepção, denominada liberalismo jurídico, apresentava o direito privado como "o coração de toda a vida jurídica" e o direito público como uma "leve moldura que devia servir de proteção ao primeiro" (MORAES, 2010, p. 107).

Nesse momento, valendo-se da vontade e da autonomia, os indivíduos eram livres para regularem seus negócios e interesses sem qualquer interferência externa, inclusive, do Estado. A máquina pública, apesar de existir, tinha atuação muito restrita, prevalecendo a intervenção mínima. O estabelecimento e a

[1] Na Constituição Federal de 1824, por exemplo, o termo "saúde" foi empregado apenas no art. 179, inciso XXIV: "Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos".

continuidade dos negócios se atribuíam à vontade das partes, com fundamento na igualdade formal.

Sendo iguais perante a lei, os indivíduos – ao menos em teoria – estavam em posição equiparada, o que permitia que os mesmos pactuassem livremente uns com os outros. Com as revoluções liberais, no campo negocial, aos contratos – instrumentos até então patrimonialistas – agregaram-se princípios como o *pacta sunt servanda;* a liberdade contratual *lato sensu* e a relatividade dos efeitos contratuais (AZEVEDO, 1998, p. 115)[2] ao passo que na seara constitucional, primou-se pelas garantias individuais, sobretudo pelo valor liberdade, tanto que

> A sociedade do século XVIII não permitiu que se implantasse um quadro de justiça social. As condições sociais, guardadas as devidas proporções, continuaram tão ruins, ou piores do que aquelas vistas no *ancien régime*. Poucos grupos sociais colheram os frutos da ruptura dos grilhões do Estado personalista. As pressões sociais manifestaram-se em múltiplos movimentos, inclusive revolucionários. (GRACIANO, 2010, p. 134)

Dessa forma, em que pese tenha o voluntarismo gerado uma noção de liberdade e igualdade, imprescindível retomar o pensamento de que, nesse paradigma, a igualdade era meramente formal. Apesar de iguais perante a lei, o predomínio da vontade dava espaço para o incremento das desigualdades entre os indivíduos (BUCAR; TEIXEIRA, 2016, p. 103). Embora a "liberdade" fosse exercida por todos na teoria, no campo prático ela era operada por poucos.

> Ao longo do século XIX, principalmente a partir da Revolução Industrial, abusou-se da liberdade, pois o direito liberal conservava o Estado distante das relações interprivadas. Paralelamente a esse liberalismo exacerbado, os trabalhadores oriundos do campo, sujeitavam-se a condições desumanas de moradia e trabalho, porque, em nome do exercício dessa liberdade, se submeteram a contratos de trabalho com salários vergonhosos, jornadas extenuantes e habitações insalubres. Esses contratos eram tutelados pela ordem jurídica com base na livre vontade (BUCAR; TEIXEIRA, 2016, p. 103).

[2] "São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da autonomia da vontade e assim se formulam: a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *lato sensu;* b) o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil francês, *pacta sunt servanda* – princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* – princípio da relatividade dos efeitos contratuais" (AZEVEDO 1998, p. 115)

Considerando esse contexto, a ordem jurídica brasileira foi conduzida para o constitucionalismo social do século XX, com a consequente consagração dos direitos sociais (GRACIANO, 2010, p. 134). Através dessa postura mais intervencionista desempenhada por parte do Estado, inaugurou-se um novo paradigma chamado moderno, a partir do qual, os sujeitos continuavam regulando seus interesses e relações interpessoais, observando, contudo, os limites de ordem pública (PERLINGIERI, 2002, p. 17-21).

A partir dessa troca de perspectiva por parte do Estado, nota-se, também, uma troca de postura, "se antes o objetivo era limitar o poder, os direitos sociais exigem para sua realização prática, ou proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é a ampliação dos poderes do Estado" (GRACIANO, 2010, p. 134). Surge, assim, um Estado social, mais intervencionista e preocupado em "agir" – positivamente – a fim de garantir aos cidadãos direitos como saúde, educação, alimentação, moradia, transporte, segurança – art. 6º, CF/88 (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o constituinte brasileiro de 1988 conferiu maior amplitude à saúde. Além de prevê-la como direito social e fundamental no seu art. 6º, reservou-lhe uma seção própria – seção II, art. 196 a 200, inseridos no título VIII "da ordem social", capítulo II "da seguridade social" –, para tratar especificamente sobre a forma de sua prestação e garantia. Percebe-se no âmbito interno, portanto, uma forte influência internacional de universalização da saúde, a exemplo da Constituição Italiana de 1948:

> Articolo 32. La Repubblica tutela la la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettivita`, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno puo` essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non puo` in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. (ITALIA, 1948)[3]

Em virtude das responsabilidades do Estado na garantia e promoção dos direitos sociais, estendem-se as conceituações destes para além das bases legais. A saúde, nesse meio, passa a comportar duas vertentes, sendo, conforme José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (2014, p. 342): "uma de natureza

[3] Tradução Livre: A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.

negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas."

Diante desses múltiplos prismas, tem-se que a saúde na ordem brasileira se estrutura como um dever do Estado, mas sua prestação não integra monopólio deste, de modo que o setor privado pode atuar nela, tanto de forma complementar quanto suplementar, conforme previsão expressa nos artigos 197 e 199 da Constituição Federal.

> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
>
> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
>
> § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (BRASIL, 1988)

Nos termos do art. 197 e §1º do art. 199 da CF/88, a saúde é serviço público, contudo, pode ser prestada pela iniciativa privada de forma complementar, integrando o sistema público por meio de contratos de Direito Público ou convênios firmados com o Sistema Único de Saúde – SUS. Apesar dessa modalidade de assistência, faz-se mister ressaltar a atuação privada no que tange a chamada "saúde suplementar".

A prestação suplementar é modalidade que aqui interessa, especialmente por referir-se aos contratos de planos de saúde. Neste sentido, tem-se como saúde suplementar a atuação da iniciativa privada fora do Sistema Único de Saúde, estruturada por pessoas jurídicas especializadas, as operadoras de planos de saúde (SCHULMAN, 2009, p. 201-202), que são, de um modo geral, financiadas diretamente pelo beneficiário (MOREIRA, 2015, p. 258).

Nesse sentido, é imprescindível a compreensão de que a saúde suplementar, ainda que se assemelhe a atividade típica de mercado, não é regida apenas por normas de direito privado tanto que, em razão da relevância do bem jurídico "saúde", direito fundamental, se subordina às normas e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (BRASIL, 1998). Logo, "[...] o direito

de saúde suplementar é ramo do direito que se fundamenta tanto em normas de direito público como privado" (MOREIRA, 2015, p. 258).

Os planos de saúde não podem, portanto, realizar a seleção de riscos, aplicando essa vedação tanto na contratação quanto na exclusão de beneficiários – art. 14, Lei n. 9.656/98 (BRASIL, 1998). Essa diretriz já constante na Lei 9.956/98 que regula sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde foi reforçada pela Súmula Normativa da ANS n. 27, de 10 de junho de 2015.

Ademais, considerando que a referida prestação do serviço de saúde caracteriza-se por um regime participativo, em que o plano de saúde atua como fornecedor, enquanto que o beneficiário usufrui onerosamente de tal serviço – consumidor –, destaca-se a aplicação das normas consumeristas, atuando, também, como instrumento de proteção nessas relações.

> Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor a contratos de plano de saúde, ainda que a entidade prestadora do serviço seja administrada em regime de autogestão e destinada a grupo fechado de participantes, vez que o plano de saúde fechado, tal qual o comum, oferece um serviço no mercado de consumo e por esse motivo se caracteriza como fornecedor, e os associados que dele usufruem, a título oneroso, se qualificam como destinatários finais desse serviço. (BRASIL, 2018)

Nos termos do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor – CDC – , objetiva-se por meio da Política Nacional das Relações de Consumo, entre outros, o respeito à dignidade, saúde e segurança dos consumidores, vedando-se práticas e cláusulas abusivas – art. 6º, inciso IV, CDC – e, assegurando "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais" – art. 6º, inciso V, CDC (BRASIL, 1990).

No mais, segundo o Código de Defesa do Consumidor perfaz-se prática abusiva que o fornecedor de produtos ou serviços venha a exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva – art. 39, inciso V, CDC –, que haja recursa no atendimento às demandas dos consumidores - art. 39, inciso II, CDC –, bem como a execução de serviços sem a prévia e expressa autorização do consumidor – art. 39, inciso VI, CDC (BRASIL, 1990).

Assim, em complemento ao art. 14 da Lei n. 9.656/98 e à Súmula Normativa n. 27 da ANS, através de interpretação das referidas normas consumeristas, veda-se qualquer discriminação, óbice, exclusão ou empecilho por parte dos planos de saúde, inclusive e sobretudo, diante de patologia preexistente.

Essa discussão se faz oportuna, especialmente em virtude dos correntes e crescentes avanços no campo das biotecnologias, que tornam plausível a realização de procedimentos como o aconselhamento genético, diagnóstico genético pré-implantacional e fertilização *in vitro*. Isto porque, a depender do tipo de contratação – se há ou não cláusula contratual de exclusão de cobertura –, tais técnicas encontram-se na abrangência dos serviços obrigatórios prestados pelos planos de saúde.

De acordo com o inciso III, do art. 35-C da Lei n. 9.656/98 inclui-se como serviço obrigatório, a cobertura do "planejamento familiar" pelos planos de saúde (BRASIL, 1998). Ocorre que, de acordo com a ANS, os planos de saúde não estariam vinculados a fornecer fertilização *in vitro* e demais procedimentos "associados", diante das ressalvas permitidas pela própria Lei n. 9.656/98.

Levantada essa problemática, o Superior Tribunal de Justiça foi levado a se manifestar e, por decisão unânime no REsp n. 1795867/2019, entendeu que quando presente cláusula contratual excluindo da cobertura a técnica de reprodução assistida e seus "anexos", a mesma é plenamente válida, não configurando, por conseguinte, cláusula abusiva.

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. INFERTILIDADE. PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXCLUSÃO DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. NÃO CONFIGURADA. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. RESOLUÇÕES NORMATIVAS. FUNDAMENTO NA LEI 9.656/98 - LEI DOS PLANOS DE SAÚDE - LPS. 1. Ação ajuizada em 29/11/16. Recurso especial interposto em 31/07/18 e concluso ao gabinete em 21/02/19. 2. O propósito recursal é definir se a inseminação artificial por meio da técnica de fertilização in vitro deve ser custeada por plano de saúde. 3. A Lei 9.656/98 (LPS) dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e estabelece as exigências mínimas de oferta aos consumidores (art. 12), as exceções (art. 10) e as hipóteses obrigatórias de cobertura do atendimento (art. 35-C). 4. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a autorização prevista no art. 10, §4º, da LPS, é o órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde. 5. A Resolução Normativa 387/2015 da ANS, aplicável à hipótese concreta, define planejamento familiar como o "conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (art. 8º, I). 6. Aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento familiar, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, o acompanhamento de profissional habilitado (v.g.

> ginecologistas, obstetras, urologistas), a realização de exames clínicos e laboratoriais, os atendimentos de urgência e de emergência, inclusive a utilização de recursos comportamentais, medicamentosos ou cirúrgicos, reversíveis e irreversíveis em matéria reprodutiva. 7. A limitação da lei quanto à inseminação artificial (art. 10, III, LPS) apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, LPS). Não há, portanto, abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial, o que tem respaldo na LPS e na RN 387/2015. 8. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2019)

Conclui-se, a partir dessa manifestação, que a cobertura "obrigatória" da fertilização *in vitro,* do aconselhamento genético e do diagnóstico genético pré-implantacional pode ser excluída através de cláusula contratual. Entretanto, por raciocínio inverso, a cobertura é compulsória quando inexistir a referida cláusula de afastamento.

2. Seleção embrionária à luz do aconselhamento genético e do diagnóstico genético pré-implantacional

A partir de pesquisas afetas ao desenvolvimento embrionário, das descobertas relacionadas ao processo de meiose celular e do avanço atrelado às técnicas de reprodução assistida, possibilitou-se – por meio da intervenção humana –, que casais com determinadas disfunções reprodutivas ou patologias genéticas e/ou hereditárias concretizassem o projeto parental pela via gestacional, através de técnicas como o aconselhamento genético, diagnóstico pré-implantacional e fertilização *in vitro.*

Os organismos vivos, em especial, seres humanos, apresentam características morfológicas, fisiológicas e comportamentais peculiares e mensuráveis que, em regra, são sensorialmente visíveis[4] ou, perceptíveis mediante testes especiais,[5] as quais denominam-se fenótipo. Esses traços extrínsecos originam-se da interação entre o meio de coexistência e a constituição genética dos homens e, não obstante "serem consideradas relativamente incólumes, ou não afetadas por condições ambientais normais, importante frisar que os genes estabelecem os limites dentro dos quais o ambiente pode modificar o fenótipo." (PETTERLE, 2007, p. 24-25)

[4] Como cor dos olhos, dos cabelos, da pele.
[5] Tipo sanguíneo, por exemplo.

A carga hereditária, o conjunto de informações genéticas dos indivíduos ou genótipo representa um conjunto de genes, unidade física, funcional e hereditária, consequentemente composto por ácido desoxirribonucleico – DNA. Destarte, o genoma humano é a reunião dessa herança genética recebida pelos indivíduos por seus progenitores.

Nesse contexto e, diante das preocupações relativas à identidade genética dos indivíduos, em 1990 iniciou-se, formalmente, nos Estados Unidos da América, o Projeto Genoma, que pretendia, em 15 anos "traçar a cartografia do código genético humano: conhecendo os genes, mapeando-os e associando-os a determinadas enfermidades" (PETTERLE, 2007, p. 27). O audacioso escopo desse projeto era a revelação das incógnitas humanas, propiciando um avanço na medicina e acarretando em uma maior e melhor qualidade de vida, minimizando o sofrimento humano e, atendendo o indiscutível anseio do homem, "o elixir da vida" (PETTERLE, 2007, p. 28).

Acreditava-se que por meio desse Projeto, descobrir-se-ia o "santo graal" da ciência, mediante o sequenciamento do genoma, ao estabelecer a ordem das unidades químicas constitutivas do DNA.[6] Não que seja totalmente falaciosa essa pretensão, vez que, de fato, ensejou um caminhar contínuo e vagaroso rumo à investigação e tratamento de inúmeras patologias, mas não a ponto de representar uma súbita e milagrosa cura para todas as disfunções humanas. Isto porque,

> O desenvolvimento de uma pessoa caracteriza por uma sucessão contínua de eventos que ocorrem ao longo do tempo até a sua morte. O tipo de alimentação que recebe, o local onde vive, a família e o amor de que é objeto, os amigos, os sucessos, os fracassos, a sucessão de acontecimentos na sua vida, tudo isso tem importância na sua história e na maneira como vive e age. (ZATZ, 2011, p. 105)

Integrado à tríade "conhecer, prever e mudar", as questões relacionadas ao genoma apontam para as técnicas de alteração do DNA fundadas nos diagnósticos, terapias e aconselhamento genéticos. Tais procedimentos ambicionam a prevenção/tratamento de distúrbios e anomalias genéticas, combatendo, pontualmente, o fato causal.

Antes de tratar especificamente dos exames e diagnósticos genéticos, insta salientar a respeito das balizas à manipulação genética, considerando a

[6] Essas unidades químicas são adenina (A), guanina (G), timina (T) e citosina (C), as quais determinam as características de um organismo.

tipologia celular e o caráter/natureza da intervenção. Nesse viés, é vedado no ordenamento jurídico brasileiro, através do inciso III, do art. 6º, da Lei de Biossegurança, a "engenharia genética em célula germinal humana, zigoto e embrião humano", em razão do seu alto grau de diferenciação (BRASIL, 2005).

Quanto à natureza, é vedado através do Conselho Federal de Medicina – Resoluções n. 2.168/2017 e n. 2.217/2018 – qualquer intervenção que tenha por finalidade a eleição de "qualidades" como a cor dos olhos, do cabelo ou altura – *designer babies* –, visto que "o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional" (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018). Veda-se, portanto, qualquer intervenção que desrespeite o ser humano, no que tange sua dignidade e integridade.

Com os avanços da medicina, sobretudo no campo preditivo, tornou-se possível a análise do componente genético fetal, ensejando o diagnóstico de enfermidades ou malformação do nascituro. Ainda que tal procedimento possa servir aos anseios dos genitores, a titularidade dessa técnica recai sobre o feto; logo, irrazoável se faz a espera pelo nascimento, viabilizando a diagnose de imperfeições congênitas e, inclusive, o tratamento ainda no ventre materno. Abrange nesse conceito,

> Todos aqueles atos pré-natais que tenham como objetivo o diagnóstico de um defeito congênito, entendendo por isso toda anomalia do desenvolvimento morfológico, estrutural, funcional ou molecular já presentes no nascimento (ainda que possa manifestar-se mais tarde), externa ou interna, familiar ou esporádica, hereditária ou não, única ou múltipla. (WACHTER apud CASABONA, 2002, p. 55)

Nesse sentido, emerge o aconselhamento genético como um processo que lida com probabilidades e/ou riscos de ocorrência de determinada doença genética em uma família, consistindo, pois, na verificação das "chances". Por meio desse procedimento, avaliam-se, percentualmente, os riscos e consequências para uma eventual criança e sua família, no caso de nascimento daquela com alguma patologia (MIGLIAVACCA, 2020, n.p.).

Para a execução desse aconselhamento, preliminarmente é realizado exame físico nos pacientes para a identificação de sinais clínicos de patologia genética e só depois são requisitados exames específicos, testes genéticos, para aumentar a precisão do primeiro diagnóstico. Tal procedimento é indicado, especialmente, para casais consanguíneos, que possuam histórico de doenças genéticas, que passaram por perdas gestacionais habituais ou de repetição, que

sofrem de alguma das causas de infertilidade ou qualquer pessoa que possua suspeita de alguma doença genética (IGENOMIX, 2019, n.p.) e, desenvolvem-se, basicamente, em quatro fases:

> (1º) o assessoramento sobre a possibilidade de submeter-se a determinados exames médicos e a decisão de realiza-los; (2º) a execução desses exames, que se diferenciam segundo o momento em que se efetivam e segundo os objetivos e os resultados que se persigam; (3º) a transmissão da informação obtida e sua avaliação (assessoramento no sentido estrito); (4º) as decisões inspiradas naquelas informações. (CASABONA, 2002, p. 50)

O aconselhamento genético, portanto, nada mais é do que um diagnóstico pré-conceptivo, realizado antes da fertilização *in vitro,* nos sujeitos que pretendem ter filhos pela via gestacional, como mecanismo que permite avaliar as probabilidades de que eventual criança, produto das técnicas de reprodução assistida, venha a nascer com determinada doença genética, por exemplo.

Como uma etapa "intermediária", posterior ao aconselhamento genético, mas também anterior à fertilização *in vitro,* concebe-se o diagnóstico pré-anidatório ou pré-implantacional, procedimento que tem como sujeito passivo os embriões em estágio de oito células, obtidos por meio da fertilização *in vitro*, antes da implantação, submetendo-os "a um exame genético de precaução" (HABERMAS, 2004, p. 24).

Assim como ocorre no aconselhamento genético, o diagnóstico pré-implantacional é um exame preventivo, que torna plausível, até certo ponto, a seleção embrionária. Através de estudos para comprovar a saúde dos embriões seja com relação às alterações cromossômicas quanto com relação às doenças hereditárias, selecionam-se os "melhores" embriões para posterior implantação.

Em suma, por meio do diagnóstico genético pré-implantacional, os embriões classificados como "mais aptos", com menor probabilidade de sofrer de alguma anomalia genética ou cromossômica são implantados no útero, ao passo que os demais, tidos como excedentários continuam criopreservados aguardando destinação futura e definitiva.

Esse diagnóstico consiste, pois, em uma manipulação embrionária, possibilitada pelo emprego da fertilização *in vitro*, cuja união dos gametas dá-se em proveta, a partir da transferência para o útero dos embriões livres de doenças monogênicas ou alterações cromossômicas não hereditárias que podem

inviabilizar o desenvolvimento embrionário ou engendrar doenças genéticas como a Síndrome de Down (CASABONA, 2002, p. 54).

Com relação à viabilidade jurídica desses exames preditivos – aconselhamento genético e diagnóstico genético pré-implantacional –, não há na ordem brasileira qualquer regulamentação específica, tanto no Código Civil quanto na Lei de Biossegurança, contudo, em razão das resoluções do Conselho Federal de Medicina já citadas, depreende-se que em que pese haja omissão legal, esses procedimentos são autorizados e orientados no sentido de trazer benesses, observados os limites das intervenções genéticas.

Assim, o silêncio legislativo que afeta tais exames genéticos, suscita, também, problemática envolvendo o tratamento desses dados, sobretudo por parte dos planos de saúde, visto que as informações obtidas através desses procedimentos pertencem a toda uma cadeia hereditária, não se restringindo, apenas, à pretensa criança ou ao casal submetidos a essas diagnoses.

3. Tratamento de dados genéticos e a vedação de seleção de riscos por parte dos planos de saúde

A humanidade tem experimentado graduais mudanças ofertadas, especialmente, pelo binômio ciência-tecnologia, o qual, movido pelo intuito de tratar problemas primitivos, otimizar procedimentos e operacionalizar técnicas e ferramentas em prol do bem-estar e da dignidade da pessoa humana, divide com essas constantes axiológicas, eventuais impasses e preocupações. A fim de assegurar e potencializar a integridade psicofísica dos indivíduos, direitos fundamentais como a saúde e a personalidade são compelidos à renderem-se frente à tecnologia, sobretudo na seara médica de coleta e armazenamento de dados clínicos e genéticos.

Ocorre que essas discussões científicas em torno da constituição humana dão azo a dois caminhos opostos. O conhecimento do ser, por um lado permite o avanço terapêutico em prol de tratamentos de maior eficiência, garantindo o bem-estar subjetivo e por outro, a detenção dessas informações inicia uma gananciosa corrida pelo monopólio genético, promovendo a "abertura de uma problemática ética e moral de grande magnitude, seja no plano individual, social ou político" (PETTERLE, 2007, p. 28). Logo, insere-se nas dubiedades humanas, "o desafio de também compreender o saber adquirido" (HONNEFELDER, 2003, p. 17)

A autodeterminação informativa, consagrada pelo inciso II, art. 2º da Lei n. 13.709/18 – Lei de Proteção de Dados/LGPD – como um dos fundamentos da proteção de dados versa a respeito do direito do titular de um determinado dado de opor-se ao tratamento deste. Desse modo, se antes a privacidade "se comunicava com o direito de manter-se anônimo, em maior ou menor grau, o conceito hoje se comunica mais com o nível de controle que o indivíduo tem sobre as operações realizadas com a sua autorização, e com o nível de transparência e segurança daquelas realizadas sem a sua autorização" (SALDANHA, 2019, n.p.).

> Deve ser consagrado o direito à autodeterminação informacional ou informativa (*right of gene-informational self determination, recht auf geninformationelle selbstbestimmung, derecho a la auto determinacion informativa)* genômica. O doente tem direito de conhecer o seu diagnóstico (qual a enfermidade de que padece) e o seu prognóstico (evolução da patologia) bem como os riscos e objetivos do tratamento. Todas as pessoas têm direito a uma informação verdadeira sobre a sua constituição genética, sobre o seu genoma, bem como direito a não serem informadas se assim o desejarem. (BARBAS, 2016, p. 392)

Considerando o direito dos sujeitos de determinarem e controlarem o tratamento de seus dados, emerge um importante conceito, qual seja "dado pessoal sensível". Nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados, dado pessoal corresponde a "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" – art. 5º, inciso I, LGPD –, ao passo que dado pessoal sensível relaciona-se a um "dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural" – art. 5º, inciso II, LGPD (BRASIL, 2018). Desse modo, os dados genéticos encontram-se inseridos nos dados pessoais sensíveis.

> Em síntese, [...] o direito à proteção dos dados pessoais é um direito de personalidade autônomo, que se distingue de outros direitos que às vezes tem pontos em comum (tais como direito à privacidade e à identidade pessoal). É, portanto, um direito absoluto (oponível *erga omnes*), indisponível e imprescritível. Em suma, o direito à proteção dos dados pessoais se configura pelo direito de um indivíduo de controlar as informações que a ele se referem e, assim, constituem seu reflexo e seu "ser" na sociedade informacional. (LIMA; ABOIN, 2019, p. 168)

Diante da relevância atribuída aos dados pessoais sensíveis, ressalta-se a tutela exercida por um regime jurídico mais rigoroso. A coleta, armazenamento e utilização dos dados genéticos seguem, portanto, a regulamentação dos dados sensíveis, de modo que o tratamento carece, como regra geral, de consentimento expresso e prévio.

Nos termos do art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados, o tratamento dos dados pessoais sensíveis, sobretudo genéticos, somente poderá ocorrer mediante consentimento específico e destacado do titular ou responsável legal, para finalidades específicas, excetuando, entretanto, a possibilidade de tratamento desses dados sem o consentimento, nas hipóteses em que for indispensável para:

> a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
>
> b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
>
> c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
>
> d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
>
> e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
>
> f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou
>
> g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. (BRASIL, 2018)

Nesse mister, aplica-se o prescrito nesse artigo para o tratamento de dados pessoais sensíveis que possam causar dano ao titular. Com relação ao uso compartilhado e comunicação desses dados, o §4º proíbe essa prática a fim de obter vantagem econômica, ao passo que de acordo com o §5º, "é vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários." (BRASIL, 2018).

De forma expressa, reforça-se através dessa Lei a proibição da seleção de riscos por parte das operadoras de planos privados, as quais, no exercício da

assistência à saúde suplementar, não podem utilizar de informações e dados obtidos através de serviços auxiliares de diagnose e terapia para cancelar, aumentar a mensalidade ou negar cobertura.

Traçando um breve comparativo com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD –, destaca-se que nesse documento não se faz distinção entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis, sendo tratados ambos sob a mesma nomenclatura, a saber: "dados pessoais". No mais, assim como ocorre na Lei Geral de Proteção de Dados – inspirada fortemente no RGPD – veda-se, como regra, o tratamento de dados pessoais que revelem a origem ética ou racial, opiniões políticas, convicções filosóficas e políticas, filiações sindicais, bem como de dados genéticos, biométricos, dados relativos à saúde, vida e orientação sexual de uma pessoa – artículo 10 (UNIÓN EUROPEA, 2018).

Dentre as exceções a essa regra proibitiva, autoriza-se o tratamento quando houver consentimento expresso por parte do interessado ou ainda quando for necessário por razões de interesse público no âmbito da saúde pública. Desse modo, assim como ocorre na ordem jurídica brasileira – art. 11, inciso II, alínea "f", LGPD –, o tratamento de dados pessoais sensíveis é admitido, por exemplo, diante da expressa concordância do sujeito ou quando seu tratamento for de grande relevância para a saúde pública.

> a) el interesado ha prestado su consentimiento expreso para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado,
>
> i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base de una normativa de la Unión que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional; (UNIÓN EUROPEA, 2018)[7]

[7] Tradução livre: a) o interessado tenha dado o seu consentimento expresso ao tratamento dos referidos dados pessoais para um ou mais dos fins especificados, exceto quando o direito da União estabelecer que a proibição mencionada na secção 1 não pode ser levantada pelo interessado,

i) o tratamento é necessário por razões de interesse público no domínio da saúde pública, como proteção contra ameaças transfronteiriças graves para a saúde, ou para garantir elevados níveis de qualidade e segurança dos cuidados de saúde e medicamentos ou

Feitas essas ponderações, conforme já tratado alhures, a depender do tipo de contratação – das cláusulas constantes no contrato de plano de saúde –, serviços como a fertilização *in vitro,* o aconselhamento genético e o diagnóstico genético pré-implantacional podem estar inclusos na cobertura. No mais, reforça-se que os dados genéticos obtidos através desses procedimentos dizem respeito a uma cadeia de pessoas, ligadas entre si por um vínculo biológico.

Destarte, considerando o potencial "discriminador" que o conhecimento dos dados genéticos pode despertar, a problemática do estudo concentra-se na relevância e abrangência da norma afeta ao tratamento de dados e os planos de saúde, constante na LGPD. Isto porque, ao proibir a utilização das informações genéticas por meio dos planos de saúde para a seleção de riscos na contratação/exclusão de beneficiários, alinha-se ao §5º do art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados, a impossibilidade de uso desses dados para limitar/restringir/excluir, também, outros segurados que possuam vínculo genético com aquele que realizou o aconselhamento genético. Ainda à luz dessa determinação, veda-se qualquer óbice na inclusão da criança "produto" do diagnóstico genético pré-implantacional.

A relevância do tratamento de tais dados, portanto, atinge patamar para além dos sujeitos que realizam tais procedimentos, haja vista que, pela natureza daqueles, dizem respeito a um grupo de pessoas com semelhante carga genética. A cobrança majorada de mensalidade de beneficiário de plano de saúde em razão de um teste genético realizado por ele ou por um parente caracteriza, pois, cláusula abusiva com base no Código de Defesa do Consumidor e violação à boa-fé objetiva, podendo acarretar sanções administrativas nos termos do art. 52 e seguintes da Lei Geral de Proteção de Dados.

Dessa forma, conclui-se que o tratamento de dados genéticos, seja na ordem jurídica Europeia seja no ordenamento brasileiro é realizado com grande cautela, primando, como regra geral, por sua manipulação mediante consentimento expresso do titular ou responsável – autodeterminação informativa. Com relação aos planos de saúde, por seu turno, entende-se pela proibição de uso desses dados para selecionar os riscos, logo, veda-se o tratamento de dados genéticos obtidos através de procedimentos como o

---

dispositivos médicos, com base em regulamentos da União que estabelecem medidas adequadas e específicas para proteger os direitos e liberdades da parte interessada, em particular o sigilo profissional;

aconselhamento genético e o diagnóstico genético pré-implantacional com o fito de proibir a adesão de determina pessoa, exclui-la ou majorar sua mensalidade.

CONCLUSÃO

Apesar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça ser no sentido de que a fertilização *in vitro* e os respectivos exames vinculados, como o aconselhamento genético e o diagnóstico genético pré-implantacional não integram os serviços de cobertura obrigatória por todos os planos como instrumentos de realização do planejamento familiar, analisa-se a hipótese em que essa cobertura é realizada.

Isto porque, a partir da realização desses testes, emergem inúmeros dados genéticos, os quais, por sua própria natureza, referem-se a um variado número de pessoas. Nesse cenário e, considerando o poder dos sujeitos de controlar/determinar qual será o tratamento de seus dados – autodeterminação informativa – demonstra-se a abrangência e extensão da norma expressa pelo §5º, do art. 11 da Lei n. 13.709/2018.

Assim, considerando os dados genéticos como dados pessoais sensíveis, depreende-se que o seu tratamento, em regra, depende do consentimento específico e destacado de seu titular, contudo, quando se trata do seu uso por meio dos planos de saúde, a Lei Geral de Proteção de Dados veda a utilização para seleção de riscos na contração ou exclusão de beneficiários.

Nesse sentido, retomando a ideia de que esses dados não se referem apenas ao sujeito que se submeteu ao diagnóstico ou aconselhamento genético, mas a uma cadeia de pessoas ligadas por um elo biológico, conclui-se que a proibição de tratamento desses dados pelos planos de saúde amplia-se a fim de abranger, também, os sujeitos com parentesco. Logo, os planos de saúde não podem valer-se dos dados genéticos de um sujeito para obstar, dificultar, onerar ou excluir ele, nem seus familiares, sob pena de configurar prática abusiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor, violação da boa-fé objetiva e acarretar sanções administrativas no âmbito da LGPD.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Súmula normativa n. 27, de 10 de junho de 2015*. Disponível em:

<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=26&data=11/06/2015>. Acesso em: 12 dez. 2020, 10:47:00.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Parecer). Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e a responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *RT-750*, São Paulo, v.750, p. 113-120, abr.1998. Disponível em: <http://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1730771/mod_resource/content/3/Princ%C3%ADpi os%20do%20novo%20direito%20contratual.pdf.> Acesso em: 15 nov. 2020, 10:35:00.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. 2016, f.733. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa: Almedina, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, D.F., 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020, 14:16:00.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, D.F., 12 set. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 22 nov. 2020, 13:00:00.

BRASIL. *Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, D.F., 3 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 10 dez. 2020, 11:11:00.

BRASIL. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo primeiro do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão técnica nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança- PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de Agosto de 2001, e os arts 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, D.F., 24 de mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020, 23:00:00.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados pessoais (LGPD). Brasília, D.F., 14 ago. 2018. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 01 dez. 2020, 10:34:00.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão 1090851*. Relator: Sandoval Oliveira, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/04/2018, Data de Publicação: DJe 27/04/2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexdorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1090851>. Acesso em: 05 dez. 2020, 14:18:00.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1795867 SP 2019/0032226-0*. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 02/04/2019, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 04/04/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859553823/recurso-especial-resp-1795867-sp-2019-0032226-0>. Acesso em: 05 dez. 2020, 13:04:00.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e solidariedade. *In:* TEPEDINI, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. C*onstituição da república portuguesa anotada.* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 2.217, de 01 de novembro de 2018*. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 30 nov. 2020, 21:46:00.

GRACIANO, Lílian Lúcia. Terapia celular: direito à saúde na ordem constitucional de 1988. *In:* MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). *Terapia celular humana:* Limites e Possibilidades de Ordem Ética e Jurídica. Curitiba: Juruá, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana:* A caminho de uma eugenia liberal? Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HONNEFELDER, Ludger. Perspectivas da Tecnologia Genética: um Desafio para a Ética. Tradução de Peter Naumann. In: SOUZA, Draiton Gonzaga de;

ERDTMANN, Bernardo (org.). *Ética e Genética II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

IGENOMIX. *Para que serve o aconselhamento genético?* 2019. Disponível em: <https://www.igenomix.com.br/press-and-news/para-que-serve-aconselhamento-genetico/>. Acesso em: 28 nov. 2020, 19:37:00.

ITÁLIA. *Costituzione dela Repubblica Italiana.* 1948. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2020, 23:19:00.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira; ABOIN, Ana Carolina. Proteção de dados clínicos e genéticos na era tecnológica: uma análise com base nos avanços de reprodução assistida. *In:* SCALQUETTE, Ana Cláudia S.; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord.). SILVA, Anna Paula Soares da; BERGSTEIN, Gilberto. *Biotecnologia, biodireito e liberdades individuais:* novas fronteiras da ciência jurídica. Indaiatuba: Foco, 2019.

MIGLIAVACCA, Michele Patricia. *Aconselhamento genético*: o que é e quando fazer. 2020. Disponível em: <https://geneone.com.br/blog/aconselhamento-genetico/>. Acesso em: 29 nov. 2020, 15:28:00.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana:* Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA, Marta Rodrigues Maffeis. O contrato de plano de saúde e sua função social. *Revista Faculdade de Direito da Universidade São Paulo,* v. 110, p. 252-276, jan./dez. 2015. Disponível em: <115493-Texto do artigo-210966-1-10-20160519.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020, 21:40:00.

NYS, Herman. Terapia gênica humana. *In:* CASABONA, Carlos María Romeo (rg.). *Biotecnologia, Direito e Bioética.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETTERLE, Selma Rodrigues. *O Direito Fundamental à identidade genética na ConstituiãoBrasileira.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SALDANHA, João. *Fundamentos da LGPD:* A autodeterminação informativa. 2019. Disponível em: <https://triplait.com/a-autodeterminacao-informativa/#:~:text=Se%20outrora%20a%20privacidade%20se,sem%20a%20sua%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%20mas>. Acesso em: 30 nov. 2020, 21:37:00.

SCHULMAN, Gabriel. *Planos de saúde:* saúde e contrato na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

UNIÓN EUROPEA. *Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018*. Relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n. 45/2001 y la Decisión n. 1247/2002/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1725&from=EN>. Acesso em: 12 dez. 2020, 20:54:00.

ZATZ, Mayana. *Genética*: escolhas que nossos avós não faziam. São Paulo: Globo, 2011.

EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA GLOBAL POR PANDEMIA DE COVID-19: desinformação, controvérsias e validação discursiva da informação

Clóvis Ricardo Montenegro de Lima
Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, Pesquisador, RJ, Brasil,
clovismlima@gmail.com

Nancy Sánchez-Tarragó
Universidade Federal de Rio Grande do Norte (UFRN), Professora, Departamento de Ciência da Informação e da Pós-graduação em Gestão da Informação e do Conhecimento, RJ, Brasil,
nancita1973@gmail.com

Mariangela Rebelo Maia
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professora Substituta, Departamento de Odontologia Social e Preventiva na Universidade Federal do Rio de Janeiro, RJ, Brasil,
mariangela.saude@gmail.com

Resumo: O objetivo é investigar e discutir os processos e dinâmicas informacionais em torno da emergência global de saúde pública pela pandemia de COVID-19, com ênfase nas controvérsias e desinformação sobre o vírus, a doença e a pandemia. Destaca-se os conflitos em torno das medidas de isolamento social e dos tratamentos. Como alicerces teóricos discute os conceitos de desinformação e validação discursiva. A pandemia de COVID-19 atualiza a discussão das estratégias de poder, caracterizadas pela difusão e uso intensivo da informação em tempo real, como cenário para a emergência de fraudes informacionais e do negacionismo científico. A pandemia traz questões de sinceridade, veracidade e honestidade. A sinceridade diz respeito à dimensão subjetiva, a veracidade sobre a dimensão objetiva e a honestidade sobre a dimensão social. Os fatos na Internet podem ser apresentados como fraudes, que atualizam a questão da "manipulação" na comunicação. O alerta sanitário da Organização Mundial de Saúde dá dimensão global para as controvérsias. A mudança do modo de comunicação de um para muitos, para uma comunicação de muitos com muitos, torna as questões da informação mais complexas. Na pandemia do COVID-19 são muitas as tensões e conflitos entre governantes, autoridades sanitárias, pesquisadores, profissionais de saúde, pensadores críticos e defensores de direitos humanos e sociais. Destaca-se a importância da validação discursiva, que faz a informação enfrentar o filtro do uso público da razão.

Palavras-chave: Covid-19. Pandemia. Desinformação. Validação discursiva.

INTRODUÇÃO

Neste artigo quer-se investigar processos e dinâmicas informacionais em torno da emergência global de saúde pública na pandemia de COVID-19, caracterizada pelas controvérsias e desinformação em torno do vírus, da doença e da pandemia, assim como das e medidas de controle e do tratamento. A partir disso, quer-se discutir o papel da validação discursiva e do uso público da razão para enfrentar essas problemáticas.

Wardle e Derakhshan (2017, p.4) observam que estamos vivendo a poluição informacional em escala global, a desordem informacional onde existe "uma complexa teia de aranha de motivações para criar, disseminar e consumir mensagens 'poluídas', miríade de tipos de conteúdo e técnicas para amplificar esses conteúdos, inumeráveis plataformas hospedando e reproduzindo esse conteúdo e velocidades vertiginosas de comunicação entre pares em relações de confiança".

A situação ganhou tal proporção que, em 2017, a BBC World Service conduziu estudo em 18 países que mostrou que 79% das pessoas estavam preocupadas com a distinção entre realidade e falsidade na Internet, sendo os brasileiros os mais preocupados com essa incerteza (92%) (CELLAN-JONES, 2017).

As controvérsias são definidas como "polêmicas entre peritos, que requerem saber especializado; que tem como objeto, pelo menos em parte, conhecimentos científicos ou técnicos incertos, cujos resultados envolvem disputas de interesse nem sempre muito visíveis" (MONTEIRO, 2009, p. 33). As controvérsias são inerentes ao pluralismo democrático e, na esfera pública, muitas vezes colocam em confronto os campos científicos e mediadores.

Nas controvérsias científicas cada vez participam mais agentes fora do campo científico, mas com poder político ou simbólico para intervir, muitas vezes acentuando a desordem informacional.

A finitude do homem tem sido usada, historicamente, como estratégia de poder. Em conferência nos anos 70, Foucault aponta a importante relação entre a lepra e a soberania; e, entre a peste e a disciplina. Na sociedade de controle, a emergência da AIDS parece ter criado uma outra estratégia de poder, fortemente marcada pelo uso da informação (LIMA, 2005).

A pandemia de COVID-19 atualiza a discussão das estratégias de poder, agora caracterizadas pelo uso intensivo da informação em tempo real. Governos,

instituições e indivíduos lançam proposições sobre origem do vírus, medidas de controle da pandemia e tratamentos, que, com ou sem bases científicas, traduzem interesses.

É nesse contexto de desinformação e controvérsias como estratégias de poder que pode se usar a teoria discursiva da verdade de Habermas (2010), resumida na afirmação de que a linguagem significa avançar com pretensões de validade que devem poder ser justificadas de modo discursivo. Assim, é o uso público da razão, na validação discursiva, que restringe a desinformação e permite construir consensos onde havia controvérsias.

1. A emergência global da OMS pela pandemia de COVID-19

A Organização Mundial de Saúde (OMS), em seu escritório regional na China, foi notificada em 31 de dezembro da ocorrência de casos de pneumonia até então desconhecida na cidade de Wuhan. Em quatro dias, foram 44 os casos reportados. No dia 7 de janeiro de 2020, o vírus foi identificado pelas autoridades chinesas como uma nova cepa da família dos coronavírus, organismos isolados pela primeira vez em 1937 e descritos na década de 60. Treze dias depois, casos da nova infecção haviam sido reportados em outros três países: Tailândia, Japão e Coreia do Sul. Naquela data, 20 de janeiro, contavam-se 278 casos na China, dos quais seis resultaram em mortes e 51 pacientes estavam em situação crítica.

Nesse período inicial, a direção da OMS foi acionada e emitiu as primeiras recomendações para redução dos riscos de transmissão e protocolos de pesquisa e tratamento. O primeiro relatório da situação do vírus foi publicado em 21 de janeiro e, desde então, atualizações diárias são publicadas pela organização em seu sítio na Internet. Em 11 de fevereiro, a doença causada pelo novo coronavírus Sars-Cov-2 foi nomeada como COVID-19.

Menos de dois meses depois, o diretor-geral da OMS, Thedos Ghebreyesus, concede entrevista coletiva na qual nomeia a situação como uma pandemia. Na ocasião, em 11 de março, foram reportados mais de 118 mil casos em 114 países, e havia quase 4.300 mortos. O número de infectados havia aumentado 13 vezes, três vezes mais países tinham cidadãos afetados, e a expectativa era de aumentos mais significativos nas semanas seguintes. Ele salienta, entretanto, que se tratava da primeira pandemia declarada pela ação de coronavírus e, ao mesmo tempo, era situação que poderia ser controlada com ações efetivas: "Se os países detectarem, testarem, tratarem, isolarem, rastrearem

e mobilizarem as pessoas, aqueles com poucos casos podem impedir que esses casos virem conglomerados de casos e esses conglomerados levem a uma transmissão comunitária" (GHEBREYESUS, 2020).

Em seu discurso, Ghebreyesus salientou que o desafio para os países seria encontrar o equilíbrio entre proteger a saúde, minimizar os impactos sociais e econômicos e respeitar os direitos humanos, e recomendou que as ações fossem pautadas por quatro etapas: primeiramente, preparar-se, comunicando à sociedade sobre os riscos e sobre a devida proteção; em segundo, detectar, proteger e tratar todos os casos e rastrear os contatos; terceiro, reduzir o contágio; por último, aprender e inovar.

Duas semanas após o pronunciamento, o número de casos e de mortos havia praticamente quadruplicado. Considera-se que parte desse avanço agressivo da pandemia, se deve à demora dos países em adotar as medidas de controle do contágio, principalmente o isolamento social, em que as pessoas se mantêm em confinamento e evitam o contato com outras pessoas. Essa medida é fundamental porque o período de incubação, do novo coronavírus, pode ser bastante longo (até quatorze dias), e durante esse tempo o indivíduo infectado pode estar assintomático, ou com sintomas muito brandos e, assim, transmitir o vírus sem ter conhecimento de ser portador.

No Brasil o primeiro caso da doença foi confirmado em São Paulo em 26 de fevereiro, mas a pandemia havia exigido ações de repatriação de 34 brasileiros que estavam na China e regressaram ao país quinze dias antes. No dia da declaração da pandemia, 11 de março, o Brasil contava com 52 casos confirmados e 907 suspeitos. A curva da pandemia no Brasil evoluiu rapidamente: de acordo com o Observatório Covid-19 BR, o número de mortes em meados de abril dobrava a cada 9 dias e 14 horas (PIERRE, 2020); em 24 de abril, havia 3.365 óbitos no país e mais de 50 mil casos.

O presidente da República, Jair Bolsonaro, passa a ser reconhecido internacionalmente como um dos quatro líderes nacionais a rejeitar o consenso científico sobre a gravidade da pandemia. O governador do estado de Nova Iorque, Andrew Cuomo, considera a ação brasileira de "mau exemplo" (GOVERNADOR, 2020). Durante o avanço do coronavírus, o presidente denominou a doença de "gripezinha", insuflou a população a não deixar de frequentar ambientes públicos e ameaçou governadores e prefeitos caso as medidas de isolamento social adotadas em níveis regionais não fossem abrandadas. Em sua narrativa, a defesa da vida com medidas como o isolamento

social afronta a manutenção da saúde econômica do país, e essa deve ser priorizada (SANDY; MILHORANCE, 2020). Como se pode notar, pelas declarações, a pandemia de COVID-19 é acompanhada pela pandemia de controvérsias e desinformação, utilizadas com fins políticos e geopolíticos.

2. Algumas controvérsias na pandemia: origem da COVID-19, isolamento social e tratamento da doença

Quando um novo vírus emerge, a investigação sobre sua origem é sumamente importante para prevenir sua disseminação na população, desenvolver vacinas e tratamentos e orientar medidas de saúde pública. Na medida que os cientistas começaram as investigações para determinar a origem do vírus Sars-CoV-2, causa da COVID-19, começaram a circular diversos rumores e teorias da conspiração, incentivados por disputas e interesses geopolíticos, nacionalismo, racismo e xenofobia. Cedo, surgem nos Estados Unidos teorias conspiratórias sobre a criação deliberada do vírus em laboratórios chineses como arma biológica; a informação, alegadamente obtida por fontes de inteligência israelita, foi noticiada por um periódico conservador e reproduzida massivamente em diversos sites e mídias sociais. Outra teoria similar, colocava sua origem nos mesmos laboratórios chineses, mas como resultado de um acidente durante a produção de uma vacina (TAYLOR, 2020).

Ironicamente, foi uma pesquisa científica divulgada em 31 de janeiro como *preprint* (antes da revisão por pares), que esquentou a polêmica, ao sugerir que o vírus parecia ter trechos do genoma do vírus do HIV. Ante a reação da comunidade científica, que rapidamente denunciou falhas metodológicas graves, o *preprint* foi retratado dois dias depois. Contudo, diversos sites pegaram a história e concluíram que o vírus tinha sido criado em laboratório (MCDONALD, 2020).

Eis exemplo de manipulação maliciosa de conteúdo motivado por interesses geopolíticos. O sociólogo Boaventura de Souza Santos reflete sobre implicações atrás da imagem "primitiva" da China, que insinuavam as notícias sobre a vinculação entre a origem da infeção e as más condições higiénicas nos mercados chineses e os seus estranhos hábitos alimentares: "subliminarmente, o público mundial era alertado para o perigo da China, hoje a segunda economia do mundo, vir a dominar o mundo. Se a China era incapaz de prevenir tamanho

dano para a saúde mundial e, além disso, de superá-lo eficazmente, como confiar na tecnologia do futuro proposta pela China?" (SANTOS, 2020, p. 8).

Assim, a desinformação sobre a origem do vírus alimenta tanto a tensão geopolítica, quanto os sentimentos racistas e xenófobos; esses, por sua vez, como numa espiral, continuam também alimentando tensões geopolíticas. Nos Estados Unidos, cidadãos de procedência asiática denunciam assédios e discursos de ódio que relembram os enfrentados por muçulmanos, árabes e cidadãos procedentes do sudeste asiático depois do ataque terrorista às torres gémeas. Mas, a diferença da chamada à tolerância de George Bush, Trump endossa e incita os ataques racistas, nomeando a recente infecção por coronavírus como "vírus chinês" (TAVERNISE; OPPEL Jr, 2020).

Beaumont *et al* (2020) apontam que, segundo estudo feito por *First Draft*, na semana que começa 14 de abril tinham sido publicados 15.000 tweets usando os hashtags #tedrosresign e #tedrosliedpeopledied. Uma parte importante das contas que atacaram ao Diretor da Organização Mundial da Saúde era de apoiadores de Trump. Também, profissionais de saúde, em diversas partes do mundo, têm sofrido discriminação e até violências físicas como consequência da desinformação. Quain (2020), citando a Jolley e Lamberty, aponta que "os pesquisadores têm demonstrado que teorias da conspiração relacionadas com emergências médicas têm o poder de incrementar a desconfiança nas autoridades sanitárias". O mesmo pode ser dito dos ataques pessoais às autoridades e aos profissionais de saúde. A desconfiança tem consequências graves na aderência da população às medidas de proteção e na adoção de atitudes racionais.

As doenças estão associadas à finitude do corpo humano, particularmente aquelas com maior potencial de matar. As epidemias carregam consigo a carga simbólica do contágio, em que uma pessoa doente transmite a outra a sua afecção. Foucault observou que os distintos diagramas de poder têm seus próprios modos de enfrentar o contágio. A soberania excluía os indivíduos com lepra; a disciplina esquadrinhava os indivíduos com peste (FOUCAULT, 2008).

As sociedades contemporâneas desenvolveram estratégias de controle que combinam elementos dos dois modos anteriores, ao mesmo tempo em que exercem poder médico sobre o real a partir do perigo virtual. A epidemia de AIDS, nos anos 80, traz este modo de controle de doenças. Isto implicou em enorme discriminação de homossexuais, hemofílicos e usuários de drogas injetáveis, designados de "perigosos". A falta de vacinas e de medicamentos

específicos para enfrentar a virose letal, faz que com que a informação se transforme em uma arma (LIMA, 1993; 2005).

A pandemia de COVID-19 traz à tona algumas das mesmas questões médicas, epidemiológicas e de razão prática vividas na epidemia de AIDS. As mesmas discussões de teorias conspiratórias sobre a origem das infecções retornam, assim como a hipótese de contágio de animais para o homem. Também, a controvérsia sobre as medidas contenção (quarentena, isolamento, distanciamento físico) e os limites da vigilância à vida privada dos cidadãos.

A COVID-19 hoje não tem nem vacina nem tratamento específico. Fechar escolas, universidades e comércios; proibir reuniões e aglomeração de pessoas; e o auto isolamento social (ou distanciamento físico, termo preferido pela Organização Mundial da Saúde), incluindo em alguns países as quarentenas e os bloqueios totais, têm sido consideradas como as melhores estratégias para controlar a disseminação da infeção e o colapso dos sistemas de saúde, debilitados na maior parte do mundo por anos de receitas de "austeridade" fiscal.

Embora as pesquisas científicas ainda não sejam conclusivas sobre a efetividade destas medidas, pelas dificuldades de isolar os diversos fatores envolvidos na transmissão, as experiências da China para controlar sua epidemia depois de um bloqueio total da cidade epicentro do surto, as análises de simulações e alguns estudos empíricos em países onde as estratégias foram implementadas, apontam para seu benefício em combinação com outras medidas de higiene pessoal (FLAXMAN et. al., 2020; MILNIE; XIE, 2020). O ideal seria um mínimo de 50% do distanciamento nas cidades, até atingir 70% de isolamento – procedimento realizado nos países que conseguiram controlar a pandemia (REIS et. al., 2020).

Contudo, estas estratégias não têm sido aceitas de forma unânime e diversas controvérsias tem se alastrado, trazendo incertezas e desorientação à população, encabeçadas, sobretudo, por políticos conservadores e empresários que reclamam da crise econômica agravada pelo fechamento de comércio, indústria e outras atividades econômicas.

O caso de Itália é exemplar, pois para não "gerar o caos" e não desestimular o turismo e investimento estrangeiro, o governo italiano minimizou os danos da pandemia, criticou as medidas tomadas em outros países por "alarmistas" e derrubou na Justiça as medidas de isolamento tomadas por alguns governos locais. Em Milão, a principal cidade da região Lombardia, uma

associação de bares e restaurantes criou uma campanha instando a cidadãos a não ter medo e não parar suas atividades. O vídeo tornou-se viral, compartilhado e endossado pelo prefeito da cidade de Milão, Giuseppe Sala. As consequências da política de desestimular o isolamento social foram desastrosas. Em menos de um mês Itália, sobretudo a Lombardia, tornavam-se o epicentro mundial da pandemia com mais de 7000 mortos até o dia 25 de março (ALESSI, 2020).

Também, no caso do Brasil, além de minimizar a seriedade da pandemia, o presidente Bolsonaro contribui para a disseminação de informações fraudulentas e sem respaldo científico. Ele buscou protagonizar a defesa da "flexibilização" do isolamento social, apesar dos estudos científicos recomendando o contrário. Assim como ocorreu com tratamento por cloroquina, a discussão das medidas de isolamento social tem sido politizada, usadas de bandeira para ganhos políticos.

As primeiras ondas de desinformação vinculadas à pandemia, talvez na sua vertente de dano não intencional, vieram com a proliferação de remédios e tratamentos domésticos para a doença, que se compartilhava por meio de WhatsApp em grupos familiares e amigos. Muitas pessoas passavam aos seus contatos e disseminavam por meio de outras plataformas de mídias sociais, de boa-fé, acreditando ajudar a outros. Tomar bebidas cítricas, bebidas quentes, banhos quentes, gargarejos de água morna, entre muitos outros remédios e tratamentos pseudocientíficos, se compartilharam mundialmente, às vezes mudando só o nome do médico que aconselhava e a língua na qual se reproduzia a mensagem. Visando enfrentar a situação, a Organização Mundial da Saúde criou uma seção na sua página web para desmentir os principais boatos que circulavam. Contudo, segundo artigo do jornal britânico *The Guardian*, uma pesquisa da União Europeia, monitorando casos de desinformação, identificou que um terço dos cidadãos do Reino Unido acreditava que a vodca podia ser usada para a higienização das mãos (BEAUMONT; BORGER; BOFFEY, 2020).

Muitos dos conselhos que circulam são inefetivos, mas inofensivos, mas outros têm sido muito perigosos. No final de março foi reportado que centenas de iranianos tinham morrido e mais de 1000 adoeceram por consumir metanol equivocadamente, depois de rumores de que beber álcool curaria a infecção por coronavírus (TREW, 2020). Recentemente, o presidente dos EUA, em declaração oficial, afirmou que é possível que haja cura para o coronavírus "em um minuto" através de injeções de desinfetante e da exposição à luz ultravioleta

– que causa câncer de pele (SMITH, 2020), seguido imediatamente por um aumento de chamadas às linhas de emergência.

A busca frenética pela cura montada nas ondas da desinformação e das controvérsias teve seu auge na emergência do rumor de que a cloroquina seria um tratamento efetivo para a doença. O rumor aparentemente tomou força logo que o conhecido empresário Elson Musk divulgou em Twitter um documento que apontava a efetividade da droga, criado por não especialistas que usava falsamente as credenciais das Universidades de Stanford, da Alabama e da Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos como se elas tivessem participado do estudo (MARTINS, 2020). Seguidamente, um popular show do canal conservador *Fox News* deu palco para um dos autores do documento, que falou de um 100% de sucesso da cura do COVID-19 por meio da cloroquina. Imediatamente, uma onda de buscas na internet pelos termos "quinina", "água tónica" e "remédio para malária" se disparou (DONOVAN, 2020). O tuite de Musk foi apoiado irresponsavelmente por Trump, que numa coletiva de imprensa, em 19 de março, falou que a Administração Federal de Medicamentos (FDA, siglas em inglês) tinha aprovado o uso da cloroquina ou hidroxicloroquina para o tratamento da COVID-19, o que não era certo.

Poucos dias depois, o presidente Bolsonaro também defendeu a eficácia do uso dos medicamentos cloroquina e hidroxicloroquina no combate ao coronavírus, sem as mínimas evidências científicas apoiando as afirmações. Como consequências imediatas destas ondas de desinformação, começou uma corrida às farmácias em busca de cloroquina e as pessoas começaram a automedicar-se, e algumas pessoas tiveram efeitos adversos, intoxicações e complicações clínicas. Dezenas de estudos são iniciados para testar a eficácia destas drogas, de uso controlado para tratamento de enfermidades como malária, lúpus e artrite reumatoide, mas nenhum conseguiu comprovar se o tratamento realmente funciona fora dos pequenos grupos de teste. Ao contrário, alguns estudos indicam efeitos adversos relevantes.

Muitos outros medicamentos são cogitados para tratamento da Covid-19, inclusive os antirretrovirais, mas a única certeza que os cientistas têm é a de que não há como ter certeza em curto prazo para desenvolvimento e aplicação de estudos rigorosos. Além disto, há uma história de dificuldades para produzir medicamentos eficazes contra viroses. Contudo, a ênfase dada à terapia com cloroquina e hidroxicloroquina está fazendo que sejam deixados de lado ensaios

clínicos com outros tratamentos que poderiam ser promissórios por falta de pacientes voluntários (LEDFORD, 2020).

A hidroxicloroquina virou uma arma política nas mãos de políticos, como Trump e Bolsonaro, que têm desdenhado abertamente a importância da doença e que, a contramão das autoridades de saúde e da comunidade científica, rejeitam o isolamento social como medida de proteção por estar travando a economia. Afirmar que dispõem de um tratamento barato para a doença, reforça sua tese da exageração do isolamento social. As controvérsias acerca da eficácia do medicamento e a desinformação ao redor do tema têm levado a plataforma Twitter a tomar medidas excepcionais de remover tweets de proeminentes políticos defensores da cloroquina para combater o COVID-19.

3. Validação discursiva da informação na emergência de saúde pública por COVID-19

Em um mundo com desigualdades social, econômica, política e tecnológica, o acesso, o uso, a apropriação e a produção de informação são também desiguais, e muito assimétricos. Em tempos extraordinários como o que vivemos, em que estudos científicos para definir tratamentos e medidas de controle da COVID-19 ainda não são conclusivos e existe a mistura gigante de notícias e informações verdadeiras ou fraudulentas, a apropriação de conduta única ou exclusiva, para uso de medicamento ou medida como a do isolamento social, está envolvida numa onda de desinformação, desequilibrando relações, podendo levar a tomadas de decisões errôneas.

O mundo digital enaltece a "informação espetacularizada", onde os discursos são construídos e reproduzidos sem o compromisso com a veracidade daquilo que é informado. O discurso expressa intenções retóricas de poder, domínio, manipulação.

A partir do paradigma linguístico, quer-se compreender o discurso como representação e interpretação, e também sua força socializado. Isto inclui a validação da informação. A ideia do discurso como fonte de entendimento e integração social se baseia na Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas.

Gonçalves e Lima (2014) afirmam que "o núcleo da teoria do agir comunicativo de Habermas e da correspondente teoria da verdade pode ser

resumido da seguinte forma: usar a linguagem significa, essencialmente, avançar pretensões de validade que devem poder ser justificadas discursivamente".

Habermas elabora uma pragmática universal que expõe e analisa as condições de possibilidade de comunicação, de seus pressupostos e de suas implicações, inclusive no campo da ética e da política. A pragmática supõe uma concepção de que o significado é relativo a contextos determinados e deve ser considerado a partir do uso dos termos e expressões linguísticos usados nesses contextos. O significado não é arbitrário, mas depende do contexto.

Pinzani (2009) observa que, para Habermas, "a verdade é uma pretensão de validade que ligamos a proposições ao afirmá-las". Destacando que afirmações pertencem aos atos de fala, "elas são a forma tomada por uma proposição e não podem ser nem verdadeiras nem falsas, mas sim legítimas ou ilegítimas". Verdadeira ou falsa é a proposição que se afirma, isto é, o conteúdo da afirmação. O discurso é uma forma de comunicação caracterizada pela argumentação. Pretensões de validade que se tornam problemáticas são discutidas para investigar sua legitimidade e, para isso, trocam-se argumentos.

É a possibilidade de ação sobre a ação mediada pela linguagem que se abre entre as pessoas, estabelecendo processo discursivo de entendimento que visa o consenso apoiado em razões ou argumentos. Sendo assim, a ação comunicativa se funda em um "ato hermenêutico de compreensão que pode sempre levar a um questionamento das suas pretensões de validade e, eventualmente, a um discurso no qual tais pretensões devem ser fundamentadas" (PINZANI, 2009, p. 81). A força do melhor argumento não é de natureza lógica, nem empírica, mas motivacional: "argumento é a fundamentação que deve motivar-nos a reconhecer o valor da validade de uma afirmação, ou de uma ordem, ou de uma avaliação" (PINZANI, 2009).

A mudança do modo de comunicação de um para muitos para aquele de muitos para muitos, como através da Internet, atualiza e amplia as questões de validação da informação. Questão relevante no discurso é a correspondência entre representação e acontecimento. A questão da objetividade das falas na esfera pública são ampliadas no neste modo de comunicação de muitos para muitos. Entre as causas estão a ampliação quase ilimitada das fontes de informação, e as controvérsias sobre sinceridade e honestidade.

A base do entendimento mútuo eficaz para a coordenação de ação é a aceitação da pretensão de veracidade levantada por declaração de intenção ou

solicitação, pretensão autenticada pela racionalidade reconhecível de uma decisão (HABERMAS, 2004, p. 119). No agir orientado para o entendimento são especificadas as condições para o acordo a ser alcançado na comunicação.

Habermas (2003, p. 164) observa que a ideia fundamental do agir orientado para o entendimento mútuo é a motivação racional de um pelo outro para a ação de adesão. Isso acontece em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita, enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação.

A validação parte do entendimento entre sujeitos sobre algo no mundo objetivo. O entendimento intersubjetivo requer deles a expressão dos pontos de vista, com pretensão de sinceridade. As controvérsias demandam esforço de argumentação e aceitação tácita do melhor argumento. As condições desta comunicação ideal entre sujeitos são contrafactuais, mas funcionam como modo de avaliar as condições reais.

Outro ponto a ser destacado é que a dinâmica de expressão dos pontos de vista e de argumentação pode e deve ser feita em linguagem natural e simples. Isto é relevante quando se trata de legitimação de afirmações de cientistas na esfera pública. A questão não é apenas de tradução, mas de sinceridade e de honestidade em relação às normas sociais de dignidade e bem-estar.

O que a pandemia do coronavírus tem ensinado é que a exposição intensiva e intensa da finitude dos serem humanos impõe limites para as falas na esfera pública. Assim, as controvérsias ficam dentro das fronteiras da finitude, limitada por uma razão que tem por fundamento último a dignidade humana.

Não basta a autoridade de ser presidente dos EUA para fazer valer uma teoria da conspiração sobre a fabricação do coronavírus em laboratórios na China, quando as evidências apontam para outro sentido. Assim como não basta a autoridade de ser presidente do Brasil para fazer valer a eficácia da cloroquina no tratamento da doença, quando os estudos clínicos apontam para graves efeitos adversos. As pretensões de veracidade das falas de autoridades políticas enfrentam objeção a partir das parcelas da sociedade que duvidam da sua sinceridade e honestidade.

Contudo, a resolução da controvérsia torna-se mais complexa quando diz respeito à diferentes ameaças à vida. Isto é particularmente visível na discussão sobre isolamento social, em que a eficácia do distanciamento para

reduzir a disseminação do coronavírus se contrapõe aos óbvios efeitos em termos de redução da atividade econômica e da dificuldade para obter renda. Esta contraposição não é falsa, mas desonesta porque naturaliza um modo de produção historicamente construído.

A recessão econômica esvazia de modo brutal a retórica de equilíbrio fiscal. Por um lado, porque há redução geral de preços. Por outro, porque pode ser enfrentada de modo eficaz com o aumento do gasto público. As dificuldades das famílias para obter renda é desigual na sociedade, e requer forte ação redistributiva do Estado com amplos programas de renda mínima e crédito subsidiado para a sobrevivência de pequenas empresas. A controvérsia não é entre vida e economia, mas entre distintas propostas econômicas. De um lado, aquelas amplas parcelas da sociedade que necessitam do Estado para se manter em isolamento social. De outro, aquele 1% de rentistas e de grandes corporações que fundamentam suas falas em proposições na busca cega da maximização das suas riquezas e não valorizam a vida e a dignidade humana.

CONCLUSÃO

A pandemia de gripe por COVID-19 está nos ensinando bastante sobre a relação entre informação científica e política, que está muito além de uma atualização do conflito entre doxa e episteme, entre opinião e verdade.

Em primeiro lugar, houve intenso conflito para determinar a gravidade da doença viral. O tamanho da epidemia e a letalidade da gripe na China quando apresentado em números absolutos dá uma dimensão assustadora. Apesar disto, a doença foi subestimada por muitos governos com consequências desastrosas. Foi necessário demonstrar a sua capacidade para rápida disseminação e de saturação dos sistemas de saúde para a Organização Mundial de Saúde declarasse emergência global. Uma das primeiras querelas em torno da epidemia foi a origem do coronavírus, em que não faltaram teorias conspiratórias e xenofobia.

Adicionalmente, foi necessário um grande confronto público entre cientistas e políticos com distintas perspectivas para que a maioria entendesse que o vírus tem características biológicas que indicam fortemente que ele não foi produzido em laboratório.

As doenças transmissíveis podem ser controladas com proteção específica por vacinas. Contudo, elas demoram para ser desenvolvidas e

produzidas com critérios seguros. Assim, especulações sobre iniciativas neste sentido proliferam e há uma guerra pelo pioneirismo.

A rápida disseminação de uma virose que não tem medidas de proteção específica e nem tratamento pode colapsar os sistemas de saúde. Esta é a principal razão para que a Organização Mundial de Saúde tenha recomendado medidas de isolamento e distanciamento social. A aplicação desta medida de proteção para impedir a rápida disseminação do coronavírus tem consequências sociais terríveis. O isolamento social não tem os mesmos atributos e expressão em sociedades marcadas pela desigualdade. Os 800 milhões de pessoas no mundo que vivem abaixo da linha da miséria e que passam fome são especialmente vulneráveis.

A paralisia da atividade produtiva traz crise econômica sem precedentes na história, com correspondente crise do valor. A defesa do isolamento social ou da sua interrupção brusca ou programada se tornam rapidamente profunda controvérsia global. A resolução inicial da controvérsia acontece porque milhões de casos da doença e centenas de milhares de mortes impõem o isolamento social e reduzem o espaço de contestação. No início da pandemia a contraposição entre saúde e economia se reduz a grupos de extrema direita, que se mantêm irredutíveis em negar a ciência e as recomendações das autoridades sanitárias.

Uma outra controvérsia relevante acontece em relação aos tratamentos para a doença. É um território onde emergem quase diariamente notícias fraudulentas. Neste caso deve-se observar que em muitos casos a origem destas informações pode estar em cientistas ou institutos de pesquisa. Elas são apropriadas e disseminadas de acordo com interesses políticos e econômicos.

Uma das principais controvérsias sobre tratamento da COVID-19 acontece em torno do uso da cloroquina, medicamento disponível para tratamento de malária e de doenças reumatológicas. Há uma longa distância entre a eficácia em laboratório e o uso corrente em seres humanos. Atores políticos se apressam a abraçar a ideia do uso da cloroquina, particularmente aqueles interessados no fim do isolamento social. É como se a existência de um medicamento eficaz pudesse liberar a sociedade para interagir livremente. Contudo, logo que são realizadas as primeiras investigações controladas do uso da cloroquina aparecem os efeitos colaterais graves.

A cloroquina é abandonada como a panaceia contra a pandemia. A experiência anterior no enfrentamento de viroses mostra ser difícil desenvolver

antivirais. São muitas as razões biológicas para isso, incluindo a mutação genética dos vírus.

A pandemia de COVID-19 está nos ensinando muita coisa, entre elas que a emergência da morte e da finitude humana no horizonte reduz o espaço para informação fraudulenta e para controvérsias sem correspondência com o mundo objetivo. Uma a uma, as informações não verdadeiras vão naufragando. A disseminação da informação na sociedade enfrenta o filtro do uso público da razão, particularmente aguçado pelo horizonte da finitude humana.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. *Itália pagou preço alto ao resistir a medidas de isolamento social para conter Coronavirus*. EL PAÍS, 25 mar. 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/internacional/2020-03-25/italia-pagou-preco-alto-ao-resistir-a-medidas-de-isolamento-social-para-conter-coronavirus.html. Acesso em: 25 abr. 2020, 20:10:00.

BEAUMONT, Peter; BORGER, Julian; BOFFEY, Daniel. *Malicious forces creating "perfect storm" of coronavirus disinformation*. The Guardian, 24 abr. 2020. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2020/apr/24/coronavirus-sparks-perfect-storm-of-state-led-disinformation. Acesso em: 25 abr. 2020, 18:25:00.

CELLAN-JONES, Rory. *Fake news worries "are growing"*. BBC News, 22 set. 2017. Disponível em: https://www.bbc.com/news/technology-41319683. Acesso em: 22 abr. 2020, 16:30:00.

ONOVAN, Joan. *Social-media companies must flatten the curve of misinformation*. Nature, 14 abr. 2020. Disponível em: https://www.nature.com/articles/d41586-020-01107-z. Acesso em: 22 abr. 2020, 16:45:00.

FLAXMAN, Seth et. al. Report 13 - *Estimating the number of infections and the impact of non-pharmaceutical interventions on COVID-19 in 11 European countries*. 30 mar. 2020. Disponível em: http://www.imperial.ac.uk/medicine/departments/school-public-health/infectious-disease-epidemiology/mrc-global-infectious-disease-analysis/covid-19/report-13-europe-npi-impact/. Acesso em: 29 abr. 2020, 10:30:00.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 10. ed. Tradução e organização de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 35. ed., Petrópolis: Vozes, 2008.

GHEBREYESUS, T. A. WHO. *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19* – 11 March 2020. Geneva: WHO, 2020. Disponível em: https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020. Acesso em: 28 mar. 2020, 21:40:00.

GONÇALVES, Márcio. LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro. Validação discursiva da informação. *Linguagem & Ensino*, Pelotas, v.17, n.3, p.901-925, set./dez. 2014.

GOVERNADOR de Nova York cita Brasil como mau exemplo de atuação contra COVID-19. CNN Brasil, São Paulo, 22 abr. 2020. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/04/22/governador-de-nova-york-cita-brasil-como-mau-exemplo-de-atuacao-contra-covid-19. Acesso em: 24 abr. 2020, 18:20:00.

HEBERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Teorias da verdade. In: _____ *Obras escolhidas de Jürgen Habermas*: teoria da racionalidade e teoria da linguagem. V2. Lisboa: Edições 70, 2010. Cap. 5.

LEDFORD, Heidi. *Chloroquine hype is derailing the search for coronavirus treatments*. Nature, 24 abr. 2020. Disponível em: https://www.nature.com/articles/d41586-020-01165-3. Acesso em: 25 abr. 2020, 22:17:00.

LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de. AIDS - as epidemias dos vírus e das informações. *Ciência da Informação*, [S.l.], v. 22, n. 3, dec. 1993. Disponível em: http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/477/477. Acesso em: 29 apr. 2020, 11:50:00.

LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de. *AIDS - uma epidemia de informações*. 2. ed. Rio de Janeiro: E-papers, 2005.

MARTINS, Carlos. *Como a cloroquina virou a salvação da lavoura*. Baguete, 8 abr. 2020. Disponível em: https://www.baguete.com.br/noticias/08/04/2020/como-a-cloroquina-virou-a-salvacao-da-lavoura/. Acesso em: 25 abr. 2020, 18:40:00.

MCDONALD, Jessica. *Baseless Conspiracy Theories Claim New Coronavirus Was Bioengineered*. FactCheck.org. Disponível em:

https://www.factcheck.org/2020/02/baseless-conspiracy-theories-claim-new-coronavirus-was-bioengineered/. Acesso em: 23 abr. 2020, 16:40:00.

MILNE, George J.; XIE, Simon. *The Effectiveness of Social Distancing in Mitigating COVID-19 Spread:* a modelling analysis. medRxiv, 23 mar. 2020. Disponível em: https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.03.20.20040055v1. Acesso em: 25 abr. 2020, 15:55:00.

MONTEIRO, Maria da Graça M. de F. *Ciência e risco*: as controvérsias como procedimento da comunicação pública num contexto democrático. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2009. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/4412. Acesso em: 25 abr. 2020, 14:30:00

PIERRE, Eduardo. *Curva de mortes de Covid-19 no Brasil é mais rápida que a da Espanha, dizem universidades*. G1, Rio de Janeiro, 23 abr. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/23/curva-de-mortes-de-covid-19-no-brasil-esta-mais-rapida-que-a-da-espanha-dizem-universidades.ghtml. Acesso em: 24 abr. 2020, 17:35:00.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

QUIAN, Alberto. *Pandemia de mentiras sobre el coronavirus*: así amenaza nuestra salud y la democracia. ctxt.es. Contexto y Acción, 21 abr. 2020. Disponível em: http://ctxt.es/es/20200401/Politica/31843/bulos-redes-fake-news-democracia-pandemia-covid-conspiranoicos-alberto-quian-infodemia.htm. Acesso em: 23 abr. 2020.

SANDY, Matt; MILHORANCE, Flávia. *Brazil's President Still Insists the Coronavirus is Overblow*. These Governors are Fighting Back. Time, 6 abr. 2020. Disponível em: https://time.com/5816243/brazil-jair-bolsonaro-coronavirus-governors/. Acesso em: 22 abr. 2020, 18:30:00.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

SMITH, David. *Coronavirus*: medical experts denounce Trump's theory of 'disinfectant injection'. *The Guardian*, 24 abr. 2020. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2020/apr/23/trump-coronavirus-treatment-disinfectant. Acesso em: 24 abr. 2020, 17:38:00.

TAVERNISE, Sabrina; OPPEL JR, Richard A. *Spit On, Yelled At, Attacked:* Chinese-Americans Fear for Their Safety. The New York Times, 23 mar. 2020. Disponível em: https://www.nytimes.com/2020/03/23/us/chinese-coronavirus-racist-attacks.html. Acesso em: 23 abr. 2020, 21:55:00.

TAYLOR, Adam. *What caused the coronavirus*? A skeptical take on the theories about the outbreak's Chinese origin. Washington Post, 16 abr. 2020. Disponível

em: https://www.washingtonpost.com/world/2020/04/16/what-caused-coronavirus-skeptical-take-theories-about-outbreaks-chinese-origin/. Acesso em: 23 abr. 2020, 21:25:00.

TREW, Bel. *Hundreds dead in Iran from drinking methanol amid fake reports it cures coronavirus*. The Independent, 27 mar. 2020. Disponível em: https://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/iran-coronavirus-methanol-drink-cure-deaths-fake-a9429956.html. Acesso em: 23 abr. 2020, 22:05:00.

WARDLE, Claire, DERAKHSHAN, Hossein. *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking*. Strasbourg Cedex: Council of Europe, 2017. Disponível em:https://edoc.coe.int/en/media/7495-information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research-and-policy-making.html.. Acesso em: 22 abr. 2020.

DA POSIÇÃO DE PREFERÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: há um princípio da irresponsabilidade civil?

Paulo Roberto Binicheski
Mestre em Direito e doutorando no PPGDIN da UFF
binparo@gmail.com

Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva
Doutor e Professor do PPGDIN da UFF
candidoduarte@id.uff.br.

Resumo: O ensaio traz uma investigação sobre as chamadas leis principiológicas, examinando o modelo adotado pelo Brasil a partir de dados colhidos na Lei do Marco Civil da Internet, com destaque para uma certa posição de preferência à liberdade de expressão e dando conta de um regime legal estatuído que confere espécie de imunidade de responsabilidade aos provedores de conexão e provedores de aplicativos. No ensaio em causa foi efetuada uma revisão bibliográfica e utilizada a literatura pertinente aos objetivos do texto. Após uma abordagem inicial quanto às leis principiológicas, o ensaio aborda alguns aspectos da regulação nos EUA e na União Europeia, para em seguida abordar os princípios insertos na legislação objeto da investigação e depois discorrer quanto à posição de preferência à liberdade de expressão contida na legislação do marco civil da internet. Em seguida, para permitir a demonstração da posição de preferência à liberdade de expressão, o ensaio trata de demonstrar a possibilidade de ter sido conferido um modelo de aparente irresponsabilidade civil aos provedores de serviços de acesso e de provedores de aplicações.

Palavras-chave: Leis principiológicas. Regulação. Princípios. Expressão. Irresponsabilidade.

INTRODUÇÃO

Ao investigar certos aspectos do regime legal estabelecido pelo legislador brasileiro nos usos da Internet no Brasil, nos deparamos com a perspectiva de a legislação estabelecer, em alguma medida, um certo regime de primazia à liberdade de expressão em face de outros princípios de igual proteção constitucional. O que se vê logo nos primeiros dispositivos legais da Lei do

Marco Civil da Internet é a enunciação de variados princípios, alguns de ordem constitucional e outros estabelecidos pela legislação em causa.

Dessa forma, a exemplo de outras leis que são referidas posteriormente, é possível afirmar a edição de mais uma lei de caráter principiológico, o que deve ser melhor esmiuçado ao longo deste ensaio. Perquirir sobre este tópico e como o legislador buscou dar uma primazia à liberdade de expressão, pontualmente pode revelar problemas de ordem prática, dado que em algum momento algum princípio poderá ser sacrificado em detrimento de outro e a escolha do legislador, pode conduzir a danos à imagem e a honra das pessoas, por exemplo. E descortinar a fórmula legal encontrada pelo legislador é um desafio a ser enfrentado neste ensaio e apontar sobre eventual acerto ou equívoco da nossa legislação.

O tema em causa encontra a sua justificação para compreender o nosso sistema legal, a sua interface com a liberdade de expressão e o regulamento legal de uma espécie de irresponsabilidade aos agentes econômicos que atuam no fornecimento de determinados serviços em Internet. O tema é extremamente relevante, pois a cada dia que passa a Internet é mais amplamente utilizada por todos e pode causar danos na órbita de terceiros, alguns até de natureza irreversível, posto que a responsabilização nem sempre será possível ao real causador do dano.

Destarte, os objetivos propostos para que sejam alcançados no espaço deste ensaio terá como utilização metodológica a revisão bibliográfica de variados autores sobre o tema que abordaram as questões suscitadas.

No desenvolvimento do tema, inicialmente terá como investigação uma abordagem sobre as leis principiológicas. No tópico seguinte, há uma abordagem sobre a regulação nos EUA e no Continente Europeu, mais precisamente no âmbito da Comunidade Europeia. Ultrapassada a pesquisa nos pontos anteriores, em seguida há uma abordagem nos variados princípios insertos na recente legislação do marco civil da Internet, para avançar no propósito do tema e discorrer quanto ao tópico da posição de preferência quanto à liberdade de expressão no marco legal da Internet no Brasil. E para finalizar o ensaio, há uma abordagem quanto à possibilidade ou não de modelo de irresponsabilidade civil conferido aos intermediários técnicos que atuam no fornecimento de certos serviços em Internet, os provedores de conexão e provedores de aplicações.

1 MODELO DE LEIS PRINCIPIOLÓGICAS

É na Constituição de um país que vamos encontrar, na dicção de Rizatto Nunes, "normas mais relevantes que outras" (NUNES, 2009, p. 10) e assim, decorrentes da importância que lhes foi conferida pelo legislador constituinte, "são as que veiculam *princípios*, verdadeiras diretrizes do ordenamento jurídico. (NUNES, 2009, p. 10). Dessa forma, os princípios erigidos na Constituição "passam à esfera decisória dos arestos, até constituírem com estes aquela jurisprudência principal (BONAVIDES, 1994, p. 260).

Assim, os chamados princípios assumem importância vital para os ordenamentos jurídicos e acabam por serem incorporados nas Constituições e "aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais" (BONAVIDES, 1994, p. 260). Os princípios, portanto, assumem uma posição de destaque no ordenamento jurídico e estão no topo da árvore do sistema jurídico, o que faz com que naquelas situações em que não seja obedecido, equivale, na metáfora de Paulo Bonavides, como decepando as raízes dessa árvore. (BONAVIDES, 1994, p. 265).

Sem duvidar da força dos princípios insertos em uma Constituição, notadamente na nossa de 1988, mas que a concretude deles depende de uma boa jurisprudência a ser firmada pelos Tribunais, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, erigido a guardião da nossa Constituição e por conseguinte, a de firmar em seus julgados a força e o alcance dos princípios insertos em seu texto maior. Em nosso sistema, a tarefa de interpretar os princípios, a partir da imensa maioria dos casos concretos, é a do juiz no dia a dia, a quem compete observar a máxima em que "os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas" (BONAVIDES, 1994, p. 261).

E esclarece Nunes, os princípios com uma função deveras importante dentro do ordenamento jurídico, pois "orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral". (NUNES, 2009, p. 10). E prossegue, "os princípios dão coesão ao sistema jurídico, exercendo excepcional fator aglutinante" (NUNES, 2009, p. 100). É na Constituição, portanto, o lugar "onde o Direito se localiza e onde o Direito procede" (BONAVIDES, 1994, p. 261) e é "o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema" (BONAVIDES, 1994, p. 261).

E decorrente da nossa Constituição de 1988, foi editado em 1990 o Código de Defesa do Consumidor, dado que por expressa previsão do legislador

constituinte foi prevista a edição desse Código (art. 48 do ADCT), sendo que no rol dos direitos e garantias constitucionais, no capítulo I, foi inserida a proteção do consumidor como um princípio básico individual e de índole coletiva, a obrigação do Estado em promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII) e ainda como princípio da ordem econômica, em que deve ser observado, entre outros princípios, a defesa do consumidor (art. 170, V). Portanto, o CDC é emanado diretamente da força normativa da Constituição com forte conteúdo principiológico, com seu desenho legal constituído com variados princípios, "funcionando como um vetor para o intérprete" (NUNES, 2009, p. 10) e assim, cabe ao jurista, em um primeiro momento, orientar-se nos princípios, para investigar em que direção estão apontados e dar uma interpretação que não conflita com o princípio em causa.

Todavia, o CDC não está solitário e atualmente há outras leis no Brasil com conteúdo principiológico, como a Lei do Marco Civil da Internet ou simplesmente LMCI e a recente Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD e alguns desses princípios referidos nos textos legais emergem diretamente do texto constitucional, de forma ao regular certos aspectos da modernidade, e cabe aos aplicadores do Direito dar a concretude que deles se espera. Para os propósitos deste ensaio, vale referir que em 2014 veio à lume a LMCI, Lei nº 12.965, com variados princípios já previstos na Constituição Federal, a exemplo da previsão normativa de ser a disciplina e o uso da internet no Brasil como princípio a garantia da liberdade de expressão (art. 3º, inciso I, da Lei 12.965/2014), assunto central da presente investigação.

Para Lênio Streck, "vivenciamos uma tirania dos princípios" (STRECK, 2014, p. 341) asseverando em termos que há uma profusão de leis com repetição de princípios constitucionais e "surgem constantemente novos princípios que assumem o status de norma jurídica, mas que na prática servem de álibis retóricos para posturas dogmáticas ou judiciais que não guardam uma fundamentação intersubjetiva" (STRECK, 2014, p. 341). A esse fenômeno de princípios nas leis, Lênio Streck chama de "pamprincipiologismo", o que pensa ser um exagero, dado que em algumas situações os princípios já constam da Carta Constitucional e ao criar os princípios orientadores, "em muitos casos não passam de tautologia das regras, uma espécie de resumo, que seriam melhor descritos por intermédio de regras" (STRECK, 2014, p. 341).

Em oposição ao pensamento acima citado, Newton de Lucca vislumbra como bom a referência aos princípios, como os constantes da LMCI, pois agora

há uma disciplina própria para as questões jurígenas da Internet e chama os princípios como "enformadores", ou seja, os princípios não dão informação, mas no sentido de que enformam a moldura da construção de uma sociedade constantemente em mudança, fazendo referência ao CDC (DE LUCCA, Newton, 2015, p. 24). E como ensina Luis Roberto Barroso, em algum momento os princípios possuem um ponto indeterminado, ocasião em que caberá ao intérprete dar o seu sentido, de acordo com a sua concepção ideológica ou até filosófica, afastando carga negativa, dado que é um meio de a norma estar sempre adaptada e atualizada com o momento de sua aplicação (BARROSO, 2005, p. 18).

2 A REGULAÇÃO DA INTERNET NOS EUA E NA UNIÃO EUROPEIA

Enquanto que o Brasil somente legislou em 2014 para regular certos aspectos da Internet com a LMCI, afastando-se da pretensão de regular ou tipificar crimes, veio na esteira do escândalo de práticas de espionagem reveladas nos Estados Unidos (LEMOS, 2014, p. 8) e foi a resposta "politicamente sólida para uma democracia constitucional, como é o caso do Brasil" (LEMOS, 2014, p. 8)na América a regulação de certos aspectos da responsabilidade Civil dos agentes econômicos que atuam no meio já estava legislativamente prevista desde 1996 com a tida por muitos como a nos EUA, tido como o berço da Internet, ainda em 1996 veio o primeiro marco regulatório com a edição da chamada Lei das Decências das Comunicações, ou simplesmente *Decency Communications Act* (LEONARDI, 2005, p. 45-47).

Desta forma, a *Decency Communications Act* estabeleceu um regime de portos seguros aos intermediários técnicos, os quais estariam imunes de responsabilidade civil ou penal pelos atos praticados por seus usuários, quando oferecem os serviços de acesso à Internet (*Interactive Computer Service* (*ICS*) ou naqueles serviços dos chamadores provedores de hospedagem para conteúdos de terceiros (*Information Content Provider - ICP*) (LEONARDI, 2005). Nesse marco legal, os provedores de Internet foram estimulados a monitorarem os acessos de seus usuários, mediante a obrigação da exigência de identificação do usuário ao acessar a rede e navegar nos diversos conteúdos, prática que foi considerada como inconstitucional, pois poderia causar sérios prejuízos à liberdade de expressão, dado que inibiria vários usuários de acessarem conteúdos diversos

além de que poderia ser facilmente burlável as exigências impostas, razão pela qual apenas permaneceu em vigor a disposição que conferia uma espécie de imunidade de responsabilização civil ou criminal pelos conteúdos gerados por seus usuários ou pelos locais visitados por esses. (BINICHESKI, 2011, p. 30-34). Importa mencionar, o desenho original previsto pelo legislador norte americano criava obrigações aos agentes econômicos, os quais poderiam ser compelidos a agir com atos de censura, contrariando à própria arquitetura da rede, pensada como protetiva da ampla liberdade de expressão (LESSIG, 2006, p. 236).

Mais recentemente, a *Decency Communications Act* sofreu alteração legislativa e retirou a imunidade civil e criminal à categoria dos agentes econômicos que fornecem espaço em seus servidores para publicação do conteúdo de terceiros, desde que digam respeito a fatos que permitam a facilitação da prostituição e do tráfico de menores, o que exige monitoramento constante dessa categoria de provedores de Internet, conhecidos nos EUA como *hostings* (CHAMBERLAIN, 2019, p. 2171-2211). Cabe destacar que nos EUA há uma outra legislação própria para os conteúdos que digam respeito às possíveis violações ao Copyright, a lei do *DMCA,* ou *Digital Millennium Copyright Act*, publicada em 28 de outubro de 1998. A legislação do *DMCA*, com regime próprio e destacado, no qual a principal característica é a existência de portos seguros aos provedores de Internet que hospedam conteúdos de seus usuários, tornando-os isentos de responsabilidade civil pelos conteúdos, pois há a presunção do desconhecimento, mas a partir do momento em que são notificados extrajudicialmente por quem diz ser o verdadeiro proprietário, possuem o dever de agir expeditamente para sua remoção ou bloqueio de acesso, procedimento conhecido como de notificação e de retirada (*notice and takedown*) (BINICHESKI, 2011, p. 60-80).

No regime comunitário, as questões emblemáticas da responsabilização civil da Internet e para evitar atos de censura foram solucionadas por uma Diretiva, a Diretiva do Comércio Eletrônico (2000/31/CE), no qual as diferentes categorias funcionais de prestadores de serviços em Internet, conhecidos como de mero acesso e de hospedagem, são isentos de responsabilidade civil, criando-se uma regime de aparente irresponsabilidade civil, nomenclatura vista na literatura portuguesa, em razão de ser reconhecido a impossibilidade técnica de ser exercido um controle sistêmico do conteúdo transportado ou armazenado nos servidores dos provedores de Internet, isenção que permanece enquanto não tiverem conhecimento da existência de material infrator existente em seus sistemas (VICENTE, 2005, p. 323). De qualquer sorte, como adverte Martinez,

não se trata de criar um princípio absoluto de irresponsabilidade, mas sim com a possibilidade de responsabilizar a quem o acesse de modo ilícito (MARTINEZ, 2005, p. 270).

Delineado em linhas gerais o sistema legal conferido pelos EUA e da União Europeia, vale lembrar que o Brasil editou a Lei do Marco Civil da Internet, conferindo regras próprias, restando conhecida como uma lei principiológica, abordado anteriormente, cujos princípios em causa pertinentes ao objeto deste ensaio são analisados em seguida.

3 OS PRINCÍPIOS DA LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Anteriormente ao Marco Civil da Internet tramitava no Congresso Nacional o chamado Projeto da chamada Lei Azeredo, projeto que cuidava de certos aspectos criminais com a previsão de configurar crime quando o usuário, por exemplo, transferia músicas de um aparelho para outro ou simplesmente efetuava o desbloqueio de um aparelho de telefone celular que estivesse vinculado por contrato de fidelização junto a uma operadora de telefonia celular, e com poder utilizar o aparelho de telefone em outra operadora de telefonia celular (LEMOS, 2014, p. 4). A proposta da lei Azeredo causou grande apreensão em diversos segmentos, pois acaso viesse a se tornar lei, havia o risco de tornar a Internet engessada no sentido de inibir a inovação, em razão da potencial criminalização de diversas etapas da "pesquisa, inovação e produção de novos serviços tecnológicos (LEMOS, 2014, p. 4).

Em oposição ao referido projeto, ocorreu uma grande mobilização social e os acadêmicos passaram a apontar os problemas e as preocupações chegaram até ao Governo e também no âmbito do Congresso Nacional, sendo que ai decolou a ideia de um projeto de construção dos direitos civis na Internet e que "traduzisse os princípios fundamentais da Constituição Federal para o território da internet" (LEMOS, 2014, p. 4). O projeto foi sendo construído em regime colaborativo, com a contribuição de variados segmentos interessados, como a classe dos provedores de serviços em Internet, tradutores, empresas de tecnologia etc., e enviado ao Congresso em 24 de agosto de 2011, tendo sido designado como relator o Deputado Alessandro Molon (PT-RJ), mas o que teria alavancado efetivamente o projeto e sua posterior aprovação e convertido na Lei do Marco Civil da Internet foi o chamado escândalo Snowden, quando foi noticiado que os EUA espionavam inclusive chefes de Estado e a nossa lei, é "em

grande medida os caminhos da democracia em uma sociedade cada vez mais digital" (LEMOS, 2014, p. 4-7).

Portanto, a previsão de variados princípios de ordem constitucional no texto legislado não foi fruto do acaso, mas decorreu de amplos debates com diversos segmentos e "simboliza o desejo do Brasil em participar dos processos de inovação globais" (LEMOS, 2014, p. 10). Desse modo, como expõe João Longhi,

> No que concerne aos princípios, podemos enumerá-los em rol exemplificativo: (a) garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, nos termos da Constituição; b) proteção da privacidade; c) proteção de dados pessoais, na forma da lei; d) preservação da garantia da neutralidade da rede; (e) preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; (f) responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; e (g) preservação da natureza participativa da rede; (h) a liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta lei (art. 3º). (LONGHI, 2020, p. 300).

Quanto ao tema central deste ensaio, da posição de preferência da liberdade de expressão no âmbito da Internet, será objeto de maiores considerações no próximo tópico. Por ora, cabe destacar a opinião de Lênio Streck, para quem a menção contida na lei, ao fazer referência "nos termos da Constituição" seria algo despiciendo, por já existir como direito fundamental previsto na Lei Maior, e a referência a proteção de dados é uma consequência lógica, ou alguém pensaria que os dados pessoais não deveriam ser protegidos, a segurança e estabilidade da rede em nada acrescentaria, pois a rede de internet deve funcionar de forma estável e segura, a responsabilização deve ser de acordo com as atividades e traz consigo uma carga de tautologia e desnecessário, por já estar englobado na responsabilidade civil geral e nem poderia a internet ser um espaço livre de responsabilizações e se apresenta alguma especificidade, um texto legal poderia trazer a regulamentação, sem a necessidade de configurar em um princípio (STRECK, 2014, p. 340-341). E ainda acrescenta, quanto aos modelos de negócios, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos na lei "é igualmente uma obviedade" (STRECK, 2014, p. 341).

No entanto, é necessário contrapor a abalizada opinião, pois deve ser pensado que o desenho legal abre nos seus primeiros artigos legais (art. 3º), o caráter principiológico, para ao longo do texto, detalhar com mais precisão os

contornos de significados possíveis aos princípios e desde logo oferece um caminho ao intérprete para fazer uso, de modo exemplificativo, e em nada inibe a sempre saudável interpretação pelos aplicadores do Direito, no exemplo do Código de Defesa do Consumidor, norma que torna o marco legal sempre vivo, perene e atual. Acaso a lei do Marco Civil fosse de caráter fechado, na mera dogmática, em pouco tempo o texto legal restaria ultrapassado, pois uma das principais características da Internet é a sua constante evolução, ou seja, na precisa advertência de Garcia Marques, trata-se de "um direito evolutivo que se constrói segundo modalidades e a ritmos variáveis" e prossegue, "importa legislar neste domínio com prudência, a fim de evitar que as soluções adoptadas se revelem, a curto prazo, ultrapassadas" (MARQUES, 2004, p. 30).

Quanto à proteção da privacidade e proteção de dados, são questões que já se vê há muito tempo em sede de Direito Comunitário, a exemplo das Diretivas, das atualizações constantes e com o objetivo de assegurar ao cidadão europeu o direito ao acesso, a própria proteção de dados por uma entidade administrativa independente (MARQUES, 2004, p. 29). Nesse sentido, a lei brasileira do Marco Civil da Internet veio enunciando taxativamente algumas medidas protetivas ao cidadão, entre elas dando direitos e garantias aos usuários da rede (art. 7º), a de garantia do sigilo a ser revelado apenas e tão somente por ordem judicial (art.10º, § 1º) etc.

Vale destacar, recentemente o Brasil, depois de muitos anos de discussões aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados, com a ampliação de garantias já previstas na LMCI, e faz a adequação da proteção de dados em solo nacional, com um marco legal próprio e que está em consonância com o modelo adotado no regime comunitário, até porque, foi a norma criada "para obter o reconhecimento de adequação ao nível europeu de proteção de dados, requisito inexorável para que empresas brasileiras possam receber dados de europeus" (LIMA; MORAES; PEROLI, 2020, p. 152).

Logo, os princípios e os fundamentos previstos em lei, dotam o país de uma legislação adequada para os propósitos de uma Internet aberta e para o seu pleno desenvolvimento, sendo que a LMCI ao erigir a liberdade de expressão como um dos pilares, reafirmando o princípio constitucional, o fez para deixar claro que a regra primeira a ser observada é de ser a rede um espaço de criação, de inovação e da ampla expressão, o que será tratado logo a seguir.

4 A POSIÇÃO DE PREFERÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET

A ideia de proteção da liberdade de expressão continua a ocupar uma posição preferencial em sede de interpretação constitucional na Suprema Corte dos EUA em relação aos demais direitos fundamentais, pois decorre de "uma aceitação comum de que a Primeira Emenda deve ocupar um lugar especial na sociedade contemporânea tendo em vista a sua importância para o funcionamento de um Estado Democrático" (CHEQUER, 2011, p. 124). Claro, no próprio Direito norte americano, já há "tendência atual de conferir menos proteção a certo discursos de ódio (*hate speech*), discursos pornográficos e indecências na Internet" (CHEQUER, 2011, p. 124). Em termos, a chamada Primeira Emenda da Constituição dos EUA significa que o Congresso daquele país não pode fazer nenhuma lei que de alguma forma cerceie a liberdade de expressão (BINICHESKI, 2011, p. 28), o que serviu de ponto nevrálgico para a Suprema Corte dos EUA decidir pela inconstitucionalidade de certos aspectos da *Decency Communications Act*, como referido anteriormente.

Assim, como resta consagrado naquele país de ser a liberdade de expressão um direito fundamental preferencial (*prefererred position*) naquelas situações em que no caso concreto existir um aparente conflito entre essa e outro direito fundamental, a exemplo de um dos direitos da personalidade, a liberdade de expressão assumirá a posição de direito preferencial (VIANA, 2014, p. 136)

Entre nós, anteriormente à LMCI, existiam decisões já aparentemente sedimentadas a conferir um grau de jurisprudência, no sentido de que mediante uma simples reclamação formal do interessado, o provedor de Internet deveria bloquear ou retirar uma mensagem ou conteúdo carregada por outro usuário, sob pena de incidir no dever de indenizar por eventuais danos causados à esfera de proteção daquele interessado (SCHREIBER, 2015, p. 284). Nesse sentido, a mera reclamação poderia conduzir a um efeito perverso, qual seja, a de atos de censura, pois o provedor de aplicações para escapar de um possível dever de indenizar e infenso ao risco, optaria em retirar desde logo o conteúdo e assim seria erigido à condição de juiz daquele conteúdo e também com a latente preocupação com as reclamações de pessoas poderosas, o intermediário técnico agiria "como medida de proteção própria (GETSCHKO, 2014, p. 15).

Essa lógica foi alterada e com a LMCI, cabe ao Estado-juiz o controle acerca de determinar ou não a retirada do conteúdo, pois o modelo legal determinou que somente pode incidir o espectro da responsabilidade civil ao

intermediário técnico, quando existir uma ordem judicial direta e clara quanto ao tema (LONGHI, 2020, p. 303). Portanto, o desenho legal da LMCI foi construído para dotar, em alguma medida, da garantia da liberdade de expressão como um direito preferencial, a fim de evitar atos de censura, mas "nos faz recordar que a teoria constitucional e a própria jurisprudência do STF não compreendem esse direito fundamental como uma garantia *absoluta e exclusiva* (VIANA, 2014, p. 134).

Como expõe Ulisses Viana, é a preocupação para a preservação do núcleo essencial da liberdade de expressão e a sua tormentosa interface com o dilema da censura, a qual pode assumir a grave lesividade além do mero plano político, "mas, sem dúvida, nas esferas do desenvolvimento individual, bem como social no plano científico e econômico" (VIANA, 2014, p. 137).

E para que a liberdade de expressão não seja cerceada pelos agentes econômicos que prestam os serviços de conexão e de hospedagem de conteúdos dos usuários, o legislador elaborou um modelo legal, como será apresentado logo em seguida.

5 O PRINCÍPIO DA IRRESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Ao dispor a LMCI sobre o Princípio da Liberdade de Expressão, o legislador o fez de modo que dotou de salvaguardas os intermediários técnicos que podem ter o poder de remover ou de bloquear conteúdos na Internet, mediante a explicitação no texto legal de um conjunto de regras que conduzem a um senso de irresponsabilidade civil. Desse modo, como afirmado por Souza, a Lei deu à liberdade de expressão os parâmetros de interpretação do sistema da responsabilidade civil (SOUZA, 2015, p. 398).

Como a nossa lei lembra o regime norte americano e da União Europeia, a literatura portuguesa, por exemplo, nomina o desenho legal da imunidade de responsabilidade civil como um Princípio de Irresponsabilidade, ou na dicção de Moura Vicente, o reconhecimento da impossibilidade técnica dos provedores de exercerem controle sistemático da informação transportada ou armazenada em seus sistemas (VICENTE, 2005, p. 323), figura jurídica dos provedores de conexão. E na figura dos provedores de armazenamento de dados de seus usuários, o que pode ser encontrado no nosso regime legal como os chamados provedores de aplicações, o modelo comunitário dispõe que essa classe de

agentes econômicos não pode ser responsabilizada, a não ser que deixe de remover de modo rápido ou de impedir o acesso às informações inquinadas de ilícitas, ao tempo em que venham a tomar conhecimento real ou presumido sobre a ilegalidade (JULIÁ-BARCELÓ e KOELMAN, jun. 2000, p. 7-8).

No Brasil, com a entrada em vigor da LMCI, pode ser afirmado a existência do mesmo Princípio da Irresponsabilidade, dado que no artigo 18, de forma explícita, o legislador afirmou que o provedor de conexão não será responsabilizado pelos danos causados pelos conteúdos gerados por terceiros. E quanto à figura do provedor de aplicações, a regra do art. 19 da LMCI é de torna-lo responsável tão somente naquelas situações em que deixar de cumprir com a ordem judicial, regra criada para que o intermediário técnico não viesse a agir como juiz, pois poderia abrir as portas para a censura e essa isenção de responsabilidade civil a *priori* torna a figura do intermediário técnico mais confortável e evita que tenha que agir de modo a julgar se o conteúdo seja nocivo ou não, tarefa que cabe ao juiz no Estado Democrático de Direito e cria, um ambiente de segurança jurídica (GETSCHKO, 2014, p. 15).

Além disso, quando no artigo 19 alude ao dever legal dos intermediários técnicos de remover conteúdos de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, que foram postados sem a autorização de seus participantes, mediante a mera notificação do interessado, sob pena de responsabilização pelo conteúdo, configura, da mesma forma que os dispositivos anteriores, uma espécie de imunização de responsabilidade civil, a qual poderá ser ativada pelo não atendimento pelo interessado.

Dessa forma, o regime legal estatuído pela Lei do Marco Civil da Internet cria um senso de irresponsabilidade civil, o que Demi Getschko chama de inimputabilidade da rede (GETSCHKO, 2014, p. 14-15), mas a qual não é absoluta, pois está condicionada a agir como um provedor de conexão ou sendo um provedor de aplicações, a cumprir com ordem judicial específicas ou atender a uma notificação do interessado.

CONCLUSÃO

A Lei do Marco Civil da Internet, ao lado de outras leis especiais no Brasil, veio com uma forte carga de princípios, sendo que é considerada como uma das leis modernas, a quem se convenciona chamar de lei principiológica.

Seus princípios possuem força irradiadora e servem de norte para que os juízes, ao decidir os casos jurígenos advindos dos usos da Internet, observem a sua base principiológica.

O que pode ser visto é que tanto os Estados Unidos como a União Europeia já possuem regramento próprio para os meandros da Internet, notadamente quanto aos deveres impostos aos intermediários técnicos. Mais recentemente o Brasil editou a sua lei que ficou conhecida como Marco Civil da Internet.

O Marco Civil da Internet, à semelhança dos regimes estatuídos referidos acima, buscou dar em sua conformação um espectro de primazia ou ordem de preferência para a liberdade de expressão, o que está de acordo com os postulados da nossa ordem constitucional.

Lado outro, para assegurar a liberdade de expressão na Internet, o legislador deu aspetos de irresponsabilidade civil aos agentes econômicos que atuam no meio, mas o fez em um modelo que em algumas situações específicas esses intermediários podem ser chamados ao senso da responsabilização, desde que deixem de cumprir ordem judicial especifica ou não venham a remover conteúdos de natureza sexual, ou seja, fotos, imagens e vídeos de cenas de nudez, que foram publicados no meio, sem a autorização de seus participantes, mediante notificação do interessado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3.

BINICHESKI, Paulo Roberto. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet. Direito Comparado e perspectivas de regulamentação no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011.

CHAMBERLAIN, Lura. FOSTA: *a hostile law with a human cost*. *Fordham L. Rev*., v. 87, p. 2171-2211, 2019. Disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol87/iss5/13. Acesso em: 14 dez. 2020, 10:25 h.

GETSCHKO Demi. *As origens do marco civil da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.) In*: Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

JULIÀ-BARCELÓ, Rosa; KOELMAN, Kamiel J. *La responsabilidad de los intermediarios de internet en la directiva de comercio electrónico: problemas no resueltos. Revista de Contratación Electrónica,* Cádiz, n. 6, p. 7-8, jun. 2000.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MORAES, Emanuele Pezati Franco de; PEROLI, Kelvin. *O necessário diálogo entre o marco civil da internet e a lei geral de proteção de dados para a coerência do sistema de responsabilidade civil diante das novas tecnologias*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães;

ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

LONGHI, João Victor Rozatti. *#Ódio: Responsabilidade Civil nas redes sociais e a questão do hate speech*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LEMOS, Ronaldo. O marco civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In:

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.) In: *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. New York, NY: Basic Books, 2006.

MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia. *Internet e privacidade*. In: *Direito da Sociedade da Informação*, vol. V. Coimbra: Coimbra, 2004.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Responsabilidade dos prestadores de serviços em rede: o novo regime legal do Comércio Eletrónico*. In: PORTUGAL. *Ministério da Justiça. Gabinete de Política Legislativa e Planeamento. Lei do Comércio Eletrónico anotada: inclui textos de conferência destinada a divulgar o novo regime legal do comércio eletrônico*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (Coord.). In: *Direito & internet III*: *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (Coord). In: *Direito & Internet III:* Marco Civil da Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto;

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord). In: *Direito & internet III*: Marco Civil da Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Apontamentos hermenêuticos sobre o marco civil regulatório da internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord) In: *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do marco civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord) In: Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014.

VICENTE, Dario Moura. *Direito internacional privado: problemática internacional da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2005.

O PAPEL DA MÍDIA NO COMBATE AO RACISMO

Leonardo Oliveira Silveira Santos Martins
UNESA, Professor, Rio de Janeiro, Brasil
leonardosantos300@hotmail.com

Paola de Andrade Porto
UNESA, Professora, Rio de Janeiro, Brasil
paolaporto@id.uff.br

Resumo: O presente trabalho se dispõe a analisar o papel da mídia e sua responsabilidade frente ao combate ao racismo sobre diversos aspectos, dentre os quais: verificar as questões em que a mídia influenciou ou influencia negativamente, atuando no *establishment* de um racismo estrutural, bem como as questões positivas, quando a mídia desempenha um papel propositivo, contundente para desconstrução de preconceitos estruturalmente inseridos. A pesquisar terá como fonte análise de referências bibliográficas e, em seu desenvolvimento serão abordados alguns conceitos necessários para maior compreensão do tema, tais como; o que é raça, o que é racismo estrutural e o que é mídia? Perpassar pela questão história e análise de aspectos sociais daquela época, bem como exemplificar alguns casos reais da divulgados na mídia ao longo do tempo. Sabe-se a importante função que a mídia, enquanto indústria cultural, desempenha principalmente frente à opinião pública. Em que pese o processo de conscientização social sobre o combate ao racismo não ser recente, as reflexões nos últimos anos se tornaram mais pujantes, notadamente a partir dos grandes (muitas vezes, violentos) protestos, reabrindo espaço na mídia para novas discussões, onde pode não ser o cenário perfeito, porém, já se percebe diversas ações midiáticas que corroboram para uma ação dialógica social mais reflexiva sobre a necessidade de se rever (e combater) práticas racistas internalizadas estruturalmente na sociedade.

Palavras-chave: Racismo estrutural; Mídia; Antirracismo; Combate.

INTRODUÇÃO

A reflexão para elaboração desta pesquisa surgiu a partir do filme "O Abutre", cujo nome original é "Nightcrawler Movie" lançado em 2014, estrelado pelo ator Jake Gyllenhaal e dirigido por Dan Gilroy, um filme policial de drama e suspense americano que traz uma crítica ao jornalismo sensacionalista, discutindo os limites éticos e morais desse tipo de mídia.

O enredo central trata de um jovem sem muitos escrúpulos que se descobre cinegrafista de eventos cotidianos, como acidentes de carros, brigas, roubos e batidas policiais, depois vende as imagens captadas aos programas jornalísticos de TV, o chamado jornalismo criminal.

Há uma cena no decorrer do filme em que o protagonista (cinegrafista) conversa com a editora chefe do programa de TV, esta sugere que o cinegrafista filme cenas de roubos, "de preferência com atos de violência cometidas por homens negros contra homens brancos" de meia idade, pois tais situações trariam mais repercussão aumentando a audiência do programa televisivo.

A proposta seletiva da personagem para a transmissão de um fato criminoso praticado por pessoas com determinadas características físicas apenas para que "rendesse" mais audiência ultrapassa as cenas de cinema e estão presentes no cotidiano social, na realidade, essa prática racista tem sido realizada pela mídia há mais tempo que se imagina. Em que pese atualmente as mídias comunicacionais têm se mostrado bastante combativa na luta contra atos racistas, sabe-se que essa mesma mídia historicamente contribuiu para construção de estereótipos negativa da população negra.

A propósito, sobre raça e racismo vale delimitar que no presente trabalho o termo racismo será atribuído aos atos preconceituosos contra a população negra, isso porque, conforme será conceituado no primeiro capítulo, o racismo pode ser praticado contra diversos povos e etnias, não somente contra pessoas de pele negra. Nesse diapasão, será importante diferenciar o conceito de preconceito, racismo e discriminação em face a população negra, abordando questões históricas temporais e espaciais no mundo, que contribuíram para esse pensamento hegemônico de dominação de povos e corpos. Na sequência, detalhar um pouco mais o discurso jurídico no Brasil com relação ao racismo.

Ultrapassada essas questões, será necessário definir qual o tipo de mídia o trabalho se refere, conceituando seus termos a partir das fundamentações teóricas de Peter Burke e John B Thompson. Por fim, a partir da análise de exemplos casos reais praticados pela mídia, seja num primeiro momento com a construção de estereótipos negativos da população negra, seja em um momento posterior, como medidas propositivas, responder a indagação inicial qual o papel da mídia no combate ao racismo?

1. Do racismo estrutural

> As (i)legalidades da classe dominante, sobrevivem através do confinamento das (i)legalidades das classes dominadas. (NEDER, 1995)

Desde os tempos remotos sempre houve a diferenciação entre os grupos sociais, entre pessoas distintas, especialmente em razão de suas características físicas, origem, religião localidade.

A separação da humanidade por raça já foi uma constituição política e econômica das sociedades modernas, mais especificamente em meados do século XVI, com a expansão econômica. A ideia naquele momento partia que todos os povos fora da Europa ou que não seguiam as culturas europeias eram menos desenvolvidos, tido como primitivos. Cabe ressaltar que as referências de raça desenvolvida a partir do prisma do europeu, também delimitava a questão do gênero, sendo considerado somente o homem em sua concepção como possuidor de personalidade e sujeito de direito, excluindo as mulheres dessa análise.

Mais adiante, a partir dos ideais iluministas que culminaram nas revoluções liberais, a propagação o conhecimento junto à necessidade de dominação de mercado, também desencadearam o processo de colonização dos territórios e povos que haviam sido descobertos (sic!) e conquistados com a desculpa forjada de levar a "civilização" aos locais tidos como primitivos, ou seja, fazer um favor aos povos não conheciam as benesses do iluminismo.

Com isso a concepção de raça, se fez presente justamente em virtude da necessidade de legitimar essa denominação econômica da Europa sobre os outros povos. E diante disso, existe uma ligação entre esta concepção mais remota e o racismo que atualmente se verifica estruturado na sociedade numa de suas variantes.

> O racismo moderno é diferente uma concepção mais viciosamente sistemática de inferioridade intrínseca e natural, que surgiu no final do século VXII ou início do século VXIII, e culminou no século XIX quando adquiriu o reforço pseudo-científico de teorias biológicas de raça, e continuou a servir como apoio ideológico para opressão colonial mesmo depois da abolição da escravidão. (ALMEIDA, 2009, p.21)

Assim, a raça se traduz a partir de alguns requisitos básicos que se interligam e acabam por serem complementares: a identificação por traço físico,

sendo que a identificação surge a partir da cor da pele, por exemplo. Outra forma de identificação da raça seria através da região que a pessoa faz parte, e que seja capaz de identificá-la a partir deste prisma, ou seja, aspecto geográfico, como por exemplo: língua, costume, tradições, etc.

Em tempos mais contemporâneos outros exemplos de definição de povo e raça sob a perspectiva de dominação e aniquilamento *do outro* podem ser citados, como foi o caso da 2ª guerra mundial, mais precisamente com o nazismo onde a questão da raça tornou-se um elemento essencial político da Alemanha.

A ideia de que a questão racial tem toda concepção histórica, ligada também aos aspectos econômicos, onde se tem que o elemento racial era preponderante diante de necessidade daqueles que se diziam pertencentes de uma raça superior.

Não existem comprovações científicas de que a questão racial, étnica, fenótipo ou outras características próprias, de alguma forma diferencia os seres humanos, a ponto de justificar tratamento discriminatório, ao contrário, isso só reforça a ideia de que, a separação por raça da humanidade apenas foi um fator político-econômico, propositalmente inserido para naturalizar, justificar e legitimar as desigualdades, a segregação, os genocídios, a escravidão e os demais atos de submissão e que inferiorizaram os grupos considerados minoritários.

2. Preconceito, racismo e discriminação

Após essa concepção inicial principalmente quanto a questão da raça, importante será dado um enfoque a diferenciação desses conceitos que costumam se confundir no imaginário das pessoas. Cabe inicialmente mencionar que essas ideias também são associadas a concepção de raça, possuído desdobramentos e diferenciações.

O racismo, foco central do presente estudo, se caracteriza como sendo aquele que possui exclusivamente a raça como critério de discriminação, ou seja, a considerar a raça do indivíduo, tem-se a ideia de que ele é inferior ou superior, pertencente de privilégios ou desvantagens. (ALMEIDA, 2019, p. 32).

O preconceito é tido como juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado, que pode resultar ou não em práticas discriminatórias.

Assim, o preconceito racial é quando, por exemplo, externamos pensamento pré-concebidos somente porque o indivíduo pertencer a determinado grupo, ou seja, o fato dele ser inserido naquele contexto, automaticamente faz com que ele possua determinada característica.

Considerar homens negros violentos, muçulmanos kamikazes, mulheres negras "quentes", são exemplos atuais e clássicos de preconceitos. Já estão inseridos no imaginário cotidiano das pessoas, que somente ao olhar ou ao se referir a esses determinados grupos ou a outros, já possuem essa ideia pré-concebida.

Por sua vez a discriminação racial é aquele comportamento em que faz com que haja um tratamento diferenciado a pessoas identificadas por sua condição de raça, onde pela raça se sobrepõe a ideia de superioridade de um povo sobre o outro ou de pessoas sobre outras.

Cabe destacar que, na questão da discriminação racial, existe um aspecto do poder inserido no contexto, onde o uso da força para sobrepor uma raça sobre a outra, acarretando vantagens e desvantagens advindas disso.

Alguns doutrinadores destacam a divisão da discriminação como direta, onde se manifesta de forma explícita, como por exemplo em países que proíbem a entrada de negros, judeus, muçulmanos, ou que haja recusa de atender clientes de determinada raça.

Nas palavras de Adilson José Moreira: "as pessoas são discriminadas a partir de um único vetor e também, que imposição de um tratamento desvantajoso requer a existência da intenção de discriminar" (MOREIRA, 2017, p. 102).

Por outro lado, a discriminação indireta, não há uma clara e manifesta intenção explícita, onde há uma máscara de neutralidade racial, entretanto, os efeitos práticos serão os mesmos da discriminação direta, ou seja, os grupos (tidos como) minoritários serão da mesma forma, preteridos pela sua condição racial.

As consequências de ambas as discriminações são as piores possíveis como, por exemplo, rechaçar a ideia de ascensão social, oportunidades de estudos, empregos, representatividade nas camadas mais altas da sociedade, ou o próprio sustento material, ou seja, a manutenção de vida das pessoas pertencentes a esses grupos.

Ao longo da história existiram diversos exemplos negativos praticados nos países que se materializam nas práticas de discriminação direta ou indireta que impactaram todo um povo. Na maioria das vezes tais práticas eram legais, ou seja, havia um sistema legal, dentro da lei que permitia que o negro fosse tido como um ser inferior apenas por sua condição da pele.

O fato é que não há comprovação científica de que o negro ou qualquer outro povo ou etnia distinta é inferior por sua raça. Não há raça inferior. Sendo que esta concepção foi um movimento de conscientização coletiva construído artificialmente de forma política, objetivando a dominação econômica e, em alguns casos religiosas onde, por vezes (ou na maioria da), contando com a participação da própria igreja nesse processo de dominação em alguns países.

No Brasil foram 348 anos de escravidão, em que pese a partir da década de 1850 algumas legislações abolicionistas começarem a surgir, como a Lei Eusébio de Queiroz, que proibiu o tráfego negreiro, num movimento lento e crescente, ainda assim não foi o bastante, inclusive, apesar de ter sido assinado a Lei Áurea em 1888 com abolição da escravidão, algumas leis posteriores continuaram alimentando o racismo e discriminação racial no seio social brasileiro, como será visto no próximo item.

Nos EUA a escravidão existiu até 1863 e, mesmo após a abolição, a segregação racial de forma explícita se fez presente, a população negra continuava sendo considerada como inferior à população branca dentro do sistema legal americano. Inclusive, numa perspectiva da mídia, essa questão foi objeto de diversos filmes que retratavam esse período nefasto da segregação racial estadunidense, onde o negro, apesar do fim da condição de escravo, continuava sendo considerado um ser despossuído de direitos somente pela cor da sua pele, um ser inferior, em absoluta desvantagem, em contrapartida aos privilégios conferidos as pessoas brancas.

Na África do Sul o Apartheid foi um regime de segregação que teve fim somente no início da década de 1990, onde dentro deste sistema também considerava o negro como figura inferior, apenas por sua condição racial, obviamente associada pelo aspecto identificador, a cor da pele.

Apesar do fim da segregação (institucional) nestes locais, que até poucos anos era legitimada legalmente, o racismo e o preconceito ainda apresentam os resquícios dos períodos anteriores, muito em virtude de perpetuação do pensamento dominador e de superioridade, além da dificuldade

de determinados grupos supremacistas em lidar com o fim dessa permissão legal para discriminar. Também, oriundos desses períodos, muitos transpassaram de geração para geração os pensamentos racistas e discriminatórios, de pai para filho, de mãe para filho, e os filhos, por consequência mantiveram a tradição de conservá-los, como por exemplo nos EUA a existência ainda da Ku Klux Klan.

3. O racismo no Brasil

No Brasil a questão do preconceito racial ainda passa por diversas intercorrências com reflexos até os dias atuais, é comum se observar atos explícitos de discriminação racial direta, quiçá as discriminações indiretas, tão presentes no cotidiano da sociedade brasileira.

Após longo período da escravidão com o fim em 1888, os problemas continuaram onde os negros libertos não foram inseridos na sociedade, permanecendo em suas condições análogas à escravidão mesmo após a abolição da escravidão legalmente instituída.

Pelo contrário, após a abolição da escravidão, com advento da República e do Código Penal em 1890, foram criados dispositivos legais que criminalizavam os vadios e os "capoeiras". Sobre os vadios vale mencionar que os negros libertos não foram realocados imediatamente para mercado de trabalho, na realidade, eles perderam suas moradias e trabalhos, não restando outra alternativa senão ocupar as ruas e vielas das cidades e, sobre os "capoeiras", tratava-se de uma prática de lazer de origem africana também utilizada como como instrumento de defesa pessoal. Criar esses dois tipos penais, nada mais era do que a perpetuação da discriminação racial de maneira velada por instrumentos institucionais do Estado.

> Em 1878, o chefe de polícia Tito Augusto Pereira Matos, prendeu, na cidade do Rio de Janeiro, 237 "capoeiras, sendo que 46 eram escravos. Só estes últimos foram reprimidos e os demais, em pouco tempo estavam livres.
>
> A partir de 1888, o ex-escravo, embora disponível ao mercado de trabalho livre, foi excluído da maioria das profissões que requeressem alfabetização e qualificação. Para ele eram dados empregos de estivador, faxineiro, empregado doméstico, biscateiro e servente nas fábricas e comércio: trabalhos "vis", mal pagos e sem promessas de ascensão social. A população negra, ex-escrava, era admitida num espaço muito pequeno no mercado de trabalho do Distrito Federal. Até 1904, ela era praticamente marginalizada. (NEDER, 1995, p. 22)

Nessa esteira, a classe dominante brasileira no início do século XX produzia sua ideologia e esta era reproduzida através de pronunciamentos de uma gama agentes articuladores, tais como ministro da justiça, chefes de polícia, juristas, jornalistas, todos, corroboraram para a formação de um discurso jurídico, buscando garantir sua hegemonia perante as classes subalternas. Sob o pano de fundo do pensamento jurídico europeu que, àquela época, fundamentou sua legitimidade através da "cientificidade" da criminologia sob influência do pensador italiano Cesare Lombroso (2007).

Foram a partir dessas teses que a face do "brasileiro criminoso" começou a ser moldada, ganhando novos adereços com a tipificação do "malandro", personagem construído no mesmo momento que o mercado de trabalho começa a se intensificar. De um lado, a ideologia definindo o que é "ser um trabalhador" um merecedor de respeito e dignidade, por outro, a crítica à ociosidade, sendo retratada inclusive, na figura típica do malandro dos subúrbios cariocas na obra literária de Lima Barreto, Clara dos Anjos. (NEDER, 1995, p.19).

A criminalização da vadiagem também indiretamente era um instrumento de controle social dos negros, tendo em vista que se a eles não foram dadas condições de socialização após a abolição, obviamente seriam eles os vadios.

Percebe-se que o Estado, ao invés de criar mecanismos para que o negro após mais de 300 anos de escravidão pudesse de certa forma ser compensado e inserido na sociedade (educação, etc.), criou mais ferramentas de opressão, fortalecendo o racismo que aquele tempo era muito forte na sociedade.

Sobre esse ponto, chama-se atenção para o fato que a própria sociedade brasileira perpetrava um senso comum discriminatório e que a abolição não se deu em razão de mudanças de pensamento, através de lutas e conquistas que abalassem ou reformulassem antigas crenças, costumes e morais, mas em virtude de interesses comerciais e políticos da pequena camada social dominante.

> Desenganem-se os idealistas: o povo fluminense não existe. [...] Dirão que o povo fluminense fez a agitação abolicionista e agitação republicana [...]. O povo não fez nada disso. Um grupo de homens denodados, bastante ativo é certo, para parecer multidão, fez o movimento abolicionista e o movimento republicano do Rio de Janeiro. Em volta desses campeões devotados acercavam-se curiosos; e foi só. (CARVALHO, 1987, p.69)

A apatia do povo cominada à ausência de políticas públicas que reverberassem as reais necessidades da população negra recém liberta perpetuou durante os anos seguintes, fazendo-se com que a estrutura de uma sociedade racista fosse mantida sem maiores discussões e pensamentos que buscassem alterar essa realidade.

Após a Proclamação da República, a primeira Constituição (1891) limitou-se a estabelecer na seção II, que tratava da declaração de direito, que "todos são iguais perante a lei" (art.72, §2º).

Na Constituição de 1934, no capítulo dos direitos e das garantias individuais o teor da igualdade entre seus cidadãos foi mais detalhado, trazendo de forma explicita a questão racial: "Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas" (art.113, 1).

As Constituições de 1937 e 1946 repetiram a forma sintética da Constituição de 1891 ao expressarem simplesmente que "todos são iguais perante a lei".

Somente na Constituição de 1967 (Regime Militar) é que o dispositivo voltou a ser detalhado, trazendo consigo, inclusive, a menção sobre a punição do preconceito de raça: "§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei. (art. 150).

A Constituição de 1988 chancelou o reconhecimento da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e inovou ao trazer como princípio o repúdio ao terrorismo e o racismo (art.4º, inciso VIII), bem como ao estabelecer expressamente que a prática de racismo constituiu crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, inciso XLII), ou seja, somente 100 anos após a abolição da escravidão que o Estado editou dispositivos que fossem mais contundentes no combate ao racismo e que reconhecem expressamente a igualdade entre as pessoas independente de cor, raça.

Anos e anos de opressão social e falta de oportunidades aliada a um racismo existente dentro da estrutura da sociedade e o Estado que, em nenhum momento buscou criar mecanismos efetivos para diminuir essa desigualdade social, somente fizeram como que as práticas racistas fossem perpetuadas.

O que se observa nos dias atuais é uma crescente onda de atos racistas na sociedade brasileira, talvez seja em virtude do incremento de tecnologias da informação que difundem com rapidez e para um grande número de pessoas tais práticas racistas, as quais sempre existiram, mas que agora se tornaram públicas, mesmo assim, quem as praticam parece que não mais se envergonham de mostrarem-se racistas. Para os mais comedidos, destaque-se negativamente os inúmeros casos de ofensas racistas ocorridas nas redes sociais, que se escondem e se protegem de suas responsabilidades civis e criminais através de perfis falsos (fakes), a internet e as redes sociais deram voz e intensificaram o crime de racismo.

Sobram exemplos recentes de práticas racistas ocorridas em estádios de futebol, em empresas, televisão ou em redes sociais, sem contar com o racismo estatal praticado pelas instituições de segurança pública e judiciária, fatos que expressam que ainda estamos longe de aplicar essa igualdade imposta por nossa Carta Magna.

Na verdade, essas pessoas sempre existiram na sociedade, estavam apenas escondidas por motivos qualquer e, ou simplesmente porque não eram expostas de maneira tão veemente pela rapidez e alcance que as mídias comunicacionais agora permitem.

Sobre a mídia, de um lado pode-se afirmar que ela contribuiu para o *establishment* de um racismo estrutural na sociedade através de uma série de práticas conforme será visto no próximo item, por outro, sua difusão também sido uma grande aliada no combate ao racismo ao divulgar os atos racistas criminosos, antes silenciadas pelo anonimato.

4. Mas que mídia se refere?

Importante contextualizar o conceito de mídia no presente artigo e, a partir da sua definição, delimitar que tipo de mídia será referida. Isto porque a palavra mídia pode ser empregada por perspectivas distintas.

De origem latina como plural da terminologia *medium* (meio) é muito utilizada em estudos voltados para o campo da Comunicação, Política e Economia Política (GUAZINA, 2004). Esse "meio" também pode significar a expressão "ligação", aquilo que liga, o meio entre duas coisas. Inclusive, meios de transportes também podem representar a palavra mídia, como dispositivo "de

comunicação que preparam o caminho até o transmissor" (BRIGGS; BURKE, 2006, p. 126), tais como ferrovias, navios, correio, telégrafos, telefones, etc...

Apesar de recente na história, atualmente é na área da comunicação que essa terminologia é mais utilizada, sendo traduzida como meio/instrumento de comunicação, que pode ser representado pela televisão, rádio, imprensa, cinema, internet, dentre outros, especialmente no que diz respeito a comunicação de massas.

> Tenho utilizado a expressão "meios de comunicação" para me referir aos elementos materiais pelos quais a informação ou o conteúdo simbólico é fixado e transmitido. Mas quando usamos o termo "meios de comunicação" quase sempre pensamos num conjunto mais específicos de instituições e produtos: livros, jornais, propagandas de rádios e de televisão, discos, filmes, e assim por diante. (THOMPSON, 2014, p.50)

Nesse sentido, Thompson (2014) explica que o conceito de comunicação de massa não se refere na quantidade de indivíduos que recebe a comunicação ou produto, mas a quantidade disponível dessa oferta para uma grande pluralidade de destinatários.

> O fato é que, em tempos de globalização e pós-globalização, de convergência tecnológica do setor de *comunicações* (que engloba as telecomunicações, a informática- especialmente Internet-, além do rádio, televisão e cinema), passou-se a estudar o *conjunto de meios enquanto indústria da comunicação*, com suas empresas e rotinas próprias dentro da sociedade capitalista detentora de linguagens, formatos, estratégias, processos, e agentes múltiplos que envolvem a comunicação de massa, projetam imagens e visibilidades e a constituem um *poder* no mundo contemporâneo (GUAZINA, 2004, p.54)

Ainda se referindo a obra de Thompson (2014), o autor entende que o conceito da expressão "comunicação de massa" atualmente estaria sendo utilizada de forma imprópria, isso porque seu conceito não estaria mais restrita somente aos antigos instrumentos de transmissão da mídia, tal como jornais de grande circulação, programas de rádio ou televisão, atualmente, sua abrangência é bem maior, seja pelo incremento de novas tecnologias como sistemas digitais na codificação da informação, incluindo os satélites e cabos de fibras óticas, seja pelo *modus operandi* em que é transmitida e recepcionada, aos quais também pode ser denominada como comunicação em rede.

Esse alerta quanto a alteração do conceito é importante pois o autor passa a definir de maneira mais detalhada seu significado quando se refere "à

produção institucionalizada e difusão generalizada de bens simbólicos através da fixação de informação ou conteúdo simbólico" (THOMPSON, 2014, p. 53). Justamente a partir dessa referência que será utilizado o conceito da mídia no presente artigo, notadamente, mídia de comunicação de massa, conjunto de informações disponíveis para uma grande quantidade de pessoas.

Não possuindo a pretensão de esgotar o tema, até porque não é o foro adequado para isso, mas a ideia é trazer alguns exemplos de mídia que difundiram os "bens simbólicos através da fixação de informação ou conteúdo simbólico" sobre a questão racial da população negra, em especial de forma estereotipada e, claro, quais as ações que estão sendo postas pela mídia no combate efetivo do racismo estrutural.

5. Os estereótipos e contraestereótipos, como mudar esse cenário?

"Tá buzinando por quê, seu merda do cacete?
Não vou nem falar, porque eu sei quem é… é preto.
É coisa de preto!"
(William Waack, âncora de telejornal em vídeo-áudio, 2016, EUA)

Não é inocente, tampouco natural o ato de estigmatizar o diferente, tal prática geralmente vem revestida com propósitos velados de justificar vantagens injustas ou abusos de poder e de dominação de uns em desfavor de outros. Naquilo que foi apresentado nos itens anteriores sobre o racismo estrutural entranhando na sociedade, muito se deve ao fato da estereotipação do personagem "negro" perpetuada ao longo do tempo por narrativas das mídias que construíram ou moldaram a personalidade, perfis e reputações de maneira negativas dessas pessoas para o público em geral, tratando-os e torna-os esse pensamento construído artificialmente como se fosse senso comum.

> Em Winston Parva, como em outros lugares, viam-se membros de um grupo estigmatizando os de outro, não por suas qualidades individuais como pessoas, mas por eles pertencerem a um grupo coletivamente considerado diferente e inferior ao próprio grupo. (ELIAS, 2000, p. 23)

No Brasil esse estigma permaneceu durante três séculos, levando-se em consideração que os primeiros contingentes de negros foram forçosamente introduzidos no Brasil em meados da década de 1540, que além de se tornar um

negócio altamente lucrativo para os negociadores das "peça"[1], cerca de 160 milhões de libras-ouro, o custo pago pela economia brasileira para aquisição dos escravos africanos até a abolição da escravatura, era a principal força de trabalho que produziu quase tudo o que aqui se edificou (RIBEIRO, 2000, p. 146).

Mais do que pensar na célebre frase atribuída ao nazista Joseph Goebbels de que "basta repetir uma mentira para que ela se torne verdade", a manutenção de certos discursos que caracterizavam o outro de forma negativa, proporcionavam a criação de um pensamento hegemônico no seio social de modo a conservar relações de poder, política ou econômica e contribuíram para que esse estigma social passasse ser uma "verdade" no imaginário da população tamanha era a repetição de suas "verdades construídas".

Sobre os estereótipos, Gilberto Freyre ao transcorrer o capítulo IV intitulado como "O escravo negro na vida sexual e de família do Brasileiro, no livro Casa-Grande & Senzala, traz o exemplo clássico de como perfil da mulher negra sensualizada e disponível para o homem branco fora construída ao longo dos anos.

> A importância psíquica do ato de mamar, dos seus efeitos sobre a criança, é na verdade, considerada enorme pelos psicólogos modernos; e talvez tenha alguma razão Calloun para supor esses efeitos de grande significação no caso de brancos criados por amas negras. É verdade que as condições sociais do desenvolvimento do menino nos antigos engenhos de açúcar do Brasil, como nas plantações *ante-bellum* da Virgínia e das Carolinas - do menino sempre rodeado de negra ou mulata fácil - talvez expliquem por si sós, aquela predileção. Conhecem-se casos no Brasil não só de predileção, mas de exclusivismo: de homens brancos que só gozam com negra. (FREYRE, 1997, p. 283-284)

A intencionalidade dos discursos racistas ou das narrativas que estereotipavam e inferiorizavam o outro se davam através de um conjunto de atores e fatores atuantes permanentemente no decurso do tempo e pode ser denominado como ideologia que, nas palavras de THOMPSON, "Estudar a ideologia é estudar as maneiras como o sentido serve para estabelecer e sustentar relações de dominação" (2000, p. 76).

> Um grupo só pode estigmatizar outro com eficácia quando está bem instalado em posições de poder das quais o grupo estigmatizado é excluído. Enquanto isso acontece, o estigma de desonra coletiva imputado aos outsiders pode fazer-se prevalecer. O desprezo absoluto e a estigmatização unilateral e irremediável dos outsiders, tal como a

[1] Termo utilizado por Darcy Ribeiro em se referencio ao negro trazido da África

> estigmatização dos intocáveis pelas castas superiores da Índia ou dos escravos africanos ou seus descendentes na América, apontam para um equilíbrio de poder muito instável. Afixar o rótulo de "valor humano inferior" a outro grupo é uma das armas usadas pelos grupos superiores nas disputas de poder, como meio de manter sua superioridade social. Nesta situação, o estigma social imposto pelo grupo mais poderoso ao menos poderoso costuma penetrar na auto-imagem deste último, e com isso, enfraquecê-lo e desarmá-lo. (ELIAS, 2000, p. 23/24)

A repetição dessas narrativas foram (e ainda são) ouvidas e vistas nos programas jornalísticos que enfatizavam (e ainda enfatizam) a miserabilidade dos habitantes de favelas e das comunidades marginalizadas e a violência impregnada em seu cotidiano, na maioria das vezes, sem levar em conta as razões para que essa miséria e violência sejam tão presentes na vida dessas pessoas. A repetição confirma essa "verdade" e cria um círculo vicioso. As mídias propagavam imagens acompanhadas de um discurso preconceituoso que direcionava a estória conforme a narrativa era apresentada.

> Enfim, as imagens exercem um efeito de evidência muito poderoso: mais sem dúvidas que o discurso, elas parecem designar uma realidade indiscutível, se bem que elas sejam igualmente o produto de um trabalho mais ou menos explícito de seleção e de construção. (CHAMPAGNE, 2008, p. 64)

No que se refere ao conjunto de fatores que atuaram simultaneamente para a manutenção do racismo estrutural, além das linhas das reportagens jornalísticas, outra forma de dissipação desta ideologia racista através das mídias foi por intermédio das telenovelas brasileiras que, durante um longo tempo criaram estereótipos negativos dos personagens negras em suas estórias.

A televisão brasileira teve início na década de 1950, com a primeira telenovela transmitida em 1951, mas foi a partir de 1963 que as telenovelas passaram a serem produzidas com regularidade no Brasil. Especificamente sobre em tema em comento, racismo estrutural, somente em 1975 com a novela de Janete Clair, *Pecado Capital,* que apareceu para os telespectadores o primeiro personagem negro em posição não subalterna (pessoa pobre ou escravo). O personagem era um médico psiquiatra, Dr. Percival, representado pelo ator Milton Gonçalves que, até aquela data, todos os personagens descritos nas novelas anteriores ocupavam espaços e contavam estórias de vidas de classes menos abastardas ou simplesmente pobres ou escravos.

Mais adiante, em 1987, ano de muitas expectativas sobre os avanços dos direitos civis das pessoas negras, seja em razão da instalação da Assembleia

Nacional Constituinte, em 1º de fevereiro, que iniciou com diversas discussões a respeito do combate ao racismo mais efetivo, seja por anteceder o ano que se comemoraria o centenário da abolição da escravidão no Brasil, em razão disso, em 12 de outubro de 1987 estreou a novela *Mandala*, de Dias Gomes, a ideia era criar um núcleo familiar composto por pessoas negras, inclusive, pretendiam homenagear o ator Grande Otelo (naquela época com 52 anos de carreira, participação em 111 filmes e 17 telenovelas).

Em que pese terem criado um personagem negro com características bastante positivas; advogado, candidato a Assembleia Constituinte com propostas antirracistas, aproveitando toda a discussão do momento, atuado pelo ator Milton Gonçalves, na trama acabaram colocando o ator Grande Otelo representando o personagem de um ator veterano e alcóolatra que buscava encobrir as cicatrizes deixadas pela vida e pelo preconceito no vício. O que era para ser uma grande homenagem, acabou se tornando mais uma estereotipação negativa do personagem.

A telenovela *Mandala*, terminou em 14.05.1988, um dia após a comemoração do centenário da abolição da escravidão no Brasil 13.05.1888 e já no dia 16, iniciava a novela *Vale Tudo*, de Gilberto Braga. Dentre os 42 atores que compunham o elenco principal desta nova telenovela, tinham somente 2 personagens eram interpretados por atores negros, a atriz Zeni Pereira, no papel da empregada doméstica Maria José e Gildo, interpretado pelo ator Fernando Almeida, no papel de um garoto de rua (menor de idade desamparado) acolhido pela personagem principal. Ou seja, além da desproporcional participação no elenco principal, mais uma vez, houve a questão da estereotipação da pessoa negra como pertencente de classes subalternas.

Outras mídias contribuíram para a manutenção do racismo estrutural, tais como o cinema, a literatura, as propagandas publicitárias, dentre outras. A marca Bombril, por exemplo, mantinha em seu portfólio um produto que era uma bucha de metal com nome associado ao um estereótipo racista: Krespinha, com associação ao cabelo crespo das pessoas negras.

Se de um lado a mídia contribuiu para a perpetuação desses estereotípicos negativos que se impunham com o fito de estigmatizar de maneira inferior a população negra nas suas diferenças e com o propósito de justificar vantagens injustas, por outro, a mídia (em seu sentido mais abrangente da palavra) também contribuiu na divulgação de novas discussões críticas que ao longo do tempo surgiram e se intensificaram.

Nesse compasso, diversas ações de estão sendo promovidas a fim alterar essa triste realidade, a própria a mídia publicitária tem trazido a baila a necessidade de uma narrativa mais cuidadosa, com o intuído de alterar essas antigas práticas perpetuadas nos discursos racistas sociais e institucionais. Parafraseando a célebre frase de Ângela Davis, professora e filosofa estadunidense: que numa sociedade racista, mais do que não ser racista em atos e falas, é preciso ser antirracista, e nesse ponto, passou da hora dos instrumentos propagadores da mídia comunicacional se posicionar como antirracista.

Em 2018 foi realizado em São Paulo o "Fórum Mídia, Representatividade e Diversidade: Desafios e caminhos estratégicos para a expressão da igualdade racional na publicidade", suas discussões resultaram na publicação do livro, *Publicidade Antirracista: reflexões, caminhos e desafios* (LEITE; BATISTA, 2019). Logo no capítulo 1, no artigo, *Para pensar uma publicidade antirracista*: *entre a produção e os consumos*, o autor, Francisco Leite, chama atenção ao colorismo, pois, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) as pessoas de pele negra representam a maioria da população brasileira, todavia, a presença dessas pessoas na mídia publicitária é incipiente e muito escassa, uma espécie de apagamento ou silenciamento da existência dessas pessoas na realidade cotidiana do mercado consumidor brasileiro.

Sobre invisibilidade, foi realizada uma pesquisa (COSTA, 2012, p.46) no ano de 2009 nas revistas *Veja* e *Época*, a qual das 104 edições daquele ano, 87,7% das propagandas possuíam modelos exclusivamente de pele branca e 14,3% do material de publicidade apresentava pessoas negras, sendo que desse percentual ainda se subdividia em 9% de propagandas que exploravam o arranjo multirracial e 5,3% exclusivamente com pessoas negras.

> A veiculação maciça de propagandas em que desfilam, majoritariamente, pessoas brancas com características fenotípicas caucasianas, finda por naturalizar o sentido social de *ser negro* como um ser pertencente a grupo "minoritário", convertendo a noção de "minoria" em traço semântico em si mesmo associado à pessoa negra. A consequência disso é o nascimento e a difusão da crença, na sociedade brasileira, de que esta é, plástica e predominantemente, branca! (COSTA, 2012, p.46)

Outra pesquisa foi realizada com programa Fantástico, da Rede Globo de Televisão com uma série de doze reportagens sobre saúde e qualidade de vida na terceira idade que foi exibida entre novembro de 2016 a fevereiro de 2017. De todos os entrevistados como personagens de narrativas jornalísticas de histórias comuns, famílias comuns, apenas 11% (710 segundos) aparece pessoas negras,

os demais 89% (5.728 segundo) é dedicado a pessoas de pele branca (FERRO, 2012, p.65). Dentro dessa lógica dos editoriais jornalísticos, retratar o "cidadão comum" é descrever personagens de cor da pele branca, jamais negra!

Uma faceta que também é encontrada nas linhas jornalistas é quando há alguma notícia que envolve pessoa negra, normalmente são descritas como "mulher negra" e "homem negro", tal prática retira-lhes suas identidades, omitindo seus nomes e sobrenomes, a mesma situação não acontece quando há personagens de pele branca, que geralmente é caraterizado por gênero, idade e profissão e não pela cor da pele, seguido da identificação do nome e sobrenome.

Na literatura a invisibilidade da população negra também é marcante. Regina Dalcastagè no artigo, *Entre silêncios e estereótipos: relações raciais na literatura brasileira contemporânea* (2011), elaborou um mapeamento dos personagens num conjunto de 258 romances de autores brasileiros de 3 editoras de renome: Companhia das Letras, Record e Rocco e, com 165 escritores diferentes. No quesito cor dos personagens o resultado do mapeamento dos personagens da literatura ficou assim distribuído: i) branco, 79,8%; ii) negra, 7,9%, iii) outros (mestiça, indígena, oriental, sem indícios), 12,2%. Outros dados extremamente relevantes foram explorados pela autora da pesquisa, todavia, um outro resultado previsível, mas assustador, é sobre o quesito das principais ocupações dos personagens negros, chegou-se ao seguinte resultado: a) bandido/contraventor, 20,4%; b) empregado(a) doméstico(a), 12,2%; c) escravo, 9,2%; d) profissional do sexo, 8,2%; e) dona de casa, 6,1%; f) artista, 6,1%; g) estudante, 5,1%; h) escritor, 4,1% , i) governante, 4,1%, j) mendigo, 4,1%; k) oficinal militar, 4,1%; l) professor, 4,1%; m) religioso, 4,1% e, n) não pertinente, 4,1%. (DALCASTAGE, 2011).

Quando se discute práticas para combater o racismo, muitas vezes aparece a terminologia do "politicamente correto", COSTA (2012) entende que se deve ter parcimônia com esse quesito, pois tal posicionamento não combate o problema no seu ponto de partida e sim na sua chegada, correndo o risco de tornar inócuo o propósito de combate ao racismo.

> O preconceito e a discriminação não se corrigem só pelo uso bem-comportado da linguagem, por mais importante que ela seja como portadora de clichês e estereótipos. Não adianta evitar palavras e expressões como "denegrir", "judiar", "cego de raiva", sem mudar a cabeça. Assim como a retórica, o politicamente correto serve apenas pra disfarçar o preconceito e tornar o nosso racismo mais cordial. (VENTURA, 2011, apud BRUMER et al., 2004, p. 307)

A respeito do tema, em junho de 2020, o programa televisivo "Em pauta" da Globonews estava cobrindo os protestos antirracistas ocorridos nos Estados Unidos deflagrados pelo assassinato de George Floyd, na bancada do programa havia somente comentaristas brancos, tal fato foi alvo de críticas e viralizou[2] nas redes sociais. A emissora de televisão aceitou publicamente as críticas e realizou um novo programa, desta vez com uma bancada inteiramente composta por jornalistas negras. No programa de final de ano, *Retrospectiva 2020*, exibido no dia 29.12.2020, a emissora voltou ao assunto e novamente assumiu o erro publicamente além de explicar as razões do erro aos telespectadores. Mais que trabalhar o "politicamente correto" é extremamente importante que os canais midiáticos busquem ações práticas que visibilizem a população negra de maneira positiva e tragam uma nova narrativa sobre a questão do racismo.

Estratégias contraintuitiva e contraestereotípica podem ser utilizadas como forma de combate ao racismo, seja na teledramaturgia, na literatura ou nas campanhas publicitárias, com a recolocação do indivíduo/personagem outrora alvo de estereótipos marginalizados ou preconceitos sociais numa posição de protagonista de destaque positivo do enredo narrado. Um exemplo essa estratégia foi a campanha publicitária do Banco Itaú, "Leia para uma criança" desenvolvida pelo empresa DPZ&T, o filme lançado em 2017 narrava a estória de uma criança simples negra que inicia sua paixão pela leitura a partir do livro "meu amigo robô" após o filme retrata essa criança crescendo, na escola, na faculdade e finalmente como cientista de robótica, a ideia central era trazer a perspectiva que com a leitura e a educação há o poder da transformação da vida das pessoas.

CONCLUSÃO

A partir de uma cena de um filme que retratava uma situação tipicamente racista e criminosa, mas que muitas vezes eram comuns nos cotidianos midiáticos, surgiu a reflexão do porquê esses atos ainda eram praticados no Brasil e no mundo. De início, responder essa pergunta tornou-se o objetivo central deste trabalho, todavia, ao longo desta pequena pesquisa outra dúvida surgiu: qual seria o papel da mídia na manutenção do racismo, tornando-o estruturado na sociedade, como foi o caso do episódio cinematográfico em

[2] Mensagem difundida de forma descontrolada nas redes sociais.

comento e, qual seria o papel da mídia para combater o racismo que ela mesma ajudou a perpetuar?

Em que pese o enredo do filme (O Abutre) se passar numa cidade norte-americana, a realidade brasileira das mídias comunicacionais não difere muito e, com um agravante, diferentemente daquele país, no Brasil, o racismo é crime, contudo, ainda assim o racismo continua sendo rotineiramente praticado de forma velada ou direta, conforme foi visto ao longo do trabalho. A narrativa de construir personagens com estereótipos negativos sempre foi lugar comum nas mídias, notadamente, personagens que tivessem a cor da sua pele negra, restava então entender as razões.

Para isso, o desenvolvimento do trabalho foi dividido em cinco capítulos. O primeiro capítulo buscou trazer o conceito de raça e racismo estrutural, com o marco teórico do filósofo Silvia Almeida. Mais do que conceitos abstratos, foi necessário externar os motivos que levaram a sociedade, desde os tempos remotos, a diferenciar outros seres humanos qualificando-os como inferiores, através da dominação na busca de poder político e econômico.

No segundo capítulo se discutiu os significados das terminologias: preconceito, racismo e discriminação, além de ter sido abordado algumas questões históricas a respeito da escravidão no Brasil e alguns países do mundo.

O terceiro capítulo trouxe especificamente o racismo no Brasil e o processo de estereotipação negativa pela sociedade ao longo dos anos, do qual, a mídia ajudou a perpetuar.

Quanto a mídia, o quarto capítulo se encarregou de delimitar qual o tipo de mídia esse trabalho se referia, tendo em vista ser um conceito amplo, pertencente a campos de ciências distintas.

O quinto capítulo explorou alguns exemplos de fatos reais divulgados ao longo do tempo, nas mais variadas formas midiáticas, que contribuíram para a manutenção e o fortalecimento de um racismo estruturado na sociedade. Por fim, se abordou as práticas antirracistas que recentemente têm surgido nas mídias comunicacionais e se difundido massivamente provocando reflexões e buscando alterar e reparar estrutural racista.

Com a propagação das informações através da mídia e seu extenso alcance, em especial das mídias de massa, pode-se ter a impressão de que casos de racismos tenham aumentado no Brasil e no mundo, todavia, eles sempre

existiram. Sociedades criaram personagens e estereótipos de seres humanos inferiores no intuito de dominação, poderes-políticos e econômicos. A mídia também contribui pavimentando o alicerce estrutural dessa sociedade racista. É chegado o momento de a mídia ser mais propositiva que, além de reconhecer seu erro histórico, atuar com práticas antirracistas provocando a reflexão da sociedade, no intuito de ajudá-la se tornar mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

_____. *Racismo Estrutural.* São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BETHENCOURT, Francisco. *Racismos:* das cruzadas ao século XX. São Paulo: Companhia das letras, 2018.

BRIGGS, Asa. BURKE, Peter. *Uma história social da mídia*: de Gutemberg à internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CESAR, Eduardo. O negro na telenovela. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/o-negro-na-telenovela/ acessado em 12/12/2020.

CHAMPAGNE, Patrick. *A visão mediática. In:* BOURDIEU, Pierre (org.). A miséria do mundo. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

COSTA, Kátia R. R. da. *De quando a pluralidade revela a invisibilidade*. *In:* BORGES, Roberto C. da S.; BORGES, Rosane (org.). *Mídia e racismo*. Petrópolis, RJ: DP et Alii; Brasília, DF: ABPN, 2012.

DALCASTAGNÈ, Regina. *Entre silêncios e estereótipos*: relações raciais na literatura brasileira contemporânea. Estudos de literatura brasileira contemporânea, v. 31, p. 87-110, 2008. Disponível em: <http://seer.bce.unb.br/index.php/estudos/article/viewFile/2021/1594>. Acesso em: 19 de dezembro de 2020.

ELIAS, Norbert. *Os estabelecidos e os outsiders*: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

FANON, Frantz. *Os condenados da terra.* Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FERRO, Rogério. *O negro sem cor no telejornalismo brasileiro*. *In:* BORGES, Roberto C. da S.; BORGES, Rosane (org.). *Mídia e racismo*. Petrópolis, RJ: DP et Alii; Brasília, DF: ABPN, 2012.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala:* formação da família brasileira sob o regime da família patriarcal. 32 ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

GUAZINA, Liziane. *O conceito de mídia na comunicação e na ciência política:* desafios interdisciplinares, Porto Alegre, Revista Debates, ISSN Eletrônico 1982-5269 / ISSN Impresso 2236- 479X, 2004. Disponível em: http://seer.ufrgs.br/debates/article/view/2469/1287. Acesso em 15.12.2020

LEITE, Francisco; BATISTA, Leandro Leonardo (org.). *Publicidade antirracista*: reflexões, caminhos e desafios. São Paulo: ECA-USP, 2019.

LIMA, Solange Martins Couceiro de. *A personagem negra na telenovela brasileira*. Revista USP, São Paulo, n. 48. p.88-89 Dezembro/fevereiro, 2000-2001.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2007.

MBEMBE, Achile. *Críticas da razão negra*. São Paulo. N-1, 2018.

MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Caso do Direito: Justificando, 2017.

NEDER, Gizlene. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

OLIVA, Anderson Ribeiro, et al. Tecendo *Redes Antirraciais:* África, Brasis, Portugal. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIBEIRO, Djamila. *Lugar de fala*. São Paulo: Sueli Carneiro. Editora Pólen, 2019.

SCHUCMAN, Lia Vainer. *Entre o encardido, o branco e o branquíssimo:* branquitude, hierarquia e poder na cidade de São Paulo. São Paulo: Annablume, 2015.

THOMPSON, John B. *A mídia e a modernidade*: uma teoria social da mídia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. _____. *Ideologia e cultura moderna*: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 2000.

A DEMOCRACIA PEDE SOCORRO: fragilidade da teoria da comunicação diante da ameaça da rastreabilidade

Fernando Gama de Miranda Netto
Universidade Federal Fluminense, Professor Doutor do Departamento de Direito Processual, Rio de Janeiro, Brasil, fernandojuris@yahoo.com.br

Simone de Oliveira Souza
Universidade Federal Fluminense, Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direito, Instituições e Negócios, Rio de Janeiro, Brasil, ad vsouza1@yahoo.com.br

Larissa Silva Ramos Pereira
Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Pós-graduanda do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito - CEPED, Rio de Janeiro, Brasil, larissa.sramos@yahoo.com.br

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a visão utópica habermasiana a partir das arenas de debates e sua dicotomia entre a liberdade digital e do ecossistema na produção de conteúdo inautênticos que são tomadas como verdades e absorvidos por grande parcela da sociedade, capazes de trazer iminente risco de fragilização do exercício da democracia. Com o advento da pandemia instaurada no cenário mundial, as ferramentas tecnológicas tornaram-se o único meio de comunicação que transmutou em vetores do processo de desinformação propiciando a possível aprovação da PL n. 2630/20 dando forma a rastreabilidade que segue na contramão de padrões internacionais e da LGPD, vez que concede a empresas acesso ainda maior a dados pessoais, violando dessa forma não apenas a privacidade, mas, o próprio direito à liberdade de expressão, o qual abrirá caminho a um verdadeiro estado de vigilância. Trata-se de pesquisa bibliográfica na qual se enfrenta temas como democracia, (des) informação, tecnologia, liberdade de expressão e privacidade, caros às sociedades contemporâneas. Conclui-se pela necessidade da efetivação de políticas públicas educativas e a implementação da transparência a ponto de se permitir que a própria sociedade possa combater a desinformação, exercendo livremente sua cidadania.

Palavras-chave: Democracia; Habermas; Rastreabilidade; Proteção de dados; Fake News.

INTRODUÇÃO

A era da hiperconectividade contou com o progresso tecnológico que viabilizou a integração de novos meios de comunicação para que mais pessoas pudessem conectar-se à rede. Ocorre que, o recente cenário possibilita a necessidade de rediscussão das tratativas enfrentadas décadas atrás que espelham a realidade atual.

Nesse caso, as redes têm um enorme potencial na democratização para disseminação de conteúdo, oferecendo condições propícias aos usuários para que possam interagir com outros indivíduos conectados a distância de um clique, o que também possibilitou a existência de infodemia instaurada ao nível mundial.

A preocupação de Habermas, quanto ao distanciamento dos fatores de cunho pessoal e emocional para promover a capacidade de comunicação racional, ganhou forma e termo específico intitulado como pós-verdade o qual o receptor irá ignorar a veracidade da informação recebida e seguirá apenas com a verdade pessoal a partir de suas ideologias.

Desencadeando a disseminação de conteúdos inautênticos partir dos impulsionamentos estratégicos ou de ideologia particular em ambiente *online*, tornou-se um fator gerador de grandes discussões fervorosas pela corrida na tentativa de frear seus avanços.

Buscando confrontar a proposta legislativa que visa a regulamentação dos provedores de redes sociais e o rastreamento de dados sensíveis a partir do compartilhamento em serviços de mensageria privada, desempenhando esforços para esmiuçar se houve ou não a colisão principiológicas desde a sua elaboração.

A metodologia adotada nesse artigo conta com pesquisa bibliográfica a partir da análise do Projeto de Lei n. 2630/20 com ênfase na rastreabilidade de dados pessoais e (des)informação, conectando o emprego do tratamento de dados sensíveis ao equilíbrio das garantias fundamentais constitucionais.

DILEMAS E DESAFIOS DA CONTEMPORANEIDADE

Atualidade de Habermas

Compreender os preceitos do sociólogo e filósofo contemporâneo alemão Jüger Habermas, cuja produção atual estende-se a mais de 60 anos com ênfase em democracia e ação comunicativa, requer inclinação para vislumbrar sua visão utópica a partir de seus discursos enraizados de forma genuína que permeia a capacidade dos seres humanos em se relacionar.

Nesse caso, a democracia é pautada pelo prisma da universalização da ética no discurso (HABERMAS, 1989, p. 98) ao qual dois indivíduos em linearidade se propõem a uma conversa que possa ser validada, distante de quaisquer pretensões, utilizando-se de meios racionais para dirimir controvérsias sem imposições, promovendo assim, a igualdade dos sujeitos sociais.

Isso se evidencia com o aporte de Max Weber (2009, s. IV, n.p.) e o agir racional que se entrelaça ao agir estratégico de Habermas (1988, pp. 224-225), uma vez que seu objetivo permeia o subsistema e outro anseia seu interior, respectivamente, estabelecendo pressupostos ideais entre política, economia e dimensões, idealizado a partir do senso sob teorias críticas, os quais delineia em suas edições com a citação de diversos autores, construindo o discurso comunicativo de forma cultural, social e subjetiva.

As ponderações entre a capacidade de comunicação dos seres humanos e a racionalidade, sobrevém pelo grau de entendimento da conexão estabelecida entre os indivíduos capazes de assentar e estruturar a comunicação. Para tanto, Habermas sabia ser necessário criar regras para alcançar níveis éticos e incorporar uma democracia plena, afastando emoções sobre determinadas matérias a fim da evolução em sociedade, constituindo valores morais.

Nesse passo, Habermas (1989, p. 112) enfatiza sobre as regras do discurso em sua passagem:

> Para este plano, Alexy propôs, partindo de minha análise, as seguintes regras do Discurso:
> (3.1) E lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos.
> (3.2) a. É lítico a qualquer um problematizar qualquer asserção.

b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso.
c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.
(3.3) Não é lícito impedir falante algum, por coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2).

Nos moldes habermasianos a partir de sua obra sobre a Teoria da Ação Comunicativa em 1981, traduzidas anos seguintes, a afirmação do agir racional se obtém através do êxito ilocucionário a partir do paradigma do mundo da vida social, de forma complementar, que é categorizado pela ação comunicativa que compõe a capacidade de identificar os paradoxos da modernidade através de ações organizadoras. Ao passo que o princípio da integração social recai na pretensão de validez linguística e meios que diferenciam os subsistemas (HABERMAS, 1989, pp. 10, 28, 437).

Diante desse contexto, as arenas de discussões movimentadas pelo poder estatal e econômico (MAGRANI, 2014, p. 39) impõe prevalência de uma lacuna preexistente entre o agir estratégico do comunicativo, uma vez que a existência da estratégia nas esferas públicas realizadas pelos agentes sociais anula a comunicação idealizada entre o emissor e o receptor de informações, sobrepondo o processo democrático e precarizando a estruturação dos modelos efetivos para exteriorização da pretensão individualizada desconstruindo a contribuição na construção de um consenso viável a ambas as partes sociais.

Contrapondo a ideologia habermasiana, o desdobramento do pós-verdade é habitualmente encontrado na *cyber* arena de debates, onde o receptor da informação passa a ignorar as circunstâncias reais e os argumentos racionais para crer em sua própria verdade, dentro da sua predisposição de entendimento voltado para o pessoal embasado em sua ideologia, emoções e percepções, negando o conhecimento transmitido.

As estratégias da (des)informação nas cyber arenas

As empresas jornalísticas com aporte de profissionais, desempenhavam sua principal função de disseminação de conteúdos diários, por vezes em tempo real, através de veículos de comunicação tradicionais.

A divulgação de notícias perante a sociedade, antes tido como mero expectador, perpassava pelo processo de tratamento com intuito de asseverar a idoneidade da informação e quando se fizesse necessário, a preservação da

identidade do interlocutor.

Com o advento da internet e seus progressos tecnológicos, as distribuições de informações tiveram seu processo alterado, uma vez que oportunizou a produção de conteúdo àqueles que ainda não tinham voz, auxiliando no processo de democratização da disseminação de conteúdo em tempo real, gerando espaço para novos dilemas e desafios da contemporaneidade.

O embate da liberdade da expressão digital ofertou brecha para disseminação de conteúdo de fontes duvidosas, perdendo-se o lastro de confiabilidade na origem das informações, tornando-se verdadeiras indústrias de propagação de notícias falsas promovidas com interface que transmite seriedade, linguagem rebuscada de fácil leitura e de potencial viralidade nas redes.

Esse novo cenário, implicou na necessidade de nomenclaturas para diferenciar cada ação promovida pelo indivíduo, cujo impacto reflete na sociedade. A desinformação é como um gênero possuindo um conceito mais amplo, especificando a disseminação de conteúdo inautêntico de forma genuína ou não, enquanto a tão mencionada *fake news* é uma modalidade a qual tem a premeditação da propagação de forma rápida aos receptores fins.

A dinâmica das propagações em ambiente *online* não se difere do mundo *offline*, dos quais sempre ocorreu, o agravante encontra-se no rápido alcance ao redor do mundo a um clique de distância e nesse exato momento é necessário mencionar a forma profissional que os desencadeadores das *fake news* se utilizam de estratégias a impulsionar novas narrações, do mesmo modo que se utilizam dessas para dividir a atenção da opinião pública com outros fatores fazendo com que esqueçam a temática tratada atual.

Com o advento da pandemia torna-se mais fácil evidenciar as trocas de informações constantes pelo aplicativo de mensagem WhatsApp, com a difusão de novas receitas para reestabelecimento imunológico, diretrizes de cuidado diário para desinfecção, o score de contaminação no Brasil e no mundo e demais falácias contendo figura pública; para este e demais fatores é necessária a educação digital da população para que o informativo que chegue não comprometa a saúde e bem-estar de todos em sociedade.

A comunidade de mobilização *online* – Avaaz (2020, p. 1), realizou um recente estudo sobre as infodemias presentes na sociedade civil com dados alarmantes de "9 em cada 10 brasileiros entrevistados no país viram pelo menos uma informação falsa sobre a doença, e 7 em cada 10 brasileiros entrevistados acreditaram em, ao menos, um conteúdo desinformativo sobre a pandemia."

OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E A PROTEÇÃO DE DADOS
A interface contemporânea da coleta de dados pessoais

O Comitê Especial de Ciência e Direito formado em 1959 pela Ordem dos Advogados da Cidade de Nova York deu forma ao estudo dirigido em 1962 por Alan Furman Westin, cujo foco permeava a obtenção de dados pessoais (REUNOLDS, 1969 , p. 101), motivando anos depois a produção do livro *Privacy and Freedom* que na voz de Bland é uma avaliação detalhada e abrangente do conflito entre privacidade e vigilância na sociedade moderna (WESTIN, 1968, p. 166) devido à proporção dos avanços tecnológicos e o tratamento de informações pessoais da coletividade frente a necessidade de obter e armazenar.

A especialista canadense e Comissária de Informação e Privacidade de Ontário, Dra. Ann Cavoukian, participou de uma operação em conjunto com John Borking Autoridade Holandesa de Proteção de dados, disseminando a autoria do conceito do *Privacy by Design* tratado no relatório *Privacy-Enhancing Technologies: the path to anonymity*, publicado em 1995. (ROUSSUM, 1995, n. p.)

Frente a sua época, Cavoukian já expressava uma preocupação sobre a coleta e uso exacerbado de dados pessoais com a finalidade de oferecer soluções e regramentos para conter os avanços de uma forma amistosa, nesse caso, demonstrando a mesma funcionalidade com menor captação de informações.

Anos mais tarde, a metodologia ganhou forma e abrangência na 32º Conferência Internacional dos Comissários para a Proteção de Dados e Privacidade com a concepção dos 7 pilares (CAVOUKIAN, 2010, p. 2), são essas:

1) Proativo não reativo, preventivo e não corretivo;
2) Privacidade como configuração padrão;
3) Privacidade incorporada ao design;
4) Funcionalidade total;
5) Segurança de ponta a ponta – Proteção durante todo o ciclo de vida da informação;
6) Visibilidade e transparência; e

7) Respeito à privacidade do usuário.

A privacidade desde a concepção, emoldura a possibilidade da criação do *software* e oferecimento de demais serviços por meio de medidas que viabilizam a proteção das informações individuais, através do princípio da minimização de dados que se correlaciona ao *Privacy-Enhancing Technologies* – PET, agindo de forma preventiva.

Desencadeando a aderência em 1997 na Alemanha a partir da Lei para Regulação de Serviços de Informação e Comunicação – IUKDG no ponto (4), (5), §3º do artigo 2 da Lei de Proteção de Dados de Telesserviço – TDDSG, que frisa de forma contundente a diminuição na obtenção dos dados de usuários, restringindo-se aos essenciais, em seguida a Comissão Federal de Comércio dos Estados Unidos - FTC gerou o relatório Protegendo a Privacidade do Consumidor em uma Era de Rápida Mudança publicado em 2012, que enfatiza a incorporação de proteções razoáveis aos indivíduos e seus dados.

Enquadrando-se no mesmo propósito, em 2012 iniciou a tramitação do conjunto de regramento da União Europeia, aprovada em 2016 que deu origem ao GDPR - *General Data Protection Regulation* – Regulamento Geral sobre Proteção de Dados, entrando em vigor após um lapso temporal ao qual permitisse que empresas conseguissem se adequar até o ano de 2018.

Essa nova normatização trouxe parâmetros de rigidez na observância de seus princípios, com ênfase na privacidade, e segurança sob gerenciamento do ciclo de vida dos dados pessoais dos cidadãos europeus armazenados pelas empresas do bloco político e econômico, como também estendendo a outros países, perfazendo a necessidade de adequação para o cumprimento das exigências.

Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados

A União Europeia serviu como um forte aporte para a elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD em 2010 resultando na atualidade da legislação brasileira, que tem por finalidade estabelecer parâmetros ao que se refere a tratamento dos dados *online/offline* em território nacional estabelecendo a mesma aplicabilidade a empresas internacionais, cujo titular do dado esteja localizado dentro do país, e proteção aos direitos fundamentais à liberdade e a privacidade dos cidadãos.

A recorrência em vazamento de dados, bem como a grande publicidade das empresas especializadas na mercantilização de perfil socioeconômico e demais informações pessoais, tornou-se um agravante quanto a idoneidade dos receptores e guardiões dos dados da coletividade, seja pelo próprio comércio ou por serem suscetíveis a ataques cibernéticos, com isso a legislação que é composto por 10 princípios elencados no início de sua explanação, conta com penalidades que podem alcançar um patamar altíssimo em caso de descumprimento legal.

Estabelecer algumas definições se torna necessário para a compreensão da aplicabilidade da legislação, são essas: a) dados pessoais são informações que permite a identificação de uma pessoa; b) dados sensíveis são tratos de temáticas complexas previstas no artigo 5º da CRFB, como saúde, crença religiosa, filiações políticas e ideológicas, etnia, raça, opção sexual, entre outros; c) anonimização é a descaracterização do titular do dado preservando sua identidade; d) pseudonimização permite que a partir do cruzamento de dados, identifique o titular; e) titular do dado é diferente da cessão realizada pelo titular que passa a outra pessoa a propriedade e a posse, na verdade é a quem pertence os dados armazenados; e f) autoridade nacional é o órgão responsável pela fiscalização, podendo ainda, impor sanção ao visualizar um descumprimento legislativo.

Embora não citada de forma expressa na legislação, a governança com base no *Privacy by Design and Default* é facilmente detectável implicitamente de forma harmônica ao tratar do comprometimento entre todos os setores e a disseminação de conhecimento sobre segurança e privacidade dos dados em todas as etapas desde sua idealização ou primeira utilização do usuário, seguindo as formas dos moldes europeus.

Ao estabelecer pressupostos ideais, as empresas deverão ajustar com os setores internos a adequação procedimental envolvendo equipes técnicas, administrativas e todo contingente laborativo sob orientação do *Data Protection Officer* – DPO, também conhecido como o encarregado. Além de servir como canal de comunicação com os titulares dos dados também ficará responsável pela implementação das novas diretrizes da política de privacidade das informações manuseadas, com intuito de atender a singularidade da empresa, ajustando os termos de privacidade, consentimento e formulários, de preferência com leitura clara e objetiva que alcance o entendimento de todos os titulares dos dados que deverão consentir o ciclo de tratamento que a empresa realizará nas próximas etapas.

Quando as informações particulares dos titulares chegam ao banco de

dados, inicia-se a operação no sistema de tratamento do ciclo da vida desde a coleta até o seu destino final, para isso, as etapas consistem em três pontos cruciais para acurácia: 1) Obtenção de dados para que passem a integrar o banco; 2) Análise dos dados para que seja realizada a classificação e tratamento final; e 3) Exclusão dos dados após uma releitura de sua utilização e certificação do destino de exclusão do banco ou reutilização.

Essas tratativas são realizadas através do controlador de dados que analisará o melhor processamento das informações, se deverão ser adquiridas ou não, como também a sua manipulação até a eliminação, ao passo que o operador executará na prática todo o tratamento, podendo ou não, serem o mesmo funcionário do mesmo modo que a empresa poderá efetivar a contratação de prestadoras de serviços.

A fiscalização será realizada através da Autoridade Nacional da Proteção de Dados – ANPD que é um órgão federal criado exclusivamente para esse destino que poderá requerer, a qualquer momento, junto a empresa o relatório de risco a privacidade de seus titulares.

A FRAGILIDADE DA RASTREABILIDADE

Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet

Intimamente chamado de PL das *Fake News* o Projeto de Lei n. 2630/20 segue em tramitação com objetivo de propiciar a transparência dos provedores de redes sociais e serviços de mensageria privada, cuja quantidade de usuários ultrapasse a marca de dois milhões de registros ativos, que, relativamente, é proporcional a multinacionais que dispões dos seus serviços - sediados no exterior ou não - que contemple o público brasileiro com a finalidade de extirpar o ecossistema da produção de conteúdo inautênticos, bem como o intuito de promover a transparência dos conteúdos pagos.

A proposta legislativa visa a limitação quantitativa do cadastro de número de contas que deverá ser realizado por meio de autenticação do usuário a partir do fornecimento de dados pessoais como o número do Registro de Identidade e do Cadastro Nacional de Pessoa Física, já para a pessoa de natureza jurídica a apresentação do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, podendo ser requerida a apresentação do documento de forma presencial ou por meio eletrônico a partir

de situações específicas.

Em outras palavras, as contas não verificadas serão taxadas de inautênticas que tem por definição a utilização de identidade de terceiros ou a robotização para impulsionamento de conteúdo enganoso, o que por outro lado, não impedirá que agentes maus intencionados atuem em contato direto com cidadão que não possuem vertentes da educação digital para a extração das documentações solicitada de forma pretensiosa.

Outro agravante encontrado na legislação é a possibilidade da suspensão de uso dos provedores que se utilizam do número do telefone móvel a partir da rescisão contratual com a operadora de telefonia, o que não seria incomum a problematização na relação de consumo devido a falhas de prestação de serviços por essas fornecedoras.

O *data tracking* inicia-se na coleta e armazenamento dos dados de forma massiva e indiscriminada por 3 meses, a partir dos compartilhamentos dos usuários que não deverá exceder o máximo de 5 repasses no período de 15 dias ou que não ultrapasse a um mil encaminhamentos. Aos parâmetros de fiscalização é mencionado a necessidade da constituição de um representante legal e a transferência da cede para o território nacional.

Percorrendo em lados opostos, o projeto enfatiza que a melhor alternativa para combater a dinâmica das informações inverídicas é a obtenção dos registros a partir do compartilhamento realizado nos provedores, de simples exemplificação, a identificação do mapeamento ideológico - que integra as características de dados sensíveis - a partir de um posicionamento em uma conversa corriqueira que possa incidir nos encaminhamentos a terceiros, construindo uma base de dados perigosa e facilmente articulável.

Em última pontuação, a transparência dos conteúdos pagos possui formato bipartido a qual realiza a tratativa dos marcadores utilizados para o impulsionamento de propagandas, outra recai no modelo (des)monetização das informações falsas a partir da aplicação estratégica do *Follow the Money* como método mais eficaz para desarticular os autores da estrutura dos disparos em massa.

Democracia em risco

Aventar a possibilidade do rastreamento de dados é esbarrar em questões

principiológicas consagradas na constituição de 88 sob o prisma da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH.

No âmago do mundo digital, o conteúdo desinformativo por vezes incorpora ao repertório popular potencializada através de disparos em massa a partir de profissionais que arquitetam e estruturam a *fake news* com alto potencial de viralidade criando contornos aos debates plurais repletos de intolerância a opiniões divergentes que por hora o Estado está instrumentalizando sua força em investigar e asfixiar o problema com projeto de lei fora dos limites democráticos convencionais, e por consequência, irá gerar um estado de vigilância.

Os ordenamentos (inter)nacionais enfatizam a supressão ao máximo da coleta de dados pessoais de maneira que possam restringir os dados sensíveis, dentro do limite, para que a funcionalidade decorra com a utilização apenas dos essenciais para o seu fim. Contrário senso, o projeto recorrerá ao armazenamento de eventuais compartilhamentos de informações cujo teor poderá conter ideologias, posicionamento político, crença e demais informações de cunho sensível que comprometerá a privacidade do usuário nos casos de averiguações desnecessárias realizadas por autoridades e ocasionais vazamentos de dados, que embora seja aplicado sanção, uma vez expostos, os dados jamais serão sigilosos novamente.

Em releitura, o uso exacerbado dos dados pessoais ultrapassa os limites evidentes, tornando-se um comércio perseguido como indústria. A existência de uma lei que valide um princípio poderá ser invocada para a proteção da privacidade do indivíduo (WARREN e BRANDEIS, 1890, p. 196-197) preservando a autonomia para autoavaliação e comunicação protegida, afastando a vigilância ressalvado o uso limitado em casos de crimes graves (WESTIN, 1968, p. 166).

Teoricamente um fato deveria ser exposto com imparcialidade, no entanto, a liberdade de expressão possibilita aos usuários em dispor de forma independente. A restrição do uso do compartilhamento de mensagens privativas é uma afronta a garantia fundamental com viés positivista, negativando um dos pilares principais que o próprio projeto traz em sua redação.

CONCLUSÃO

Os dilemas e desafios da contemporaneidade são os mesmos discutidos há décadas, apenas a mudança de cenário ocorreu a medida em que os

avanços tecnológicos propiciaram novos paradigmas a serem apreciados como os vetores do processo de disseminação de informação inautêntica e o uso indiscriminado dos dados pessoais.

O projeto segue na contramão dos padrões (inter)nacionais, operando fora dos limites democráticos convencionais, assumindo o formato descuidado de cunho emergencial para a contenção de *fake news*, adotando medidas lesivas as garantias fundamentais da sociedade civil e inaugurando um verdadeiro estado de vigilância.

Nesse sentido, a melhor forma de combater a desinformação é a adoção de políticas públicas educativas em rede e do fornecimento de informação com alto padrão de qualidade que ao ser disseminada em massa, minimiza automaticamente a adesão por notícias falsas. Por essa razão, ao invés de criar leis que enfatize o vigilantismo, repensem em dar eficiência as existentes melhorando suas penalidades que atualmente são pequenos ilícitos.

REFEFÊNCIAS

ALEMANHA. Lei de Serviços de Informação e Comunicação. Disponível em <http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl197s1870.pdf > Acesso em 23/12/2020

ALVES, Marcelo dos Santos. Desarranjo Da Visibilidade, Desordem informacional e Polarização no Brasil entre 2013 E 2018. Disponível em <https://www.academia.edu/41690755/Desarranjo_da_visibilidade_desordem_informacional_e_polariza%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil_entre_2013_e_2018> Acesso em 09/06/2020.

AVAAZ. O Brasil está sofrendo uma infodemia de Covid-19. Disponível em <https://secure.avaaz.org/campaign/po/brasil_infodemia_coronavirus/> Acesso em 23/12/2020

BRASIL, PL 2630/2020 - Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983> Acesso em 13/07/2020

CAVOUKIAN, Ann. Information & Privacy Commissioner. Disponível em:

<https://www.privacysecurityacademy.com/wp-content/uploads/2020/08/PbD-Principles-and-Mapping.pdf> Acesso em 13/06/2020

ESTADOS UNIDOS. Protegendo a Privacidade do Consumidor em uma Era de Rápida Mudança. Disponível em <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf> Acesso em 21/05/2020

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

HABERMAS, Jürgen. Teoria de la Acción Comunicativa. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/352457/mod_resource/content/1/HABERMAS%2C%20Jurgen%3B%20Teoria%20dela%20accion%20comunicativa.pdf> Acesso em 21/05/2020

ISRAEL. 32ª Conferência Internacional de Comissários de Proteção de Dados e Privacidade. Disponível em<https://web.archive.org/web/20130523021627/http://www.ipc.on.ca/site_documents/pbd-resolution.pdf - 2010> Acesso em 09/06/2020

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em 13/05/2020

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Disponível em: . Acesso em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 21/05/2020.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 21/05/2020.

MACHADO, Caio C. Vieira; DOURADO, Daniel A.; SANTOS, João Guilherme; SANTOS, Nina MACHADO, Caio C. Vieira, [et. al.] Ciência Contaminada: Analisando o contágio De desinformação sobre Coronavírus via youtube. Disponível em <https://laut.org.br/ciencia-

contaminada.pdf?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=cincia_contaminada> Acesso em 09/06/2020.

MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático, Curitiba: Editora Juruá 2014

Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 04/05/2016. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT> Acesso em: 16/04/2020.

REYNOLDS, Osborne M. Administrative Law Review. Disponível em <www.jstor.org/stable/40708684. Accessed 27 Dec. 2020> Acesso em 09/06/2020

ROBINSON, Ian; WEBBER, Jim; EIFREM, Emil. Graph Databases new Opportunities for Connected Data. 2ª ed. O'Reilly Media, Disponível em <http://freecomputerbooks.com/Graph-Databases.html> Acesso em 12/07/2020

ROSSUM, H. van, e.a. Privacy-Enhancing Technologies: The Path to Anonymity. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/243777645_Privacy-Enhancing_Technologies_The_Path_to_Anonymity > Acesso em 12/07/2020

SAID, Flávia. PL das fake news permite rastreamento no Whatsapp. Veja os principais pontos. Congresso em foco. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/pl-das-fake-news-permite-rastreamento-no-whatsapp-veja-os-principais-pontos/> Acesso em 14/07/2020.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 24/10/1995. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:31995L0046> Acesso em: 15/05/2020.

VALENTE, Fernanda. Frágil e vago, projeto contra fake news pode gerar aplicações arbitrárias. Conjur. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-08/pl-fake-news-gerar-aplicacoes-arbitrarias-parecer> Acesso em 12/07/2020.

WEBER, Max. Conceitos sociológicos fundamentais. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=M6iXDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=Conceitos+sociol%C3%B3gicos+Max+Weber&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiEzrrCytLtAhXAH7kGHdKTB8IQ6AEwAHoECAYQAg#v=onepage&q=Conceitos%20sociol%C3%B3gicos%20Max%20Weber&f=false> Acesso em 13/05/2020.

WESTIN, Alan F. Privacy and Freedom. Disponível em<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3659&context=wlulr&ref=hackernoon.com> Acesso em 15/05/2020

AS INSTITUIÇÕES DE MÍDIA E A TENSÃO ENTRE DOMINAÇÃO E EMANCIPAÇÃO SOCIAL

Gabriel da Fonseca e Cunha Hansen
Graduando em Ciências da Comunicação na Universidade do Minho (UMinho)
gabrielfchansen@hotmail.com

Gilvan Luiz Hansen
Professor Doutor da Universidade Federal Fluminense (UFF)
gilvanluizhansen@id.uff.br

1. Introdução

O desenvolvimento da tecnologia viabilizou, a partir de meados do século XX, o aprimoramento dos canais de comunicação em escala planetária. O fluxo de informações e a possibilidade de interação em tempo real aproximaram as pessoas e realizaram a ideia da "aldeia global", apregoada por McLuhan nos anos 1970. Esse processo ligado à comunicação em nível global atraiu muitíssimas instituições ao longo do tempo: governos nacionais, organismos supraestatais, empresas, ONGs, grupos militares. Tais instituições, baseadas em interesses específicos a realizar, passaram a disputar, a possuir e a controlar os meios de comunicação de massa, passando a exercer um poder sobre as pessoas mundo afora. Mediante a utilização da tecnologia e das informações, essas instituições passaram a dominar e manipular as populações de diferentes países em vista de interesses corporativos específicos (lucro, consumo, controle político etc.). Em contrapartida, as novas tecnologias de comunicação global também tornaram possível o advento de grupos voltados à emancipação social, à solidariedade, à proteção ambiental, à defesa dos direitos humanos e tantas outras causas de teor similar, confrontando-se aos interesses corporativos de dominação.

O presente texto se volta para a reflexão sobre a tensão dominação-emancipação, tendo como objeto de análise as instituições de mídia e os procedimentos que estas adotam no que tange à produção e distribuição de seus conteúdos (informações, propagandas, programas de entretenimento, etc.). Ademais, se especula em torno das possibilidades dos mecanismos recentes de produção de conteúdos que procuram escapar ao controle das grandes corporações, levando potencialmente mensagens não domesticadas às populações em nível planetário. Isso se faz, neste trabalho, mediante uma abordagem inicial

que resgata o debate acerca do imperialismo cultural e suas implicações, passa pela análise das instituições que controlam os meios de comunicação de massa no que tange aos interesses ligados à produção e disseminação dos conteúdos às populações e finaliza com o apontar de possíveis perspectivas da comunicação social global, em termos de dominação-emancipação, a partir das novas configurações disponibilizadas pela tecnologia.

2. Comunicação de massa e imperialismo cultural

Desde os tempos mais remotos da história, a imposição de um povo sobre outro de maneira duradoura não se tornou possível sem a presença de três elementos: força, tecnologia e comunicação.

O primeiro elemento se caracteriza pela presença de poderio bélico, em termo de número de soldados, navios e armas, aliado a uma capacidade estratégica para enfrentar as batalhas e guerras atinentes aos conflitos e à resistência por parte daqueles povos subjugados.

O segundo elemento está ligado ao estágio de desenvolvimento tecnológico e de conhecimento técnico e científico que um povo conquistador possui, fatores que normalmente influenciam os demais aspectos, pois permitem indumentárias mais seguras para os soldados, navios mais ágeis e fortes para as batalhas, armas mais sofisticadas para o combate.

O terceiro elemento diz respeito à necessidade do conquistador em dominar não apenas fisicamente seu opositor, mas também controlá-lo no "coração e na mente", a fim de que ele se reconheça dominado e não queira permanentemente rebelar-se. E isso somente é possível se o conquistador conseguir estabelecer mecanismos de comunicação eficazes e eficientes para com o conquistado, a fim de debelar eventuais anseios de libertação do jugo. Mais que isso, que o conquistado possa conformar-se à ideia de que a cultura do conquistador é mais forte e melhor do que a sua, de modo a fazer surgir um fascínio ou admiração pelo dominador que faz o dominado encarar a dominação como inevitável ou até mesmo vantajosa, em alguns aspectos.

> Em um mundo dividido, conforme critérios de acumulação de riqueza, poderio militar e tecnológico, os excluídos de qualquer desses quesitos se encontram posicionados em condições de inferioridade, portanto, diminuídos de reconhecimento horizontal, linear, em igualdade de condições, não hierarquizado; determinado pela falta de condições materiais-tecnológicas, destarte, os habitantes do chamado "Terceiro Mundo" estão condenados a aproximarem-se mais de um "Quarto Mundo"

> – em construção – , que juntarem-se aos que integram um "Segundo Mundo" e, muito menos, ao "Primeiro". A exclusão dos meios de comunicação virtualizados implica desta forma em empecilho à realização de qualquer propósito democrático, inobstante aos articulados e estratégicos discursos forjados pelas nações nos organismos internacionais – ONU, OCDE, OMC etc. (LOPES FILHO, 2014, p. 144)

Embora os três elementos supracitados se complementem, o domínio cultural através dos canais de comunicação é decisivo para o estabelecimento de impérios. E a história mostra que os mais duradouros entre os impérios se mantiveram graças à imposição e preponderância cultural.

O domínio cultural, à medida que se estende e consolida no tempo, vai criando as condições para a formação de uma postura, entre os conquistadores (e mesmo entre alguns conquistados aderentes ideologicamente), de imperialismo cultural.

O imperialismo cultural, pois, se configura a partir de algumas características marcantes, a saber:

a. autocompreensão de superioridade

Surgimento de uma atitude, da parte do povo conquistador, no sentido de se autocompreender como superior, em termos gerais, aos demais povos, de modo a encarar como natural que se imponha e subjugue a todos os demais. Isso faz com que, não havendo parâmetros acima de si próprio, este povo conquistador se veja respaldado para agir do jeito que bem lhe aprouver, sem limitações quaisquer, visto que essa superioridade é compreendida como justificante e legitimadora de todas as condutas.

b. Elaboração de uma história exemplar

Para justificar aos outros, mas também se convencer internamente da superioridade, o povo conquistador tende a gerar para si mitos fundantes ou narrativas de uma história exemplar, que serve para sedimentar as crenças na sua supremacia perante os outros. Tais mitos são constantemente reavivados através de rituais, celebrações, festividades, tudo no intuito de forjar uma pureza cultural legitimadora da dominação. Essa conduta pode ser fortemente percebida, por exemplo, quando da formação do Império Romano, já que os habitantes do Lácio tiveram que depurar seu acontecer fático e substituí-lo por um enredo mítico em

torno de sua origem para se diferenciarem de sua condição de bárbaros, alcunha que usavam para povos cuja trajetória histórica era semelhante a deles próprios, mas aos quais desprezavam e queriam dominar (HISTORY, 2017, p. 43-47).

> Desde a sua gênese, tanto os etruscos como os gregos tiveram civilizações mais avançadas do que os latinos, os romanos e outros povos itálicos [...] para um grego [...] ambos eram bárbaros, alheios à língua, à cultura e à civilização gregas. Por essa razão, quano Roma começou a dominar as cidades gregas do sul da Itália, manifestou-se entre as elites políticas e culturais romanas a preocupação de modificar o seu passado para legitimar o seu poder e melhorar a sua imagem. Foi assim que começaram a elaborar-se várias lendas e mitos sobre o nascimento e origem de Roma, que conheceram extraordinário desenvolvimento e diversificação nos séculos seguintes. (HISTORY, 2017, p. 43)

c. Identificação e imposição de um *ethos*

Sedimentados os mitos que explicam a gênese e superioridade do povo conquistador, o passo seguinte é delinear um conjunto de valores, costumes, crenças, leis, hábitos e práticas sociais como sendo específicas e diferenciadas, a ponto de constituírem um *ethos* superior. Com base nessa identidade forjada e assumida, começa-se o processo de modelação dos conquistados a partir dos próprios valores e concepções de mundo dos conquistadores. Um exemplo disso é encontrado na crítica que HABERMAS (2005, p. 101) faz à tentativa de imposição de um *ethos* norte-americano.

> O projeto de uma ordem neoliberal que tem por bandeira uma *Pax Americana*, defendida pelos membros neoconservadores da administração dos Estados Unidos, propõe a questão da conveniência de substituir o *estabelecimento de um marco jurídico* para as relações internacionais por uma *moralização* da política internacional definida pelo *ethos* de uma superpotência.

Essa crítica habermasiana é mencionada e analisada por HANSEN & HANSEN JÚNIOR (2014, p. 119), ao destacar, dentre outros pontos significativos, que

> A hegemonia bélica norte-americana, aliada a autocompreensão de que o seu conjunto de valores, suas convicções políticas, suas crenças religiosas e suas práticas econômicas e sociais são paradigmáticos para os demais recantos do planeta, têm conduzido as relações políticas internacionais a complicados desdobramentos. Dentre esses desdobramentos, vemos acontecer uma depreciação do direito internacional e das Instituições criadas com a finalidade de harmonizar e disciplinar as relações entre as nações; isso sem contar as guerras, as ocupações militares e outros

> expedientes de natureza similar, fomentados no sentido de implantar a democracia e a liberdade, a *pax* americana no mundo.

d. Proliferação de propaganda cultural

O povo conquistador necessita, para impor o seu *ethos*, da adesão ou, na pior das hipóteses, da não resistência, por parte dos conquistados, quanto aos valores que se lhes quer impor. Para tanto, mister se torna um permanente e diversificado processo de propaganda cultural, de modo a promover uma gradativa e quase imperceptível aculturação; o espectro desta aculturação é amplo, e envolve a música, a arte, a culinária, o consumo de bens, o acesso a serviços e tecnologias, as noções da moda, a linguagem e as expressões, a religião e os símbolos religiosos, as festas e celebrações, entre outros aspectos. Num movimento que busca a tradução semântico-pragmática do *ethos* do conquistador para o *ethos* do conquistado, busca o dominador inicialmente uma indiferenciação sincrética para, posteriormente, agir no sentido da imposição cultural. Isso se dá inclusive pela concessão de um status de cidadania diferenciada para aqueles que se integram e passam a desempenhar funções administrativas, políticas ou militares na estrutura organizacional do estado dominante. Persas, gregos, egípcios fizeram isso em seus períodos de hegemonia; mas Roma levou tais estratégias a uma amplitude anteriormente não vista, com seu projeto de *Pax* Romana. (HISTORY, 2017, p. 165ss)

e. Controle das informações e dos dados

Boatos, notícias falsas, informações distorcidas e mentiras espalhadas de boca em boca não são invenção contemporânea; elas estiveram presentes em toda a história e foram decisivas tanto para a derrubada quanto para a instalação de governos e domínios. Por esse motivo, um povo conquistador tem seu poder mais ou menos contestado a depender também do controle que possui da qualidade e do fluxo das informações, bem como dos dados específicos sobre a população, tanto em âmbito interno quanto principalmente no que tange aos povos conquistados. A espionagem, a delação e a traição premiadas foram os principais mecanismos utilizados ao longo do tempo para a vigilância dos povos, propiciando um controle eficaz para a detecção e eliminação de possíveis resistências ou até mesmo de líderes de outros povos, por envenenamento ou outras formas de eliminação de ameaças. Essas práticas chegaram a tal medida de uso (e abuso) que alguns pensadores deram a elas um destaque como males a serem evitados nas

relações entre os povos. Veja-se, por exemplo, a fala de Immanuel KANT (2006, p. 61):

> Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir-se hostilidades tais que façam impossível a confiança mútua na paz futura, como o emprego, em outro Estado, de assassinos (percussores), envenenadores (venefici), a quebra de acordos, a indução à traição (perduellio), etc.

Levando-se em conta os aspectos acima destacados, pode-se dizer que o imperialismo político, militar e econômico somente se torna longevo e perene com o incremento de um imperialismo cultural que lhe dê sustentação.

3. Os sinais contemporâneos do imperialismo cultural

Os avanços tecnológicos levados a cabo no século XX e o desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação em níveis jamais vistos tornou praticamente possível o controle e a operacionalização de dados e informações de maneira rápida, quase instantânea. E isso assumiu uma naturalidade no cotidiano das pessoas, que sequer percebem o conjunto de relacionamentos e as entranhas do poder e do dinheiro que esse processo contém.

> A adesão acrítica reproduz a prática do funcionamento constante do senso comum, em outras palavras, a banalização dos acontecimentos é a naturalização do social, da repetição cotidiana como se inalterada, a qual se adere para que as coisas permaneçam numa lógica constante do tipo *assim que é*, há uma forma de ser que obedece a lógica do próprio sistema, onde as pessoas agem como de hábito por pura falta de crítica ou para nele ingressar. (LOPES FILHO, 2014, p. 106)

Para boa parte das pessoas hoje, é natural assistir a um jogo em tempo real, na sala de sua casa ou na tela do seu telefone, ainda que ele ocorra há milhares de quilômetros de seu local de estadia. E é fascinante acompanhar tais eventos com uma riqueza de detalhes, vendo de perto a expressão dos competidores, ouvindo as suas palavras ou então fazendo a leitura labial do que dizem, tudo isso graças aos requintes tecnológicos disponíveis. Há algumas décadas, o acesso ocorria via rádio ou, em raríssimos casos, via televisão (que retransmitia menos de uma dezena de canais), quando alguma empresa detentora dos direitos de transmissão do evento disponibilizava o acesso no aparelho de televisão, que poucas famílias possuíam e que exigia a troca de canais manualmente, pois não havia controle remoto. Ainda assim, eram comuns as quedas de sinal e, com isso, perdiam-se momentos significativos das transmissões.

Igualmente parece ser natural que as pessoas conversem instantaneamente, trocando notícias e informações, imagens e fotos, fazendo reuniões ou participando de aulas, conferências, cultos religiosos, celebrações, bancas, entrevistas; e os meios disponíveis são diversos: Twitter, Facebook, WhatsApp, FaceTime, Instagram, TikTok, Youtube, Zoom, Meet, Skype. As mensagens via e-mail se tornaram praticamente arcaicas. E as pessoas ficam irritadas se não recebem resposta imediata; parece que todos vivem em função do responder mensagens e da autoexposição em tempo real num dos canais mencionados; não há mais vida para além da conexão via internet ou dos meios digitais. Cartas que demoravam meses para ser entregues, com notícias de familiares distantes, relatos de catástrofes naturais ou de incidentes que chegavam dias ou semanas depois de ocorridos, ou então eram relatadas via telégrafo ou acompanhadas através do rádio, isso parece coisa que nunca existiu; e só se passaram cem anos desde que esta era a vanguarda mundial.

No que diz respeito ao acesso às informações atinentes ao campo do conhecimento, algo similar acontece: se há cinquenta anos necessitávamos nos dirigir a bibliotecas públicas e, tal como arqueólogos ou garimpeiros, descobríamos e "cavávamos" obras literárias ou científicas guardadas em prateleiras empoeiradas, que subsidiariam nossas pesquisas, hoje clicamos palavras-chave em buscadores na internet e temos acesso a milhares de informações sobre um número impressionante de referências bibliográficas, escritas ou guardadas em áudio e vídeo.

O que as pessoas não se apercebem é que, em meio às facilidades "naturalizadas" de acesso aos canais de comunicação acima mencionados, elas se tornaram totalmente vulneráveis e expostas, já que compartilham dados íntimos, informações cadastrais, sentimentos, conceitos e preconceitos, elementos a partir dos quais se constroem os perfis de preferencias, gostos e consumo.

> A promessa de conveniência levou as pessoas a trocar seus sites pessoais - que exigiam manutenção constante e trabalhosa - por uma página no Facebook e uma conta no Gmail. A aparência de posse era fácil de confundir com a propriedade real. Poucas pessoas entenderam isso na época, mas nada do que compartilharíamos nos pertenceria mais. Os sucessores das empresas de comércio eletrônico que fracassaram - por não terem encontrado nada que estivéssemos interessados em comprar - passaram a ter um novo produto para vender. E esse novo produto éramos Nós. Nossa atenção, nossas atividades, nossa localização, nossos desejos - tudo que revelamos sobre nós, conscientemente ou não, estava sendo vigiado e vendido em segredo, a fim de retardar a inevitável sensação de

> violação que a maioria de nós só sente agora. E essa vigilância continuaria sendo ativamente encorajada e até financiada por um exército de governos ávidos pelo vasto volume de informação que obteriam. Além de logins e transações financeiras, quase toda comunicação on-line foi criptografada nos primeiros vinte anos, o que significa que, em muitos casos, os governos nem precisavam se dar ao trabalho de abordar as empresas para saber o que seus clientes estavam fazendo. Podiam simplesmente espionar o mundo sem ninguém saber. (SNOWDEN, 2019, p. 13)

E esses perfis são comercializados para fazer parte dos cadastros das corporações, interferindo no acesso das pessoas às mesmas, facilitando ou dificultado a contratação para empregos, a obtenção de crédito para a compra de bens, etc.

> A pressa inicial de transformar o comércio em comércio eletrônico levou rapidamente a uma bolha e, logo após a virada do milênio, a um colapso. Depois disso, as empresas perceberam que as pessoas que acessavam a internet estavam muito menos interessadas em gastar que em compartilhar, e que a conexão humana que ela possibilitava podia ser monetizada, Se aquilo que as pessoas mais queriam fazer on-line era poder contar a familiares, amigos e estranhos o que estavam fazendo e, em troca, saber o que seus familiares, amigos e estranhos estavam fazendo, todas as empresas só precisavam descobrir como se colocar no meio desses intercâmbios sociais e transformá-los em lucro. Esse foi o começo do capitalismo de vigilância e o fim da internet como eu a conhecia. (SNOWDEN, 2019, p. 12-13)

Podemos, de maneira ingênua, duvidar de que haja controle das nossas vidas a esse ponto, mas nos esquecemos de ver que a maioria das faces visíveis que estão à nossa frente (um canal de televisão, um jornal, um banco ou financeira, um provedor de dados, um blog, um filme, um programa de computador, um serviço de pagamentos *on line*, etc.) podem pertencer a uma única corporação, em forma de holding, que é dona de tudo; e que tem acesso a todos os nossos dados. E são poucos os grupos, na forma de megacorporações, que detém um vasto lastro de empreendimentos e que controlam as informações, as notícias, as tendências da moda e aquilo que vamos querer consumir, pois a propaganda nos seduziu a isso.

> A mídia global está nas mãos de duas dezenas de conglomerados, com receitas entre US$ 5 bilhões e US$ 35 bilhões. Eles veiculam dois terços das informações e dos conteúdos culturais disponíveis no planeta. Entrelaçam a propriedade dos estúdios, produtoras, distribuidoras e exibidoras de filmes, gravadoras de discos, editoras, parques de diversões, TVs abertas e pagas, emissoras de rádios, revistas, jornais, serviços *on line*, portais e provedores de Internet, vídeos, videogames, jogos, softwares, CD-ROMs,

> DVDs, equipes esportivas, megastores, agências de publicidade e marketing, telefonia celular, telecomunicações, transmissão de dados, agências de notícias e casas de espetáculos. (MORETZSOHN, 2007, p. 69-70)

Apenas como exemplo, vejamos uma lista das principais corporações globais que configuram conglomerados de empreendimentos, muitos deles ligados à comunicação:

a. Agências de notícias

São responsáveis pela produção de fotos, vídeos e matérias em geral que são fornecidas aos demais veículo de comunicação e que serão notícias nos sites, jornais e televisões do mundo todo. As três gigantes do setor são a AP (Associated Press, dos Estados Unidos), a AFP (Agence France-Presse, da França) e a Reuters (do Reino Unido); seguem-se a elas, com maior importância nacional do que mundial, a Xinhua (China), a TASS (Rússia), a Efe (Espanha), a DPA (Alemanha) e a Lusa (Portugal), por exemplo. Tais empresas respondem por mais de 80% de todas as notícias e informações que circulam no planeta diariamente.

b. Conglomerados de comunicações

São corporações que apresentam diversidade de negócios e empreendimentos, produzindo conteúdos que vinculam valores e concepções de mundo através de filmes, desenhos animados, programas televisivos, parques de lazer. Praticamente nenhum adulto com idade inferior a 50 anos pode dizer que não foi afetado ou consumiu, de algum modo, o conteúdo de um destes conglomerados. Dentre eles, podemos destacar:

1. AT&T: WarnerMedia (antiga Time Warner) - Warner Bros Studios, CNN, Turner, HBO, DC Comics.
2. Walt Disney Company – Disney, Parques temáticos, Marvel, Pixar, Lucasfilm, ESPN, ABC, 20th Century Studios, National Geographic.
3. Comcast/NBCUniversal = NBC, Universal Studios, Dreamworks, Illumination, Amblin, Parques temáticos, Fandango (ingresso.com)
4. ViacomCBS = CBS, MTV, Nickelodeon, Paramount Pictures.
5. Sony: Sony Entertainment – Sony Pictures, Sony Music, Columbia Pictures, Sony Pictures Animation.
6. Discovery Inc.: Discovery Channel, Eurosport, Animal Planet, TLC, Food Network

E no Brasil isso não é diferente, pois também o controle da informação pertence a poucos grupos corporativos. Segundo ASSANGE (2013, p. 15), existe "[...] a concentração histórica da mídia no Brasil, onde cinco empresas, pertencem a seis famílias, [que] controlam 70% de todos os meios de comunicação". Dentre eles estão:

1. Grupo Globo: TV Globo, O Globo, Canais Globo (Globo News, GNT, Multishow, Telecine, Sportv, Gloob), Editora Globo, Globo Filmes, globo.com, Estúdios Globo.
2. Grupo Record: RecordTV, RecordNews, R7, Correio do Povo, Banco Digimais, RecNov.
3. Grupo Bandeirantes de Comunicação: Band, BandNews TV, Rádio BandNews, Rádio Bandeirantes, Metro Jornal.
4. Grupo Silvio Santos: SBT, Telesena, Jequiti, TV Alphaville, Hotel Jequitimar.

Como podemos perceber, o poderio que esses conglomerados possuem no sentido de construir as versões para a realidade é imenso. Essas empresas são capazes de atuar sistemática e diretamente sobre a nossa sensibilidade, e desde a mais tenra idade passam a disseminar valores, crenças, desejos, fantasias, que se traduzem na maioria das vezes em produtos e serviços a serem adquiridos ou consumidos.

Vamos, com isso, passando por um processo de domesticação gradativa, virando "gado doméstico" (KANT, 1985, p. 102), com proporções muito mais agudas do que as imaginadas pelo filósofo de Königsberg no século XVIII. Daí que os grilhões se tornam cada dia mais sofisticados e a mudança de mentalidade capaz de nos libertar deles se mostra tarefa cada vez mais difícil (KANT, 1985, p. 102-104).

4. Conclusão: existem perspectivas emancipatórias ao imperialismo cultural?

A ordem mundial hoje estabelecida sedimenta seu acontecer numa competente rede de controle de informações e dados, utilizando-se principalmente da rede mundial de computadores e de mecanismos sofisticados da tecnologia para a espionagem de dados e informações, para a sua catalogação, armazenamento e manipulação estratégica deles em função dos interesses econômico-políticos de corporações e governos.

> [...] durante esse período de sete anos, participei da mudança mais significativa da história da espionagem estadunidense da vigilância

> direcionada a indivíduos à vigilância em massa de populações inteiras. Ajudei a tornar tecnologicamente viável que um único governo coletasse todas as comunicações digitais do mundo, que as armazenasse por eras e fizesse buscas nelas à vontade. Depois do 11 de Setembro, a CI sentiu uma culpa imensa por não ter protegido os EUA, por ter permitido que o ataque mais devastador e destrutivo ao país desde Pearl Harbor ocorresse debaixo de seu nariz. Em decorrência disso, seus líderes procuraram construir um sistema que impedisse que fossem pegos de surpresa de novo. (SNOWDEN, 2019, p. 8)

Todavia, ainda que tenhamos vivências históricas de imperialismo cultural, por uma questão de respeito às próprias capacidades humanas de inventividade e de ultrapassagem das dificuldades que se lhe impingem ao longo do tempo, não podemos incorrer numa análise derrotista das sociedades e suas instituições. Isso porque os seres humanos, por mais dominados ou subjugados que possam estar, conservam elementos de liberdade e de rebeldia que podem ser acionados em algum momento por um evento e que lhes torna potenciais agentes da rebeldia e da mudança, em superação da opressão dos dominadores.

Os meios de comunicação de massa são eficazes para permitir a dominação, mas são instrumentos, canais, veículos operados a partir de pessoas ou grupos de poder e de interesses. Por mais que estes grupos estejam organizados, articulados e ativos no controle, eles só conseguem êxito porque pessoas trabalham para eles, utilizando suas habilidades a serviço da dominação e da exploração. Por mais que estas pessoas sejam mantidas "fiéis" graças às pressões salariais e de emprego, de status social, também elas são parte de uma engrenagem opressiva e opressora que igualmente as subjuga. Daí que a fidelidade ao dominador pode ser rompida se houver um projeto alternativo de emancipação suficientemente digno de merecer a credibilidade e os esforços na ruptura de um estado de coisas para a construção de uma nova ordem.

> Nas profundezas de um túnel sob uma plantação de abacaxis uma antiga fábrica subterrânea de aviões da época de Pearl Harbor -, eu me sentava diante de um terminal do qual tinha acesso praticamente ilimitado às comunicações de quase todos os homens, mulheres e crianças da Terra que fizessem uma ligação ou usassem um computador. Entre essas pessoas havia cerca de 320 milhões de cidadãos estadunidenses que, na conduta regular de sua vida cotidiana, estavam sendo vigiados - em flagrante violação não apenas da Constituição dos Estados Unidos, mas dos valores básicos de qualquer sociedade livre. A razão pela qual você está lendo este livro é que eu fiz uma coisa perigosa para um homem em minha posição: decidi dizer a verdade. Eu coletei documentos internos da CI que evidenciavam o desrespeito do governo dos EUA às leis e os entreguei a jornalistas, que os

> examinaram e publicaram para um mundo que ficou escandalizado. Este livro fala sobre o que me levou a essa decisão, os princípios morais e éticos que a embasaram, e como eles surgiram. Isso significa que ele fala também sobre a minha vida. O que faz uma vida? Mais do que dizemos; mais do que fazemos, inclusive. Uma vida também é o que amamos e aquilo em que acreditamos. Para mim, o que eu mais amo - e no que eu mais acredito - é a conexão, a conexão humana; e as tecnologias por meio das quais alcançamos isso. (SNOWDEN, 2019, p. 11)

Ademais, por mais que os controles se mostrem duros e presentes, há muitas pessoas que escapam a eles, que burlam as engrenagens, utilizando formas alternativas para veicular suas informações, para construir relações, para resistir ao rolo compressor da mesmidade.

> Coerção e intimidação, baseadas no monopólio estatal da capacidade de exercer a violência, são mecanismos essenciais de imposição da vontade dos que controlam as instituições da sociedade. Entretanto, a construção de significado na mente das pessoas é uma fonte de poder mais decisiva e estável. (CASTELLS, 2013, p.14)

Por esses motivos, acreditamos que seja possível ultrapassar os controles e criar novas formas de relacionamento que se pautem em parâmetros de uma racionalidade comunicativa, nos moldes do que apregoa Habermas (1990, p. 65-134), como resgate de uma perspectiva pluralista e multicultural (HABERMAS, 2002, p. 134-137) onde se desenvolva uma política deliberativa promotora do fortalecimento do Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 154-210), e da moralidade pública construída dialogalmente enquanto uma ética do discurso (HABERMAS, 1989, p. 98-132). O objetivo, em última instância, é a reconfiguração dos espaços públicos para a efetiva implementação de uma esfera pública (HABERMAS, 1984) na qual a crítica às ideologias e às ações seja capaz de gerar uma participação pautada na cidadania ativa (HABERMAS, 2003, p. 39-52, 101-122), onde cada pessoa possa participar de modo produtivo na discussão dos problemas, na deliberação sobre as ações e projetos a serem implementados, fiscalizar a implementação dos programas de ação e acompanhar de maneira a avaliar o que foi construído e realizado através de políticas públicas, num processo de transparência e cooperação em busca da construção da verdade.

> Portanto, é condição à viabilização de uma nova esfera pública, quer seja local ou mundial, que os interlocutores estejam em semelhantes condições participativas, para que possam ser ouvidos e interfiram simetricamente nos processos transformadores; os abismos tecnológicos ditados pelas

> desigualdades devem ser superados através de políticas inclusivas em todas as esferas de relação. (LOPES FILHO, 2014, p. 147)

O processo apontado neste artigo, todavia, é lento e difícil de ser construído, mas não podemos abandonar as esperanças de que, apesar do que vemos acontecer no nosso cotidiano, de opressão, injustiças, dominação e imoralidade, elas devem ser superadas. Aos moldes do que falava Immanuel Kant, ainda que eu veja predominar o mal (e as manifestações deste supramencionadas), nem por isso a moralidade, a justiça, a solidariedade, a igualdade e a liberdade perdem o seu valor racional e a sua importância social. Trata-se, pois, de enfrentar o combate de maneira convicta e coletiva, com capacidade crítica, tanto das próprias condutas quanto dos demais. Se há grilhões, há também a possibilidade de rompê-los.

REFERÊNCIAS

ASSANGE, Julian [et al]. **Cypherpunks:** Liberdade e o futuro da internet. Tradução de Cristina Yamagami, São Paulo, Boitempo, 2013.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperanças:** movimentos sociais na era da internet. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio Köthe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. (Biblioteca Tempo Universitário, 76 – Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. (Biblioteca Tempo Universitário, 90 – Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. (Biblioteca Tempo Universitário, 101 e 102).

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

HABERMAS, Jürgen. ¿Es aún posible el Proyecto Kantiano de la Constitucionalización del derecho internacional? In: **Derecho e Justicia en una Sociedad Global**. Anales de la Cátedra de Francisco Suárez. Granada, 2005.

HANSEN JÚNIOR, G. L.; HANSEN, Gilvan Luiz. **A encruzilhada antropológica do terceiro milênio:** imperialismo e exclusão ou cosmopolitismo democrático e justiça social. In: HANSEN, Gilvan Luiz; NEVES, E. A.; MONICA, Eder F. (Org.). **Democracia, cidadania e estado de direito: ensaios**. 1. ed. Niterói/RJ: Editora Light, 2014. v. 1. p. 111-130.

HISTORY CHANNEL. Bárbaros. Tradução de José Vala Roberto. Lisboa: Clube do Autor, 2017.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta o que é o esclarecimento. In: KANT, Immanuel. **Textos Seletos**. Tradução de Raimundo Vier, Petrópolis: Vozes, 1985. p. 100-117.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Estudo introdutório de Joám Evans Pim. Tradução de Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. (Ensaios sobre Paz e Conflitos; Vol. V).

LOPES FILHO, Ozéas Corrêa. **A organização da esfera pública na era das mídias de massa e a contribuição dialógica habermasiana**. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal Fluminense, 2014. 202 f.

MORETZSOHN, Sylvia. **Pensando contra os fatos:** jornalismo e cotidiano: do senso comum ao senso crítico. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

SNOWDEN, Edward. **Eterna vigilância**. Tradução de Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: Planeta do Brasil, 2019. 288 p.

10

PAINEL 10
Democracia, relações laborais e gestão institucional

O CASO DO EMPREGADO INDÍGENA EBER LEON PEREIRA SOB A ANÁLISE DO DUPLO JUS PUNIENDI

Ronaldo Joaquim Lobão
Universidade Federal Fluminense
ronaldolobao@yahoo.com.br

Renata Vieira Meda
Universidade Federal Fluminense; Universidade Veiga de Almeida
renatameda@hotmail.com

Carla Sendon Ameijeiras Veloso
Universidade Veiga de Almeida; Estácio de Sá
carlaameijeiras@gmail.com

Resumo: Após a promulgação da CF/1988 alterou-se a perspectiva integracionista que vigorava até então, reconhecendo-se o direito à alteridade, qual seja, o direito de autonomia dos povos indígenas, com o reconhecimento de suas diferenças étnicas, culturais e históricas. Ocorre que, a integração do indígena estabelece que deverá receber o mesmo tratamento dos demais obreiros no mercado de trabalho formal, sem respeito as especificidade dos direitos coletivos indígenas, que por são submetidos a julgamento do Estado-nação e o consequente monismo jurídico, implicando no aviltamento dos seus direitos. Neste contexto, reconhece-se a possibilidade no ordenamento juríco brasileiro do sistema penal bem como do sistema interno indígena, através do principio do Duplo Jus Puniendi, a partir do paradigma da diversidade cultural indígena.

Palavras chave: indígenas; sistema jurídico; sistema jurídico indígena.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 advinda do Estado-Nação apesar da invenção da lei, do arbítrio a seu modo, das legitimidades impostas, não rara às vezes, formou-se como um sistema que não admite concorrência e por isso mesmo privilegia uma única fonte, a "derivada", que além de descartar o direito original, acaba por privilegiar os direitos individuais previstos no sistema tradicional, em detrimento do reconhecimento constitucional dos direitos coletivos propriamente dito.

Identifica-se, através de um caso empírico ocorrido no Estado Federado de Roraima/BR, a solução alternativa de conflitos para resolver os assuntos internos dos povos indígenas, de maneira a fazer valer formas e princípios indígenas, mediante atuação do Estado nacional que aceita a jurisdição indígena.

Isto porque, quando o Judiciário é chamado a resolver o litígio envolvendo questões indígenas, como é o caso de Denilson, o magistrado não reconheceu a imputabilidade do acusado, tendo em vista o reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro do avanço dos direitos indígenas, que através do Duplo Jus Puniendi, o magistrado reconheceu que as penalidades internas opostas pela comunidade constituem um modelo cujo nascedouro privilegia a autonomia do direito dos povos indígenas.

1. Questões indígenas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CF/1988 as questões dos povos indígenas eram mantidas como um elemento estranho em face do restante da sociedade nacional, - e com seu advento identifica-se a ruptura em relação ao sistema constitucional pretérito. Duprat traz à luz a falácia da ideia de nação como uma entidade social originária, de forma a encerrar uma homogeneidade que se traduz na construção de um plano imaginário no qual a identidade do povo eliminava as diferenças mediante a representação de toda a população por uma classe, raça ou um grupo hegemônico; entendida pela pura subordinação racial.

A visão do Estado-nação orientada por uma lógica unitária e tradição legiscentrista do legado período revolucionário que ocultava o fenômeno da pluralidade do corpo social, foi recobrado pelo direito e revelado na CF/88 abrindo espaço para o diferente, "antes destituído de qualquer conteúdo em si, porque subsumido ao universal" (Duprat, 2002, p. 2). E a partir da CF/88, o direito passa a compreender uma completa regeneração, normalização e inclusão dos 'elementos estranhos' no mundo civilizado, e "essa é uma concepção que também está fortemente ligada à gênese do Estado nacional e aos seus processos de unificação, centralização, padronização e homogeneização" (Duprat, 2018, p. 57).

Portanto, a CF/88 passou a assegurar a reprodução cultural aos povos indígenas, aos remanescentes de quilombos e aos demais grupos étnicos formadores da nação, reconhecendo o Brasil como um estado pluriétnico, rompendo a presunção positivista de um mundo preexistente e rígido, assumindo que "os modos de criar, fazer e viver" (inciso II, art. 216 CF) dando-se uma forma diferente em cada cultura, de forma que a compreensão do mundo depende da linguagem do grupo.

A CF/1988 produziu a inclusão de uma dimensão pluriétnica no ordenamento jurídico brasileiro, onde se verifica no texto constitucional vigente, direitos indígenas expressos no artigo 231, direitos culturais atribuídos aos grupos formadores da nação nos artigos 215 e 216, e no artigo 210 §2º que assegura "às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

As questões indígenas aprovadas na CF/88 avançaram significativamente em relação a Constituição de 1967, especialmente considerando três aspectos indígenas: (i) ampliação dos direitos dos indígenas, reconhecimento da organização social, usos, costumes, religiões, línguas e crenças, isto sem contar, no reconhecimento de seus direitos originários anteriores ao Direito e aos Estados, considerando o direito à terra como originário, bem como a exclusividade do uso sobre as terras que habitam, delas dispondo como território, mas não como propriedade; (ii) reconhecimento em nível constitucional, que existem direitos indígenas coletivos, seja reconhecendo a organização social indígena, seja concedendo à comunidade o direito de opinar sobre o aproveitamento dos recursos naturais e postular em juízo; (iii) proibição da remoção de grupos indígenas, de forma a não ser usurpados pelo próprio Estado que os protege, embora estabelecidas eventuais exceções.

Assim, a CF/1988 enseja um comando ao Estado brasileiro no sentido de que reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, tradições, portanto, reconhece os direitos originários dos indígenas, inclusive sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Embora os direitos dos povos tenham sido reconhecidos internacionalmente, para que os mesmos sejam exercidos eficazmente faz-se imperiosa a necessidade de estruturar-se em Estados, o que a isto, convencionou-se de chamar de autodeterminação dos Estados. Em grande medida, não se identifica o reconhecimento expresso do direito à autodeterminação dos povos diferenciados, tendo em vista que dentro da lógica do Estado contemporâneo, nos

territórios que já detinham Constituição escrita, o pleito da autodeterminação pelos povos, de acordo com Marés (2006) estava transformado em direitos individuais garantidos a cada integrante do povo, integrado então na categoria de direitos humanos, e recentemente de direitos culturais.

Na obra "O Renascer dos Povos para o Direito", Marés relata o acontecimento emblemático do Tuxaua macuxi, que nos permite perceber que a CF/1988 que incluiu os indígenas não passou de uma coisa de branco, de forma que a expressão de um direito continuava sendo dominador, de quem estava sendo incluído, e talvez nem quisesse sê-lo, condicionado que o direito que se pretende como universal, não pode ser único:

> Em meados de 1988 fui convidado pelos Macuxi a acompanhar a reunião anual dos tuxauas onde se discutia a demarcação da terra indígena Raposa Terra do Sol, até hoje sem solução. Como naquele momento as questões e princípios da Constituição brasileira que se estava elaborando eram objeto de ampla discussão nacional, acabada a pauta da demarcação, um dos tuxauas levantou-se e, pedindo permissão aos demais, propôs que eu lhes explicasse o que significava os termos Constituição e Constituinte e porque aí se discutia a questão indígena. Todos concordaram e fez-se um silêncio assustador. A tarde começa a cair e eu ainda podia divisar os olhos atentos em rostos de pedra, e com palavras escolhidas, expliquei a importância da Constituição e do processo constituinte que se desenvolvia. Expliquei que a Constituição garantia direitos e limitava o poder. Não foi tarefa fácil, nem estava tão seguro que pudesse dela me desincumbir.(...)
>
> Tive certeza que tinha conseguido explicar o que era a Constituição quando um dos tuxauas, talvez o mais calado de todos, levantou-se quando o sol já tinha se posto e uma suave e tremulante lamparina tentava inutilmente romper a escuridão, e disse em português trôpego, mas com voz pausada e firme:(...)
>
> "-essa tal Constituição é coisa boa, esta certo o que os brancos estão fazendo. Nós também temos que fazer uma Constituição para nós, para deixar escrito e sabido quem é que pode entrar em nossas terras e quem tem que ficar de fora, quem é que diz que podemos construir nossas casas e fazer nossas roças e quando são nossas festas."(...)
>
> Dito isso, várias vozes se ouviram ao mesmo tempo, a pauta foi encerrada e todos se dirigiram para uma fogueira onde se distribuía um beiju grosso acompanhado de uma bebida ácida. (...)
>
> Só muitos dias depois compreendi as palavras do tuxaua. Claro, a Constituição que estávamos fazendo e que tanto trabalho nos estava dando incluir os direitos indígenas e ainda que pudesse sair, como de fato saiu, a melhor Constituição acerca dos povos indígenas de tantas quanto já regeram o Brasil, não passava de uma coisa de branco, de uma forma de

> expressão de um direito que continuava sendo dominador, que continuava tentando incluir, teórica e formalmente, quem nunca fora incluído e, talvez, nem quisesse sê-lo. (...)
>
> A sabedoria do tuxaua macuxi era capaz de ver que o Estado e o Direito dos brancos que se pretende universal, geral e único, é parcial, especial, múltiplo. E o disse reclamando uma identidade jurídica que reflete uma prática escondida, escamoteada, e não raras vezes proibida pelo nosso sistema jurídico. O tuxaua entendeu em poucos minutos o que nossa cultura constitucionalista não logrou compreender em 200 anos de puro estudo e reflexão: a uma sociedade que não é una, não pode corresponder um único Direito, outras formas e outras expressões haverão de existir, ainda que simuladas, dominadas, proibidas e, por isso tudo, invisíveis. (Souza Filho, 1998, p. 22)

A linha de pensamento evidenciada pela declaração do Tuxaua exposto por Marés, compreendeu que o Direito não é uno, tendo em vista outras formas e expressões de modo de vida, trazendo à lume que o Estado e o Direito dos brancos que se pretende universal, geral e único, na verdade, é parcial e múltiplo, o que condiciona a uma identidade jurídica, compreendendo uma sociedade que não é una, e que não pode corresponder a um único Direito, devendo existir outras formas que ainda invisíveis.

Portanto, no Estado Contemporâneo verifica-se que os direitos previstos aos povos indígenas foram construídos e articulados com distanciamento no que se refere a compreensão dos estilos de vida da comunhão nacional, de modo que a concepção de vida de um europeu é diferente da concepção das comunidades tribais.

Em outras escalas, tem-se que o Estado Contemporâneo não admite a existência de territórios sem tutela estatal, e assim submete todos os povos viventes em seu território, de forma que se no território já tiver sido "escrito uma Constituição, a reclamação de autodeterminação dos povos diferenciados estaria transformada em direitos individuais garantidos a cada integrante do povo, integrados na categoria de direitos humanos" (SANTOS, 2006, p. 68), logo, dificultando o desenvolvimento e reconhecimento do multiculturalismo, pretendendo continuamente, a incorporação do indígena à sistemática do Estado.

O próprio povo define a existência de um povo, e compete ao direito estatal moderno, hegemônico reconhecer essa existência. "Reconhecida a existência é necessário conhecer os direitos de cada povo. Não é demais lembrar que o Estado pode negar todos os direitos aos coletivos, como já o fez, embora esses direitos continuem existindo para o povo" (Souza Filho, 2018, p. 89).

Sendo assim, o Estado contemporâneo brasileiro e seu Direito sempre negaram a possibilidade de conveniência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos, acreditando que o Direito estatal sob a cultura constitucional é o único e onipresente o que se identifica um sistema jurídico da individualidade.

2. O caso Eber Leon Pereira

Trata-se de Reclamação Trabalhista, os autos n. 0000329-31.2014.5.11.0053, instaurado pelo Reclamante Eber Leon Pereira, indígena, em face da Missão Evangélica Caiuá, ajuizada na 3ª Vara do Trabalho de Boa Vista/RR. Em petição inicial, o Reclamante alega ter firmado contrato com a Reclamada, por prazo indeterminado, para exercer a função de enfermeiro, mediante a percepção de salário de R$ 5.824,00.

Aduz o Reclamante que excedia a jornada de trabalho pactuada na contratação de 8 horas diárias e 44 horas semanais, e que inclusive acabava por realizar vários atendimentos no período noturno, sem receber horas extraordinárias ou adicional noturno, passando a trabalhar em regime de 36 horas diárias e folgar apenas 12 horas, sem que fosse cumprida a concessão do intervalo intrajornada, para repouso e alimentação, segundo o artigo 71, parágrafo 4º da Consolidação das Lei do Trabalho - CLT.

Que além de realizar atividades inerentes à enfermagem, exercia a função de coordenação técnica, sem nenhum tipo de reajuste salarial, ainda que passou a desenvolver suas atividades de maneira precária, acarretando risco à sua saúde. Reclama ao final, pela condenação da Reclamada na obrigação de pagar a quantia de R$ 75.810,00, a título de horas trabalhadas em regime extraordinário, adicional de insalubridade, adicional noturno e defasagem salarial, em razão da inaplicabilidade por parte da Reclamada.

O Reclamado por sua vez alegou que o indígena Reclamante fora contratado como trabalhador externo, segundo artigo 62, I da CLT, segundo anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, sendo que os trabalhadores externos que prestam serviços à saúde indígena, trabalham em período de escala de lotação de 20 dias no campo e 10 dias de descanso, portanto, o Reclamante indígena não possuía controle de jornada. Quanto à alegada execução de labor em condições ambientais precárias, aduziu a Reclamada que o ambiente de trabalho se constitui, no local de vivência da comunidade indígena, sendo vedada por força de norma supra legal atentar as condições dos povos indígenas. E quanto á

alegação de defasagem salarial, aduziu o Reclamado que a contratação refere-se à contratação de trabalho temporário, voltado às atividades de assistência à saúde relacionadas as comunidades indígenas.

Em análise, o Juízo quanto à alegação do controle de jornada, aponta que o Reclamante se obrigou a se submeter à jornada de trabalho na condição de trabalhador externo, exatamente nos termos do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, logo, não havendo delimitação de horário para execução dos serviços, entendendo como insubsistente o pleito autoral. No que toca à alegada execução de labor em condições ambientais precárias, o Juízo pontua com instrumentos de proteção aos direitos indígenas, sem defender a existência de uma colisão excludente entre as referidas normas, mas presta a mostrar como plausível uma solução calcada na flexibilização da legislação trabalhista mediante a aplicação subsidiária nas terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, o ambiente em que o trabalho fora prestado – implicando, portanto, em uma adaptação material frente ao direito próprio dos referidos povos.

De outra parte, o Juízo considerou o reconhecimento pela Carta Magna dos direitos indígenas conforme o artigo 231, e ainda o artigo 34 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, pontuando que os povos indígenas têm o direito de promover os próprios direitos, e inclusive quando houver costumes ou sistemas jurídicos, que sem em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos. Na mesma linha, referiu-se ao artigo 8º da Convenção 169 da OIT, no sentido de que a aplicação da lei nacional aos povos interessados deve considerar seus costumes ou direito consuetudinário. A seu turno, assinalou o artigo 6º[1] do Estatuto do Índio, que regula a situação jurídica dos índios, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, à comunhão nacional, respeitando os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas, e seus efeitos, nos atos ou negócios jurídicos realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

[1] Art. 6º Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

Parágrafo único. Aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, excetuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei.

Pontuou que sob o enfoque das condições de trabalho, a adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio, deve ser estimulada de modo a favorecer a continuidade da vida comunitária. E neste sentido, não se ousa falar em uma colisão de normas entre o Direito tradicional e o direito indígena, mas em uma adaptação material frente ao direito próprio dos povos indígenas, conforme defendido por Marés: "A Constituição brasileira vigente reconhece aos índios o direito originário sobre suas terras que tradicionalmente ocupam. Por originário quer dizer que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, à própria lei" (Souza Filho, 2006, p. 122).

E por fim, o Juízo prolata a r.sentença declarando que ao se aplicar o Direito Nacional do Estado aos povos indígenas e, portanto, culturalmente diversos, abandona-se o próprio direito, instituindo-se um modelo cujo nascedouro destoa da própria cultura, encerrando assim, a aplicação subsidiária da legislação trabalhista mediante a conformação ao Direito próprio dos povos indígenas, na medida em que o direito afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito fundamental, sendo necessária a busca de conveniência harmoniosa entre as normas.

O magistrado Raimundo Paulino Cavalcanti Filho, no relatório da r.sentença, remeteu-se a questão da judicialização, que se desenvolve a partir da atuação de especialistas que atuam na noção de um campo, em defesa do interesse ao trâmite da representação. Desta forma, em conflitos internos indígenas acessar a judicialização é o mesmo que apontar que os indígenas elegem um representante, operador do direito – e se colocam como representados, mas que de fato contribuem para o deslocamento dos indígenas e o acesso aos procedimentos judiciais contra as determinações do Cacique:

> Não fui eu que criei a transferência, não foi a pessoa do Gentil Belino que criou ser amarrado uma pessoa, não é uma coisa minha de dois anos e pouquinho. Por que as vezes tem uns que ficam bêbados e as esposas vem pedir para que eles não fiquem amarrados só um pouquinho, daí eles ficavam num banheirinho e punham um cobertor e saltavam no outro dia, mas elas vinham aqui chorando e pediam para não soltar eles' (Gentil Belino e a Esposa: TI Xapecó, outubro de 2012).
>
> (...)
>
> Ao final vale comentar que qualquer decisão judicial deve ser tomada a partir do diálogo interétnico e com o objetivo de potencializar as próprias soluções tradicionais Kaingang, assim, considerando e avaliando necessariamente os limites e as implicações impostos às intervenções

externas, que conforme apontam os próprios Kaingang podem proporcionar o enfraquecimento dos poderes tradicionais.

Assim, a atuação do Estado-juiz em casos como apresentados nos autos – remoção, transferência e expulsão de indígena pela liderança da comunidade em que se encontra inserido – não se alinha aos ditames da pacificação social singular da localidade, uma vez que dissociada dos costumes e tradições indígenas.

(...)

O comando judicial como determinado, ao contrário do que se pretende alcançar, poderá trazer insegurança às relações desenvolvidas na respectiva Terra Indígena, podendo, inclusive, gerar situação de conflito. Isso porque, as práticas reiteradas por gerações seriam suplantadas pelo regramento estatal, que não se revela ao entendido de todos os integrantes da comunidade indígena.

Numa análise mais abrangente, o ingresso forçado na Terra Indígena através de uma decisão judicial, representaria à coletividade um enfraquecimento do poder de comando, leia-se do cacique e demais lideranças. Situação que poderia fomentar eventuais disputas pelo poder, na linha da já descrita produção de acontecimentos conflituosos por interferência Estatal.

Não se pode perder de vista que a expectativa de respeito, crescimento, desenvolvimento, preservação e reprodução cultural é prerrogativa da própria comunidade indígena, cuja vontade é depositada na figura do cacique.

Nesse contexto, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais também expõe a preocupação com o respeito a identidade social e cultural indígena frente ao processo de desenvolvimento nacional, (...)

O Estado-juiz ao impor o reingresso de indígena na sua posse tradicional pelos comandos das leis do não índio está garantindo a ele uma espécie de salvo-conduto, que pode representar afronta ao poder local estabelecido. Ou seja, impõe-se uma espécie de imunidade as deliberações gerais a serem observadas por toda coletividade.

As comunidades indígenas vivem em regime diferente da sociedade em geral. Seus costumes, culturas e tradições, por muitas vezes vão de encontro com o que o contexto social convencional pensa e age, não podendo o Estado, na atividade jurisdicional, intervir em questões internas inerentes à tradição indígena.

Assim, penso que nos conflitos internos entre os índios, de regra, é de serem considerados os usos, costumes e tradições do núcleo indígena, não cabendo a interferência do Poder Judiciário no seu modo de viver e de se auto-organizar. (3ª Vara do Trabalho de Boa Vista/RR; Autos n. 0000329-

31.2014.5.11.0053; Juiz: Raimundo Paulino Cavalcanti Filho; DJ: 04/08/2015, pg. 22/25).

Nessa linha de pensamento, o magistrado prolatou a r.sentença em 31/07/2015 do caso em apreço, declarando que a cultura da comunidade em que o Reclamante laborou e os fatos e circunstâncias constante nos autos, devem ser respeitada, não devendo ocorrendo intervenções não indígenas em decisões internas decorrentes de costumes e tradições indígenas, devendo ser esta a premissa das decisões judiciais envolvendo questões indígenas, e por conseguinte, entendendo pela inaplicação da legislação trabalhista em relação a reclamante e reclamada.

Corrobora neste sentido, a jurisprudência nacional correlata ao caso em apreço:

> RESCISÃO INDIRETA. LABOR EM ÁREA INDÍGENA. CONDIÇÕES DE TRABALHO. COLISÃO ENTRE DIREITOS DOS INDÍGENAS E DIREITOS TRABALHISTAS. FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS. O labor realizado em contato com comunidades indígenas merece singular apreciação por parte do juízo, uma vez tratar-se de situação excepcional, devendo observar-se o estreito cumprimento ao princípio da isonomia. Em havendo conflito entre o direito do obreiro a meio ambiente de trabalho equilibrado e o direito dos indígenas de conservarem seus usos, costumes e estruturas, deve o juízo realizar a devida ponderação. Como forma de dirimir tal colisão entre direitos, faz-se uso da chamada flexibilização das normas trabalhistas, que possui o condão de dar efetividade à subsunção do fato à norma. Tendo em vista a existência de garantias para os trabalhadores nessa condição – adquiridas por meio de acordo celebrado no bojo de ação civil pública - e as peculiaridades referentes às estruturas física e cultural quando do labor com indígenas, restam devidamente ponderados os direitos em colisão. Assim, reconhecida a situação excepcional, não se caracterizam os requisitos para a rescisão indireta e os consectários trabalhistas decorrentes. Recurso conhecido e não provido. (TRT 11ª Região, RO 0001507-78.2015. 5.11.0053; Recorrente: Rangel de Araújo Santos, Recorridos: Missão Evangélica Caiuá, e União Federal; Relatora: Dra. Joicilene Jeronimo Portela Freire; DJ: 18/09/2017).

Reconhece-se tensões apresentadas na relação entre os interesses tradicionais indígenas e os procedimentos desenvolvidos pelo Judiciário no tratamento das questões diretamente ligadas ao povo indígena. Na interpretação do Cacique, a intervenção da Justiça em comunidade indígena promove um ataque aos trâmites tradicionais do povo indígena, causando enfraquecimento na organização social local, bem como das capacidades locais de enfrentamento dos conflitos.

> Eu acho que se eles interferissem com conhecimento nas nossas leis dos nossos estatutos, não é que seja prejudicial. Eu acho que tem que haver um respeito. Nossas lideranças têm que respeitar a lei. [...] Acho que o judiciário tem que está mais a par das tradições da cultura, pra não ter esse choque né? O judiciário tem que pensar assim: se é da tradição a pessoa ficar dois ou três anos em outra área para depois retornar... (Vilnson Paliano, TI Xapecó, outubro de 2012) (3ª Vara do Trabalho de Boa Vista/RR; Autos n. 0000329-31.2014.5.11.0053; Juiz: Raimundo Paulino Cavalcanti Filho; DJ: 04/08/2015).

Perfilhando-se assim ao entendimento que descabe a interferência do Poder Judiciário nos conflitos internos indígenas, ou seja, o desestimo da judicialização das questões indígenas, devendo a cultura da comunidade ser respeitada, não devendo ocorrer intervenções não indígenas nas decisões internas decorrentes de seus costumes e tradições, devendo prevalecer uma decisão de liderança, através de pena corretiva ao índio, sendo considerada eficaz, uma vez que enseja transformação comportamental. Isto se justifica, não apenas pela direta intromissão do Estado nas relações sociais singulares da comunidade, mas pela insegurança que pode ocasionar devido a não se mostrar ao conhecimento de todos os seus integrantes.

3. O principio do Duplo Jus Puniendi

A demonstração do aplicador do Direito segue o entendimento de que o direito local e o direito estatal são faces do Ordenamento Jurídico brasileiro, que acolhe o "Duplo Jus Puniendi", a partir do paradigma da diversidade cultural indígena.

O raciocínio se justifica a partir da narrativa extremamente importante a tecer breves considerações atinentes à constituição dos Estados-Nação e o consequente Monismo Jurídico.

Dentro da lógica dos Estados-Nacionais, nos territórios já constituídos, isto é, que tenham escrito uma Constituição, os direitos humanos consagrados não significavam que seriam universais e que fossem imediatamente levados a cumprimento, tendo em vista que havia muitos territórios que ainda não estavam protegidos por um Estado, sendo a ideia universal tida como parcialmente válida, sendo real apenas para as classes sociais que criaram o tal Estado, não havendo nenhum valor para alguns povos, não somente porque não eram aplicados pelos

Estados, mas também porque as declarações eram vazias de conteúdo para sua cultura, como é o caso dos povos indígenas.

A discussão do universalismo monista ou universalismo pluralista foi traçado por Marés (2006) em um paralelo entre LAS CASAS e o Estado Libertador:

> LAS CASAS acreditava na liberdade e no Direito natural como princípios universais, o Estado liberal, também. Porém LAS CASAS imaginava que a liberdade e o Direito natural se realizavam segundo os usos, costumes e tradições de cada povo, dito em outras palavras, cada povo seria livre de reconhecer os valores do Direito natural que os rege. O Estado liberal ou constitucional, pesava diferente, a liberdade de cada povo estaria sujeita a um conjunto de regras de limitações impostas pela lei, isto é, pelo próprio Estado, partindo do presssuposto que todas as pessoas escolheram aquelas leis. Isto determina um universalismo pluralista em LAS CASAS e um universalismo unicista no liberalismo. (BEUCHOT apud SOUZA FILHO, 2006, p. 82).

Reconhece-se que o universalismo deve ser pensado em forma pluralista e não como unidade, tendo em vista que aquela universalidade criada pela Constituição não alcança toda a população, mas somente aquela a que está integrada, sob a concepção da cultura dominante, o que é uma forma de colonialismo.

As relações entre os grupos indígenas e a sociedade no que se refere à resolução dos conflitos que ocorrem dentro das Comunidades, devem dar-se sob dois olhares, quais sejam, dos Indígenas e do Poder Judiciário, conforme se verifica com o entendimento do Juiz Estadual Aluízio Ferreira Vieira, do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, que entendeu que tratando-se de crime praticado por indígena contra outro indígena de mesma etnia, o acusado deveria ser julgado pela respectiva comunidade indígena, através da tradição da etnia, sendo submetido a um Conselho, escolhido pela própria comunidade e reconhecido como detentor de autoridade.

O caso intraétnico ocorreu na comunidade Manoá, terra indígena Manoá/Pium, Região Serra da Lua, município de Bonfim-RR, em data de 20/06/2009, onde o acusado Denílson (índio) após ingerir bebida alcoólica desferiu facadas na vítima Alanderson (índio), seu irmão, ocasionando-lhe a morte, dentro da terra indígena.

Após registrado o boletim de ocorrência, o inquérito policial foi iniciado, tendo como comunicante o pai de ambos, que relatou o crime em festa de

comunidade, ocorrido após discussão, estando Denilson aparentemente embriagado. No depoimento da mãe, apontou que réu e vítima eram muito amigos, e que a única explicação para o fato justificava-se pela embriaguez; e que após o fato, o réu teria ficado deprimido e arrependido do crime.

Em seu depoimento, Denilson informou que no dia dos fatos havia ingerido grande quantidade de bebida alcoólica e não se recordava dos momentos do crime, mas que acordou na casa de sua avó, que lhe contou o ocorrido. Passados a oitiva do acusado e de seus familiares que concluíram pela imposição de várias sanções, como construir uma casa para a esposa da vítima, e a proibição de ausentar-se da comunidade Manoá sem a permissão dos tuxauas.

Com o prosseguimento dos autos foi designada audiência de instrução e julgamento, destacando a impossibilidade de absolvição sumária, tendo em vista que as alegações apresentadas pela defesa não foram capazes de provar a verossimilhança dos fatos acusatórios.

Antes da data da audiência designada, a Advocacia Geral da União – AGU, requerendo habilitação no feito, argüindo exceção de incompetência em razão da matéria para processar e condenar o excipiente em decorrência da condenação do mesmo perante seus pares, partindo-se da premissa do trato cultural próprio e específico das etnias Wapichana e Macuxi existentes no âmbito da comunidade Manoá, diante de que o réu foi condenado pelo Conselho de Tuxauas a cumprir pena na Terra Indígena Wai Wai, sob os cuidados da Funais, nos termos do artigo 57 do Estatuto do Índio, e artigo 9º, inciso I da Convenção 169/OIT.

A condenação foi decorrente da reunião datada de 06/04/2009, em que lideranças indígenas e moradores da comunidade deliberaram sobre o caso, no sentido de Denilson cumprir a pena por homicídio qualificado de trato cultural específico. Foi levantado que a ingestão de bebida alcoólica for determinantes para a ocorrência de eventos danosos àquela comunidade. Que Denilson não seria uma ameaça ao povo Wai Wai da comunidade indígena Anaua, onde iria cumprir a sua pena, e de acordo com as lideranças indígenas deveria se fazer justiça por aquilo que fez contra seu próprio irmão, de acordo com os costumes e a tradição, sendo afastada a possibilidade de punição com a justiça do homem branco, que quando o indígena vai para prisão, o mesmo retorna para a comunidade como um marginal, não respeitando o seu costume e fazendo desordem com seus parentes, situação que não seria aceita pelos indígenas. Finalizada a reunião foi deliberado que Denilson deveria permanecer na comunidade Anaua durante cinco anos.

Concluiu então o AGU, que a observação as especificidades indígenas, afasta a competência para o trâmite do feito, acostando aos autos, a ata de anuência da reunião das lideranças indígenas, Tuxauas de várias comunidades, entre elas, Anauá, Manoá, Wai Wai e servidores da Funai, no sentido de apoiar a decisão das lideranças indígenas de ambas as regiões[2]:

O entendimento do Desembargador relatou que o *duplo jus puniendi* suplantaria o entendimento de que o direito de punir estatal é autônomo em relação ao direito estatal, e neste raciocínio cria-se o entendimento de que o direito de Diante do prosseguimento dos autos, o Ministério Público se manifestou sobre a exceção de incompetência, ressaltando que a apuração dos fatos não versaria sobre disputa de direitos indígenas, sendo indevida a aplicação do inciso XI do artigo 109 da CF/88, tendo em vista que o fato de um indígena ser sujeito ativo ou passivo de um delito não configura motivo suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, e enunciou que o fato de o acusado ser condenado pelos membros de sua comunidade não constitui *bis in idem*, conforme folhas 216/218 dos autos.

Faz-se necessário ressaltar que, a manifestação inicial da defesa, AGU foi no sentido de que fosse declarada a incompetência do juízo em razão matéria para evitar que o réu fosse condenado duas vezes por um mesmo delito; diferente da manifestação do MP que tratou da incompetência da Justiça Federal frente a não configuração de disputa sobre direitos indígenas.

Após, os autos foram conclusos ao Juiz que sentenciou o processo destacando as especificidades indígenas que aplicaram um rol de penalidades ao

[2] (...) Após oitiva das autoridades indígenas, foi imposta ao indígena DENILSON as seguintes penalidades, conforme consta na ata de fls. 185/187: 1. "O índio Denilson deverá sair da Comunidade de Manoá e cumprir pena na Região de Wai Wai por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento; 2. Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai; 3. Participar de trabalho comunitário; 4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade; 5. Não concretizar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua; 6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua; 7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua; 8. Aprender a cultura e a língua Wai Wai. 9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão (...). (Tribunal de Justiça de Roraima. Processo 0000302 88.2010.8.23.0090, fls. 186).

indígena, passando a cumpri-las junto à comunidade Anauá, da etnia Wai Wai, e que todo esse procedimento foi realizado sem mencionar a legislação estatal, tendo apenas como norte a autoridade que seus usos e costumes lhes conferem, portanto, rechaçando o argumento do AGU, em torno da existência do *bis in idem*, a determinar a incompetência do juízo em razão da matéria. O magistrado discordou da possibilidade de absolvição, na medida em que na hipótese o Estado não deteria o direito de punir, vez ter sido exercido por parte das comunidades indígenas, o que retira a possibilidade de resolução do mérito.

Ademais, o magistrado advertiu sobre a criatividade judicial como uma das características da jurisdição, de forma que considerando que aos tribunais há a obrigação de decidir qualquer conflito, o órgão judicial tem o poder de criar a regra jurídica aplicável ao caso concreto, não restando prosperar a alegação de incompetência do Tribunal do Júri, mas que o Estado tem ampla autonomia para investigar, processar e julgar o indígena nos casos em que a comunidade indígena não julgá-lo, devendo o Estado atuar de forma subsidiária.

A subsidiariedade do direito de punir Estatal foi fundamentada pelo magistrado na previsão de uma única exceção, de acordo com a redação do art. 57 do Estatuto do Índio: "Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais e disciplinares contra seus membros, desde que não revistam de caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte". Neste mesmo sentido, tem-se o artigo 6º do Estatuto do Índio: "Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum". Corrobora neste raciocínio, o art. 9º da Convenção 169/OIT ratificada pelo Brasil: "Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros".

O espeque com fundamento constitucional acima, insculpe o respeito aos usos e costumes indígenas e por seu regimento interno, constantado-se pois, uma autonomia tribal, portanto, declarando o magistrado, a ausência *in casu* do direito de punir estatal, em face do julgamento do fato por comunidade indígena, relativo ao acusado Denilson Trindade Douglas.

O Ministério Público de Roraima interpôs recurso de apelação requerendo a reforma da sentença penal por transgressão ao monopólio da ação penal pública incondicionada, violando o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, ratificando que o fato de o acusado ser condenado pelos membros de sua comunidade não constitui *bis in idem*.

O Tribunal de Justiça do estado de Roraima conheceu o recurso e o passou a apreciação do mérito. O desembargador Mauro Campello[3] divergiu da conclusão do magistrado que não se trataria de *bis in idem*, e sim, *duplo jus puniend*, de forma que este último implica no reconhecimento da existência de dois entes juridicamente legitimados a punir uma infração penal, de forma que se um delito for julgado por um deles, o outro não deveria imiscuir no mesmo fato, portanto, a vedação ao *bis in idem*:

> Este princípio não implica (apenas) que um mesmo ente não pode punir duas vezes o mesmo fato, e sim, como garantia processual penal ampla do indivíduo, que não pode ser punido duas vezes por um/pelo mesmo fato, qualquer que seja o ente que o pune. (TJRR. Apelação Criminal n. 0090.10.000302-0. Relator Desembargador Mauro Campello. Voto, fls. 3)

Pelo voto do desembargador, o fato consubstanciaria a aplicação do princípio *non bis idem,* o que implica que o *duplo jus puniendi* levantaria um conflito entre jurisdições, e que "esse novel instituto não suplantaria adequadamente o argumento da acusação de que se haveria violado na espécie o princípio da inafastabilidade da jurisdição"[4].

CONCLUSÃO

O argumento do Desembargador Mauro Campello no caso de Denílson, sob o argumento de que de que o imbróglio trata-se de "Duplo jus Puniendi", ratifica o entendimento em face do que dispõe o artigo 57 do Estatuto do Índio - EI, conforme dito pelo magistrado ao advertir, que a jurisdição por natureza tem como uma de suas características, a criação de uma norma jurídica, o que não afastaria o papel da jurisdição e à vedação à recusa da prestação jurisdicional, de forma que haveria a criação de uma jurisdição com a norma interna que rege essas comunidades, no entanto, o termo "tolerada" (prevista no art. 57 do EI) revela

[3] Apelação Criminal n. 0090.10.000302-0. Relator Desembargador Mauro Campello. Voto, fls. 3.
[4] Ibidem, fls. 03.

uma carga de intolerância e auto-referência cultural, tornando-se um dispositivo à convite da reflexão.

No caso de Denilson, as sanções aplicadas ao apelado pela comunidade indígena não teriam nada de medievais e, ao contrário, se pareceriam com as penas restritivas de direitos, sem afronta ao art. 57 do Estatuto do Índio. E não se teria "banimento compulsório", mas sim, deslocamento compulsório do apelado de uma comunidade para outra. (Azevedo, 2007, p. 451)

E desta forma, propõe-se um conceito de jusdiversidade como um catalisador de uma nova lógica de afirmação de direitos e políticas identitárias, sendo a Convenção 169 da OIT como basilar para a construção do panorama jurídico ao necessário reconhecimento dos valores e práticas sociais, culturais, espirituais, bem como o respeito das autoridades nacionais pelos povos interessados para a repressão dos delitos cometidos e consideração dos costumes dos povos indígenas, denotando então, contornos de uma jurisdição indígena, percebendo-o muito mais próximo das características da tradição jurídica do common law do que a tradição jurídica dominante no Brasil.

Assim, "a legitimidade que funda a autoridade local busca legitimar sua autoridade também para fora, valendo-se de uma linguagem que permite ao saber local circular com validade fora de seu contexto original" (Moraes, 2015, p. 81-82).

Na análise do processo judicial envolvendo o empregado Eber, ao contrário, revela uma passividade das partes e a todo o tempo é sugerida uma desconfiança sobre o indivíduo, que não tem como dialogar com promotores e procuradores cujo discurso é tão descolado de sua realidade, sendo importante notar a criação de uma linguagem que permite se comunicar para dentro e para fora, a partir da comunidade indígena.

Assim, a legitimidade que funda a autoridade local busca legitimar sua autoridade também para fora, valendo-se de uma linguagem que permite ao saber local circular com validade fora de seu contexto original (Moraes, 2015, p. 81-82).

REFERÊNCIAS

BEUCHOT, Maurício. Los *fundamentos de los derechos em Bartolomé de Las Casas*. Barcelona: Anthropos, 1994.

BRASIL. Justiça do Trabalho de Bonfim/Roraima. 3ª Vara do Trabalho de Boa Vista/RR; Autos n. 0000329-31.2014.5.11.0053; Juiz: Raimundo Paulino Cavalcanti Filho; DJ: 04/08/2015

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, RO 0001507-78.2015. 5.11.0053; Recorrente: Rangel de Araújo Santos, Recorridos: Missão Evangélica Caiuá, e União Federal; Relatora: Dra. Joicilene Jeronimo Portela Freire; DJ: 18/09/2017

DUPRAT, Deborah Macedo de Britto Pereira. *O Estado Pluriétnico*. Além da Tutela: bases para uma política indigenista III, 2002. Capturado no sítio http:<//ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/autores/deborah-m-duprat-de- britto-pereira>. 2002.

DUPRAT, Deborah. *O direito sob o marco da plurietnicidade/multiculturalidade*. In: Pareceres Jurídicos: direitos dos povos e comunidades tradicionais. Manaus: UEA, 2007. Disponível em: < http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83433/PEREIRA_DMDB_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22/09/2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. In: CUNHA, Manuela Carneiro. *Terra Indígena: História da doutrina e da legislação*. In: Direitos dos Povos Indígenas em Disputa. Manuela Carneiro da Cunha, Samuel Rodrigues Barbosa (Orgs.). – São Paulo: Editora Unesp, 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Editora Juruá, 1998.

O PROCESSO DE TRABALHO PETROLEIRO

Fernando Gabriel Lopes Cavalcante
Mestre em Sociologia e Direito, PPGSD/UFF, Feira de Santana, Brasil,
gabrielcavalcanteadv@gmail.com

Carla Appollinário de Castro
carlauffvr@gmail.com
Doutora em Sociologia e Direito, PPGSD/UFF, Niterói, Brasil

Resumo: O trabalho do petroleiro cumpre com uma finalidade central para a reprodução da sociedade capitalista. A mercadoria petróleo carrega consigo elementos característicos essenciais para a obtenção de energia pelo ser social no capitalismo. Nesse sentido, os petroleiros acabam por constituirem-se hoje como uma categoria operária que ocupa um espaço vital no complexo social humano. O trabalho petroleiro atravessa desde a extração do óleo em terra ou em mar, passando pela transformação em derivados petrolíferos através do refino, até a distribuição, tornando-se um encadeamento concreto de atividades humanas que tem por finalidade a produção da mercadoria petróleo. A presente pesquisa tem como objeto a análise das peculiariedades do trabalho petroleiro, compreendido no interior da totalidade social.

Palavras-chave: petróleo; petroleiro; trabalho; mercadoria; atividade de trabalho.

INTRODUÇÃO

O produto do trabalho requer as atividades humanas necessárias para o seu desenvolvimento. Visto por fora o circuito completo ganha significado final com a concretização do produto, já no âmbito interno as várias atividades aparentemente desconexas tratam de intervenções no mundo inteiramente distintas e que requerem conhecimentos humanos distintos. Tal processualidade abarca todo e qualquer produto produzido pelo ser social humano, de forma que no âmbito do capitalismo o organizador amplo das atividades humanas conformadoras dos produtos é o processo de valorização do valor: o capital. Quando se diz que tal processualidade abarca todo e qualquer produto se está falando tanto dos produtos mais simples que não necessitam para a sua produção da divisão social do trabalho, quanto de produtos complexos que precisam de um emaranhado de atividades atuando sistematicamente para que ocorra a produção. No caso dos produtos mais simples que prescindem da divisão social do trabalho o mesmo ser humano realiza o todo processual conformador do produto, já no

caso da produção de produtos complexos há uma divisão entre vários braços e pernas humanas do processo total de formação do produto.

O petróleo, desde a sua produção enquanto mercadoria no século XIX, tem o desenvolvimento de sua produção de maneira complexa. Em essência o processo completo de produção dos insumos comercializáveis do petróleo pode ser dividido nas seguintes etapas: a perfuração, a produção, o refino, o transporte e a armazenagem, e a distribuição. A perfuração necessita de conhecimentos geológicos para a devida determinação do local apropriado para que a jazida de petróleo seja atingida e ali se consiga desenvolver um ciclo de produção satisfatório. A produção compreende o processo de retirada do material hidrocarboneto do subsolo, seja ele o petróleo, em todos os seus níveis de densidade, ou o gás. A necessidade do refino deriva da objetividade de que o petróleo em estado bruto é inútil para a reprodução de sua utilidade social, surgindo então o processo de transformação através de um conjunto de intervenções industriais do petróleo em estado bruto nos diversos derivados do petróleo, desde a gasolina até o asfalto. O transporte e a armazenagem compreendem um sistema composto de milhares de quilômetros de dutos que interligam os campos de produção, as refinarias e terminais de estocagem tanto terrestres quanto marítimos, havendo também o transporte através de navios tanque que conseguem armazenar milhões de litros do produto e por caminhões. Por último a distribuição é relacionada com a entrega dos derivados do petróleo em postos de venda. Todo esse circuito é interelacionado. Mangabeira assim expõe a interconexão da indústria do petroleo:

> A produção de petróleo se realiza, na verdade, por um processo industrial, desde o bombeio, desde a limpeza e a conservação dos poços até a concentração do óleo em parques de tanques, para posterior bombeio até o terminal marítimo ou até a refinaria de Mataripe, onde se transformará nos derivados – gasolina, óleo diesel, óleo combustível etc. – sendo êstes, então, bombeados para o transporte marítimo ou terrestre – tudo em ambiente fechado, desde as profundidades do subsolo até os postos de gasolina ou depósitos dos outros derivados.
>
> Produção, transporte por oleoduto do óleo cru, transporte posterior dos derivados, distribuição constitutem um conjunto integrado. Nêle, no plano local e no plano nacional, se deve pensar como um todo, cujar partes são complementares" (MANGABEIRA, 1964, p. 68)

A questão é que os diversos pôres teleológicos conjugados na atividade petroleira conformam um complexo social, que vai desde a análise geofísica de terrenos propícios à exploração, passando pela perfuração do solo, até a atividade

de realizar a estocagem e comercialização nos postos de gasolina. Este complexo tem como implicação teleológica a obtenção de energia, de forma que integra o complexo total da sociedade, sofrendo e exercendo influência recíproca da totalidade social. De forma que a estabilização desse complexo é reforçada pela lógica do valor; ou, dito de outra maneira, os trabalhadores petroleiros realizam a atividade de produção do petróleo não só por conta das ordens superiores, de supervisores, diretores, presidentes e etc, mas principalmente por conta da coerção da lógica do valor. Ainda resta compreender que, dada a estruturação do capitalismo em nível internacional, a lógica expansiva do valor se reproduz de maneira diferenciada entre países de capitalismo central e países de capitalismo periférico, de forma que essa diferenciação tem desdobramentos diretos na exploração do trabalho nas economias dependentes e especificamente nos trabalhadores implicados diretamente no complexo de produção de petróleo.

O presente artigo tem como objeto de pesquisa realizar uma análise de como se dá a atividade de trabalho petroleira. Utilizaremos como base de pesquisa entrevistas realizadas com petroleiros das mais diversas áreas de intervenção. Partimos do pressuposto de que a atividade de trabalho petroleira conforma um complexo integrado ao complexo maior da sociedade capitalista. Colocando em outros termos, a indústria do petróleo está imersa no restante do tecido social, é parte imanente deste e internamente organiza-se de maneira a formar etapas produtivas que tem por fim conceder energia para a reprodução capitalista do restante da sociedade. O complexo energético do petróleo, entretanto, não deve ser encarado como uma estrutura social ou instância social estanque, mas sim como uma enorme rede congregada de seres humanos e de vontades humanas amalgamadas pelo processo social de valorização do valor cuja finalidade última é produzir energia para o ser social humano. Essas atividades humanas são, no concreto, inúmeras e variáveis, alguns trabalhadores operam máquinas na refinaria, outros dirigem caminhões, outros consertam maquinários e outros realizam análises químicas. Não é possível, então, quantificar as inúmeras atividades que estão inseridas no processo global de produção do petróleo. Assim, em razão da infinitude de atividades que compõem a produção de petróleo nossa análise não irá conseguir abranger todas as atividades petroleiras, reduzindo-se aquelas que conseguimos captar através das entrevistas.

DESENVOLVIMENTO

O primeiro trabalhador que abordaremos é o petroleiro João Marcos, que entrou na Petrobrás no setor da oficina, na manutenção elétrica, e que depois passou a ser operador de sonda de limpeza de poço de petróleo. No caso há uma distinção no processo de extração em que uma primeira sonda realiza a perfuração do poço e outra seria responsável por realizar a limpeza deste quando assim fosse necessário. Após 4 ou 5 anos atuando com a sonda de limpeza, João Marcos foi transferido para a operação de uma sonda de perfuração marítima chamada Petrobrás 5, a qual de acordo com ele foi vendida pelo governo Temer. No caso o trabalho no mar de João Marcos era relacionado à manutenção elétrica da sonda. João Marcos, então, atuou tanto na perfuração marítima quanto na perfuração terrestre se aposentando em 2016, assim especificando como se dava o seu trabalho:

> "Olhe bem, o trabalho de perfuração, aqui embarcado com as sondas, tanto marítima quanto terrestre, a gente trabalha 14 dias, folga 21, quem é contratado próprio né? Petrobrás próprio, direto... terceirizado trabalha 14 e folga 14, é um por um, e petroleiro 14 por 21 ainda né? Porque com a reforma trabalhista vai mudar essa relação ai, vai ficar por igual agora".

O primeiro ponto que aparece como elemento caracterizador da atividade de trabalho exercida por João Marcos é a jornada de trabalho exercida por ele, estabelecendo um comparativo entre a jornada de 14 dias de trabalho por 21 de folga com a jornada do terceirizado que é de 14 dias de trabalho por 14 de folga. O elemento da comparação com o trabalho terceirizado abordaremos mais detidamente em outro ponto do presente escrito, mas o que fica explicito é que a condição de trabalho é intimamente apresentada em contraposição ao tempo de não-trabalho. Além disso, surge entrelaçado com a questão das alterações na legislação trabalhista, de forma que o controle do trabalho para João Marcos atinge relação direta com a política estatal, a mesma política estatal que de acordo com ele vendeu a sonda na qual trabalhava. João Marcos continua:

> "É... e ai quando... nesses 14 dias de embarcado nossa atividade né... no mar seria preventiva e corretiva das atividades... motores, corrente contínua, alternada, iluminação é... a parte de STR, a parte de controle da perfuração e coisa e tal. Na plataforma tem uma sala de controle, da parte elétrica que controla tudo né? Chama de marítima. Na terrestre a coisa é mais complicada né? Terrestre também tem perfuração só que a sonda, ela a cada periodo né... ela desmonta a sonda para montar toda de novo em outro local entendeu? E ai esse trabalho é bastante braçal, tanto para quem trabalha na manutenção, como pra quem trabalha na produção. É bastante braçal, tem

> que montar mesmo, pegar pesado mesmo para desmontar meio mundo de equipamentos, de fiação, cabos, entendeu?"

A segunda questão que consideramos central na fala de João Marcos é o comparativo estabelecido por ele entre o trabalho junto à sonda marítima e a terrestre. O trabalho terrestre seria "mais braçal", enquanto o marítimo "preventivo e corretivo", enquanto no primeiro o petroleiro seria encarregado de usar seus braços e pernas para executar a atividade, no segundo as palavras que surgem são "motores", "corrente continua", "corrente alternada" e é a "sala de controle" que "controla tudo". O maquinário toma o lugar do homem de forma mais explícita na realização do trabalho e o papel do petroleiro se resume a acompanhar a máquina. Mas a dicotomia que surge é entre um trabalho que é "mais braçal" e outro que, ao inverso, seria "mais intelectual" ou que requer mais a atenção, mesmo que não fique explícita na entrevista a questão da atenção será uma tônica expressa na caracterização do trabalho petroleiro:

> "Bastante desgastante... e inclusive as pessoas, eu mesmo consegui uma doença nos ombros, tendinite, por conta de trabalho, meu joelho também, malacia patelar, por conta da atividade pesada que é esse serviço de perfuração. Tem colegas meus que trabalham nas áreas na parte de produção né... que trabalham diretamente com o poço né... descendo tubo, perfuração, descendo broca pra perfurar, tirando e botando essas coisas, essa movimentação toda que faz, da sequência da perfuração, que dá problema de coluna né? Devido ao esforço físico que faz na atividade mesmo com todas as inovações tecnológicas, máquinas pneumáticas, hidráulicas, não sei o quê, mesmo assim, hoje ainda continua pesado. Antigamente era muito mais pesado que hoje, mas hoje tá mais leve, um pouco mais leve, mas mesmo assim acidenta as pessoas, o serviço de perfuração de sonda".

Do trabalho braçal da perfuração deriva os acidentes de trabalho e doenças adquiridas a partir da atividade de perfuração. Fica aparente então que a atividade física inicial necessária para a extração do petróleo, mesmo que seja acompanhada por máquinas que visem reduzir os danos da atividade causam doenças, mortificam o trabalhador, geram problemas físico em quem realiza a atividade. O comparativo feito em relação à evolução tecnológica no tempo aponta um processo constante de diminuição do desgaste físico necessário para empreender o trabalho, mesmo que essa diminuição não seja suficiente para eliminar os problemas de saúde causados.

> "Também a atividade é essa, eu tinha que começar a montar as sondas em terra, a parte toda elétrica da sonda, o mastro que vai embaixo no chão e depois de toda a parte elétrica conectada e instalado ai... levanta o mastro,

> levanta o mastro e depois vai partir para o casarilho, o alojamento, onde as pessoas dormem no pé da sonda né? Os eletricistas e o pessoal de manutenção normalmente dormem no pé da sonda, então é terrestre, e o pessoal de produção ia para hotel ou alojamento e voltava pra de noite, eles trabalham 12 horas direto, de 7 da manhã até 7 da noite ou 6 da manhã até 6 da noite, e tem o turno da noite também que pega 7 da noite e larga 7 da manhã. É 24 horas trabalhando, não para, entendeu? Durante 14 dias. É essa a atividade né? A de perfuração é essa ai. No marítimo ele tem a manutenção do equipamento que deteriora, que se estraga, que tem que repor entendeu? A gente tem que fazer a manutenção preventiva e a corretiva entendeu? Dois tipos de atividade que a gente faz".

Aqui apreendemos que a atividade de perfuração tem subdivisões internas, e mesmo nessas subdivisões internas existem algum grau de desgaste maior inerente a uma do que a outra, ou algum grau de hierarquia estabelecido. Dessa maneira enquanto cabe ao chamado "pessoal da manutenção" dormir "no pé da sonda", ao pessoal da produção seria possível dormir em alojamento. Não surgem as razões para que o processo se desenvolva dessa maneira, mas é possível que o trabalho realizado pela manutenção necessite de um acompanhamento mais aproximado em relação às máquinas, o que expressa que é a atividade de trabalho realizado que vai originar diferenciações de tratamento social entre trabalhadores que realizam atividades bastante similares.

Além do João Marcos, que trabalhava na manutenção do equipamento de extração, dialogamos também com Radiovaldo, que por outro lado trabalhava na parte operacional, na extração terrestre e entrou na Petrobrás em 1986:

> "Eu entrei na Petrobrás em 1986, eu sou técnico de operações, entrei por concurso nesse cargo que é um cargo de nivel médio é... que atua nas áreas mais operacionais, esse cargo, uma atividade operacional com relação a produção de petróleo, enfim.

Essa atividade, ela é quem faz a operação mesmo, ela cuida de toda a parte operacional, de produção de petróleo, de produção de gás, de produção nas refinarias, então é um cargo muito numeroso, talvez a função mais numerosa na Petrobrás é justamente essa.

Você cuida da operação, tudo o que diz respeito a operar a produção, operar a refinaria, operar a plataforma, passa por esse cargo, é por isso que ele é numeroso, é muito numeroso e tem esse cargo em todos os estados, então é seguramente ah... numericamente é o maior contingente de cargos da Petrobrás é o técnico de operações, porque o nome já diz, é o técnico que cuida da parte operacional das instalações, sejam ela de produção de petróleo, produção de gás,

em terra, em mar, de instalações industriais como refinarias, terminais e por isso que esse cargo ele é muito comum".

Na narrativa de Radiovaldo o chamado trabalho enquanto técnico de operações abrange um sem número de atividades, acabando por abarcar tanto o trabalho em terminais, refinarias, campos de petróleo e gás, plataformas, qual a definição que surge: é aquele trabalho em que o trabalhador deve "operar", "cuidar da parte operacional", e o nome "já diz". Ou seja, uma gama de trabalhos totalmente heterogênea é reduzida a única palavra: "operação". A segunda questão que surge na narrativa de Radiovaldo deriva da primeira, o chamado técnico de operações é o cargo mais numeroso da Petrobrás, não poderia ser de outra maneira já que a nomenclatura abrange atividades tão distintas. Radiovaldo continua explicitando a importância política e estratégica do chamado técnico de operações, que essa categoria vem diminuindo numericamente, e localizando onde ele se insere na atividade produtora de petróleo, na extração de óleo terrestre:

> "Eu trabalhei na área de produção de petroleo e gás, que aqui na Bahia é conhecida como OBA, Obahia. É em terra, a Obahia é só em terra, porque basicamente nossa produção toda de petróleo e gás sempre foi basicamente terrestre, naturalmente quando eu entrei ela tinha uma produção maior, tinha também um contingente maior, vem diminuindo até por conta também do declinio da produção, mas ainda hoje é um cargo muito numeroso né... e é um cargo inclusive que tinha uma participação importante nos movimentos de greve e também no próprio sindicato, sempre foi um grupo, um segmento próximo do sindicato, digamos assim, até por ser numeroso e por ser estratégico ele."

A segunda etapa da produção das mercadorias derivadas do petróleo é o refino. O refino tem sua processualidade desenvolvida num espaço social adequado: a refinaria. Normalmente o espaço social ocupado pela refinaria é afastado do centro urbano. Em verdade a refinaria é como uma cidade especializada (FERREIRA e IGUTI, p. 15). No interior da refinaria teremos ruas, restaurantes, dormitórios, estações de energia, ambulatórios, corpo de bombeiros, guaridas de segurança e uma continua reprodução em menor grau do espaço social circundante, a fim de que sejam cumpridas determinações sociais que tais estruturas cumprem no meio urbano. Além disso teremos todos os maquinários destacados para a realização do processo produtivo em si: reatores, encanamentos, válvulas, bombas, torres, vasos, tanques de armazenamento espalhados por toda a instalação. O processo de refino requer um grau de complexidade da atividade de trabalho ainda maior que o da extração, com trabalhadores destacados em inúmeros processos produtivos.

Tivemos acesso em nossas entrevistas a três tipos de trabalhadores do refino: os da administração, os operadores e os analistas químicos, de forma que vamos empreender análise a respeito das peculiaridades apresentadas por estes, e abstrair o restante das atividades de trabalho dos petroleiros que atuam nas refinarias.

A primeira trabalhadora que trabalhava na refinaria que analisaremos é a Wanda Conti. A Wanda ingressou na Petrobrás em 1972, época ditatorial, em que a ficha de ingresso dela na empresa demorou seis meses para retornar da análise da Policia Federal, ingressando através de uma firma terceirizada chamada Mão de Obra (mas que o petroleiros chamavam de "Manobra"), passando a trabalhar na Refinaria do Planalto (REPLAN) em Campinas. A Wanda assumiria então diversas funções administrativas dentro da empresa como a mesma explica:

> "Então, dentro da Refinaria, eu trabalhava na parte administrativa. Naquele tempo que eu entrei não tinha mulher alguma na área de operação. Agora tem, tem engenheiras, tem clínicas... Mas no tempo que eu entrei mulheres eram só para função administrativa. Então, eu trabalhava na parte administrativa como o escritório de uma firma. Era horário comercial e tal. Agora, tinha a parte toda de operação que era em turnos e cada turno tinha o seu coordenador. Tinha o supervisor de turno. E a refinaria funcionava naturalmente 24 horas sem parar".

O local do trabalho feminino dentro da refinaria ganha contornos centrais na fala de Wanda. Para ela as mulheres passaram a ocupar espaços dentro do trabalho petroleiro que antes não ocupavam. O local da mulher era o trabalho administrativo, e ao ser questionada a respeito da divisão do trabalho na refinaria o relato dela prossegue no seguinte sentido:

> "Mas então, mas aí é difícil, porque veja, eu cumpria a parte administrativa, eu fui secretária, por exemplo, do laboratório nos lugares que eu trabalhei, os químicos cumpriam a tarefa de analisar todo o petróleo e todos os produtos que saíam, se estavam com a qualificação permitida. Os da vigilância cumpriam de vigiar toda a área da refinaria e sobretudo as questões de emergência e tudo mais entendeu? Os da operação, a operação tinha utilidade, destilação, craqueamento, enxofre e ... Acho que estou esquecendo algum...ah...e transferência e estocagem. Então, cada grupo desses cumpria uma tarefa de .... A destilação, por exemplo, os destiladores tinham que trabalhar na destilação dos produtos e passar por tanques dentro da refinaria os produtos destilados para frente. Os do craqueamento a mesma coisa, os da produção do enxofre a mesma coisa. Então, tem funções muito diversificadas, tem toda uma parte de almoxarifado, que também é mais considerado administrativo, né, que tinha que ter o material que a área iria precisar. A área era a parte de operação e do turno né? Tinha

> também o restaurante que tinha que servir todos. Cada lugar tinha sua...No fundo uma refinaria é o seguinte: o que importa é receber o produto e devolver o produto...já pronto pela distribuidora para ser vendido. Então, cada parte tinha o seu específico nesse serviço de que o produto chegasse lá na linha final pronto para ser vendido e na especificação que era necessária. Essa que era a divisão do trabalho".

Wanda detalha a partir de seu olhar os outros seguimentos de trabalhadores e oferece qual é o posicionamento funcional da refinaria no processo mais amplo de produção dos derivados de petróleo. A refinaria no seu olhar é um ponto da produção ao qual caberia receber o produto dos poços de óleo e devolver esse produto transformado (pronto) para ser vendido na distribuidora. No olhar de Wanda o trabalho interno na refinaria seria subdividido entre os químicos, os trabalhadores da vigilância, os da operação, transferência e estocagem, almoxarifado, destiladores, os da produção de enxofre, os trabalhadores do restaurante e assim sucessivamente. Wanda prossegue voltando a falar de seu trabalho:

> "E nós que éramos do administrativo, tinham secretarias de todas estas unidades. Eu trabalhei no laboratório, eu trabalhei na operação, eu trabalhei na assistência médica que era o setor de plano de saúde dos trabalhadores, eu trabalhei numa parte de biblioteca também. Eu trabalhei em vários setores da refinaria. Cada setor no administrativo era direcionado para uma área dessas de produção. No fundo, o que era importante na refinaria, não era o administrativo. O administrativo era puro agregado, era um auxiliar, o importante é a produção, né? Então nós trabalhávamos todos em função da produção e da especificação dos produtos".

O tom que transparece na fala de Wanda é o de que o trabalho que lhe cabia "não era importante", é interessante ela assim caracterizar pois ela faz relação entre o seu trabalho e o trabalho feminino, e aponta que hoje existem mulheres engenheiras, clinicas e assim por diante. Ou seja, Wanda acreditava que o seu trabalho não tinha tanta importância assim na produção do petróleo, sendo um "puro agregado", cabendo à produção a importância. Outra questão interessante na fala de Wanda é que o trabalho administrativo aparece destacado do trabalho realizado para a produção dos derivados de petróleo, assim Wanda como trabalhadora do administrativo acompanhou os processos produtivos mais diversos como "pura agregada". Voltaremos a falar da questão do trabalho feminino na área do petróleo posteriormente, mas, para concluir a análise a respeito dos apontamentos de Wanda é importante apontar como ela inicia o seu relato a respeito de sua trajetória na petrobrás:

> "Mas, enfim, quando eu entrei na Petrobrás, a Petrobrás da Replan, a Replan, que era a refinaria do planalto né...Ela era vinculada sindicalmente à refinaria de Cubatão, que acho que foi uma das primeiras. Não sei se a Relan foi a primeira ou se a Cubatão foi a primeira refinaria da Petrobrás. Mas enfim, éhhh..., nós não tínhamos sindicato próprio. Foi quando houve...Eu não vou...Porque de 72, logo no começo, não houve nada de interessante. Eu só vou falar a questão do sindicato. Quando houve as grandes mobilizações de São Bernardo do Campo, por volta de 78, que foram as dos metalúrgicos, com o Lula e tudo, nós começamos a discutir a questão de fundar um sindicato e petroleiros lá na Replan para a base da Replan. Então nós começamos a discutir com um grupo de petroleiros...néhh...como é que a gente poderia fazer...e....éhh....nós....uma das coisas inovadoras foi que a primeira gestão do nosso sindicato teve mulher na executiva do sindicato, que era eu por um acaso".

No relato da Wanda é expresso que de 1972 até 1978, com o surgimento do movimento sindical "não houve nada de interessante". Essa narrativa realça o caráter dado por ela mesma ao trabalho administrativo como acessório. Ao longo de 6 anos de atividade de trabalho não houve, para Wanda, nada que importasse, passando a haver quando a mesma passou a participar das discussões para a fundação do sindicato e passou a integrar a direção do sindicato. Outra questão que é desdobramento da caracterização do trabalho administrativo como acessório é que a Wanda não detalha qual era o seu trabalho no processo produtivo.

Em contraponto ao trabalho realizado pelo pessoal administrativo temos os trabalhadores que são destinados à realizar a operação na refinaria. A terminologia operação já foi utilizada por Radiovaldo para determinar o seu trabalho, apontando que o operador é o trabalhador mais numeroso e que o operador atua tanto nos campos de petróleo como ele quanto nas refinarias, nos terminais, e etc. Sérgio Abade oferece uma narrativa mais detalhada a respeito da função do operador, a trajetória de Sérgio Abade na Petrobrás iniciou-se no CEMPES em 1980, quando ocupava a função de auxiliar de apoio operacional, sendo tranferido em 1983 para a REPLAN em Campinas atuando na operação da refinaria e por fim sendo transferido para a refinaria de Duque de Caxias, REDUC:

> "Eu trabalhava na refinaria na parte da operação. A operação como o próprio nome já diz é você operar os sistemas, os vários sistemas de cada unidade né? Nós temos na refinaria 50 e tantas unidades, cada uma com o seu processo específico e com a sua quantidade de equipamentos, de todas as marcas e nomes e questões que são operados por nós. Então, cada unidade dessa tem uma média hoje... Então, ao longo dos anos nós sempre somos direcionados na nossa própria cabeça, na cabeça do operador, o operador é o funcionário Petrobrás, não tem terceirizados tá, ainda hoje a

> gente consegue manter de não ter terceirizados, então são funcionários treinados pela Petrobrás. A nossa profissão ela está mais ou menos ai para ser reconhecida mas não está para ser reconhecida como operador de refinaria, hoje nós deixamos de ser isso e somos chamados de técnicos de operação. Então tem o técnico senior, o técnico júnior e o técnico... daqui a pouco eu lembro".

A refinaria aparece na narrativa de Abade como um encadeamento de processos internos, processos centralizados nas chamadas unidades, nas quais cabem alterações no produto petrolífero a fim de que sirva ao consumo. A função do operador é realizar cada um desses processos, de maneira que o operador, ou técnico de operação, na informação prestada por Abade, não é terceirizado e sim o funcionário Petrobrás. Para além disso, é colocado na cabeça desses funcionários que eles são o funcionário Petrobrás. O núcleo duro da empresa, que de fato realiza o processo finalístico da empresa petrolífera, sendo então necessário que esses funcionários sejam treinados pela firma. É interessante estabalecer o comparativo com a narrativa da Wanda, ao passo que o operador é o núcleo duro da empresar, o trabalho do administrativo é visto como um trabalho acessório. Ele prossegue sua narrativa:

> "Então, essa questão é nossa, nossa... Então são sistemas de unidades de processamentos interligados em suas várias fases de funcionamento. Ai você tem a parte de operação em si das unidades, você tem a parte de quando sai das unidades o material já pronto e então vai para a estancagem, você tem a parte de operação dos produtos brutos e você tem a parte de operação das utilidades. Utilidade é o que? É água, energia elétrica e vapor, e também ar comprimido, e... Tem também os produtos que entram como catalizadores que também são bombeados em alguns momentos pelas utilidades. Então é operação do que a gente tem chamado combustível e lubrificantes, na operação você tem duas divisões: uma divisão de combustível, ou seja, gasolina, querosene, diesel, né? É... e os gases, GLP e o Butano, os gases que sobram, do GLP o gás de cozinha e o Butano também. Do outro lado você tem os lubrificantes, desde o lubrificante mais fino, menos denso até o mais denso, na refinaria vão ser melhorados, vão ser tratados e distribuidos nas unidades das refinarias, normalmente é BR, e as empresas internacionais que é Shell, Texaco, todas essas que tem aqui no Brasil e mais a BR que é a BR distribuidora, vão ser tratados e distribuidos também os combustíveis."

Abade divide a operação na refinaria entre a operação dos produtos brutos, operação de combustíveis, operação de lubrificantes e operação das chamadas utilidades. Em primeiro lugar é importante ressaltar o contato com

elementos encontrados na natureza de forma a alterar a substância do petróleo: água, vapor e ar são utilizados como elementos internos na produção dos derivados petrolíferos. Continua da seguinte maneira:

> "Hoje tem alguns outros processos na refinaria, você tem processos de coque e processo de limpeza vamos dizer assim de uma forma menos técnica, tipo uma limpeza do produto, por exemplo, você pega um óleo lubrificante e ele sai da unidade de destilação e craqueamento que são as unidades do inicio do processo e depois dai ele vai para uma unidade de destilação, de extração dos polimanufaturados, daquilo que não pode ficar no óleo, no hidrocarboneto, porque se não ele vai dar problema na cor do produto, vai dar problema na queima do produto, ou seja vai restar H2S, esses produtos indesejáveis no produto, então esses produtos indesejáveis são tirados também no nosso processo. Isso é a parte mais ou menos quimica. Como é que é retirado isso e como é feito a destilação em quase todos os processos? É tirado baseado em temperaturas e pressões. Temperaturas, talvez, dependendo da luminosidade, altíssimas. A partir de fornos, de caldeiras e pressões também a partir da combinação com outros produtos que são colocados, hidrogênio, nitrogênio. Esses produtos ganham pressões tais que vão ser usadas e controladas para que você possa fazer toda essa coisa da destilação, do craqueamento, de particulas".

O retorno à relação com elementos encontrados na natureza revela o padrão de trabalho perigoso ao qual o petroleiro é submetido: temperaturas altíssimas, pressões altíssimas, produtos corrosivos, tudo isso deve ser controlado pelo operador. E como o operador controla essas variáveis? Abade explica:

> "O operador controla esse maquinário, hoje lá na REDUC você tem controles computadorizados que você trabalha na frente de um tela de computador com um sistema já é... como é que a gente fala... do computador né? E você tem também os maquinários por ar comprimido e pneumáticos, os chamados pneumáticos. Você tem na área várias bombas, bombas que movimentam o produto tipo bomba dágua né? Na ponta dessas bombas você tem é... válvulas de controle, algumas unidades, são poucas hoje dentro da refinaria, porque a maioria esmagadora hoje é eletrônica controlada por computadores. E ai o operador faz o que? Ali naquelas máquinas ele controla, coloca a bomba para operar, mete a vazão, coloca a temperatura, coloca a pressão e vai fazer isso passar em torres, em válvulas, em vasos, por exemplo: torre de decantação, torre de destilação, vasos de acúmulo, vaso para esquentar, vaso para... Então você tem os equipamentos são bombas, vasos, torres, fornos, permutadores, trocadores de calor, vasos de pressão, tudo são esses equipamentos que nós operamos, que nós controlamos essas condições dentro deles. Ou seja, todos esses equipamentos nós controlamos, vazão, pressão, temperatura, retornos, a saída do produto já para ir para tanques de acumulo para depois desses

> tanques sair para venda e.... Você tem as tubulações internas da unidade, onde você trabalha o produto e tem depois a tubulação externa que sai do nosso... A gente chama de limite de bateria, limite de bateria é quando sai de nossa unidade e quando entra na nossa unidade, sai da nossa mão como operador de processo e vai para a mão do operador de transferência e estocagem. Que é o operador que é dessa área de acúmulo e de guardar os produtos e que vai realizar o transporte dos produtos pelos dutos".

A primeira vista temos um quadro no qual o óleo bruto chega à refinaria e é colocado sob as mais variadas pressões, temperaturas, vazões, colocado à reagir com água, ar, elementos nitrogenados, hidrogenados, ácido sulfúrico, e toda essa situação é orientada pela vontade humana do operador, mas essa vontade humana é intermediada pelo equipamento construído para tal fim. É compreensível o porquê o treinamento desse trabalhador é essencial para que o processo se dê sem interrupções: o menor deslize pode causar problemas de todas as ordens e descambar para uma catástrofe. Wanda já havia nos dito que a função da refinaria é receber produto e devolver produto, mas Sérgio Abade enriquece a análise ao determinar as alterações que são feitas no espaço social da refinaria a fim de que os derivados de petróleo sejam entregues para consumo. Toda a processualidade passa pelo operador, e, como já haviamos encontrado na exposição de Radiovaldo, o trabalho do operador é o mais heterogêneo da cadeia produtivo do petróleo. O operador na refinaria intervém diretamente no óleo bruto, opera para a produção de combustíveis e lubrificantes, opera as chamadas utilidades, opera a limpeza do produto e, por fim, opera a estocagem e encaminha para os dutos para ser distribuído o produto final através das distribuidoras.

Saindo da refinaria e sendo encaminhado através dos dutos que conectam a refinaria com o mundo externo, ou através de caminhões, ou através de navios, o derivado de petróleo agora se espalha pelo tecido social sendo distribuído, requerendo, portanto, trabalhadores que atuem nessa fase. A Petrobrás tem uma subsidiária específica para tratar das questões que envolvem a distribuição: a Transpetro. A respeito do trabalho na distribuição a narrativa da petroleira Jailza traz diversos apontamentos que analisaremos, mas é imprescindível ter em vista que Jailza, negra e mulher, entrou na Petrobrás em 2007, ou seja: Jailza é a concretização feminina daquelas mulheres que assumiriam funções "mais importantes" da narrativa de Wanda:

> "No caso como eu disse a Transpetro trabalha na verdade na parte de logística, a gente faz essa parte de controle, estocagem e transporte de combustível, de petróleo e derivados, o terminal de Madre de Deus ele é o segundo maior do país e é o primeiro em variedade de produto que é

> armazenado nos terminais, em primeiro lugar é o terminal de São Sebastião em São Paulo ele e em segundo lugar o de Madre de Deus, só que o de Madre de Deus é o mais antigo, ele já tem se não me engano acho que 60 anos, e ele foi criado justamente pra atender a refinaria, tem um terminal aquaviário, trabalha lá tanto no modal de carretas e o modal de navios, eu trabalho como técnica de operações na parte operacional".

Em primeira linha o espaço social de atuação de Jailza é totalmente diferente do espaço social da refinaria. O Terminal recebe o produto petrolífero acabado e o papel cumprido por ela é controlar a estocagem e o transporte do produto, atuando no chamado Terminal de Madre de Deus:

> "É justamente isso a gente faz toda a parte de operação tanta de estocagem quanto de controle, a gente não faz análise isso já fica pros analistas químicos que fazem o controle da qualidade do produto químico, mas a gente faz toda essa parte do transporte no meu caso hoje tô operando na parte de navio, então lá em Madre de Deus tem um acompanhamento de navios né? Então eu sou operadora, então eu atuo tanto na parte do atraque de navios para que os navios tenham capacidade de acoplar no terminal e também faço o atendimento dos navios com a parte da papelada, a parte mais burocrática, quem vai se aproximar do terminal, quem vai carregar".

O trabalho para ela é dividido em duas partes, a primeira que ela mesma denomina posteriormente de "operação" é a de orientar o atraque dos navios e a segunda que seria o cumprimento da funcionalidade mais burocrática, da "parte da papelada":

> "E também faço operação, faço o acompanhamento e fico no posto até terminar meu turno, na verdade fica sempre um operador no posto então é 24 horas, então na minha área de operação a gente trabalha 24 no caso a nossa escala é um turno de 12 horas e folga 4 dias, por que eu acho que existem empresas que trabalha com turno de revezamento de 4 por 12 o que é mais penoso por que acaba diminuindo nosso tempo de descanso, o trabalho é tranquilo é um trabalho que exige muito mais de concentração, um trabalho muito mais a questão da mente, existe uma parte negocial de atender os navios, a maioria dos navios que operam lá não é tripulação brasileira, no meu caso eu tive que aprender inglês natoralmente quando estava operando fui aprendendo os termos e instruções e hoje faço todo o atendimento em inglês, as tripulações estrangeiras em sua maioria não são de origem britânica então tem um sotaque inglês deles também, normalmente ucraniano, sulafricano preto, russo e a parte de convés normalmente indiano, filipino e chineses também, então a operação é basicamente isso, hoje eu tô mais nessa parte, trabalho com navios de 12 metros de comprimento, 14 metros de comprimento, são navios grandes com uma boa capacidade, e de lá a gente estoca".

Aqui surge a preocupação com o detalhamento do turno e da demonstração de que o trabalho no terminal, assim como vimos no poço de petróleo e na refinaria, precisa ser realizado 24 horas. Em razão da necessidade de trabalho contínuo os turnos de trabalho são divididos de forma a que sempre um trabalhador possa ser substituído por outro. Outra questão que surge, e é interessante fazer um paralelo com a narrativa do João Marcos, é que o trabalho é considerado "tranquilo", que requer muito mais "atenção" e que abre possibilidades de aprendizado de outras línguas. Na orientação dada por Jailza o seu trabalho é muito mais um trabalho intelectual: passar orientações, estabelecer negócio, controlar a estocagem, fazer a papelada e assim por diante, diferentemente do trabalho do João Marcos no poço que seria, nos próprios termos utilizados por ele "mais braçal":

> "Lá nos recebemos da refinaria, porque a estocagem da refinaria é feita no Terminal de Madre de Deus e nos outros terminais como por exemplo o Terminal de Candeias que é uma base terrestre que atua com carretas, lá nossa atuação é com navios, recebe da refinaria, carrega o navio e de lá vai pra outro estado, na outra unidade pra abastecer a própria Bahia é por carreta e por duto, lá nós temos um duto que atende boa parte do recôncavo, que vai mandar diesel gasolina e GLP lá pra base de Jequié e Itabuna, esse posto não é operado pelo terminal de Madre de Deus, é controlado e monitorado pelo Centro que fica no Rio de Janeiro, alguns dutos nossos hoje em dia são acompanhados também por eles, dado ao processo de centralização mas principalmente de desmonte, de privatização, que a gestão quer e aí vem reduzindo os quadros, enxugando os quadros e cada vez deixando mais o trabalho menosprezado"

Aqui nos deparamos em como a reprodução do trabalho de Jailza acessa em seu horizonte o destino final dos derivados de petróleo. Os terminais servem para redistribuir a mercadoria petróleo para os mercados de consumo. O vislumbre do destinatário final nos faz compreender a necessidade de um processo de trabalho que "não para", que necessita de substitutos para "operação" 24 horas, desde o começo da cadeia na extração do óleo bruto do poço até a distribuição o petróleo e o trabalho com o petróleo têm como destinatário final suprir uma demanda de consumo também ininterrupta. Por outro lado, é exposto também a face da repercussão do processo de privatização da empresa: diminuição do quadro de trabalhadores e aumento da carga de trabalho para os trabalhadores remanescentes a partir da centralização da "operação" em outro estado.

CONCLUSÕES

Da perfuração do poço de petróleo até o destino final na ponta da bomba de gasolina o que percebemos são atividades de trabalho inteiramente distintas. O que nos leva à reflexão a respeito do que é exatamente ser petroleiro? Dito de outro modo: mecânicos, "operadores", analistas químicos, engenheiros, motoristas, realizam atos completamente diferentes entre si, mas se denominam petroleiros. Entramos em contato, por exemplo, com uma representante do setor da distribuição, empregada da BR Distribuidora, subsidiária da Petrobrás, que ao começo da conversa, ao ser explicada do teor da entrevista respondeu "não sou petroleira". O fato dela responder "não ser" lança mais sombras do que luzes à questão pois se ela "não é" por trabalhar em setor administrativo de uma subsidiária da Petrobrás: o que faz, por exemplo, seu Barreiros, motorista aposentado reivindicar ser petroleiro e todo final de semana sentar e jogar dominó com outros antigos petroleiros na subsede do SINDIPETRO em Feira de Santana? Essa é uma questão que desdobraremos no tópico seguinte.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Leda Leal; IGUTI, Aparecida Mari. *O trabalho dos petroleiros: perigoso, complexo, contínuo e coletivo*. São Paulo: Scritta,1996, 148 p.

MANGABEIRA, Francisco. *Imperialismo, petróleo, Petrobrás.* Rio de Janeiro: Zahar editores, 1964, 210 p.

TELETRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PÓS-PANDEMIA: Uma nova realidade

Diogo Menchise Ferreira
Universidade federal Fluminense (UFF), doutorando em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN-UFF), Niterói, Brasil, diogomenchise@gmail.com

Resumo: O presente Artigo tem como objeto de estudo a administração pública e os seus servidores e as relações de trabalho com enfoque no teletrabalho no serviço público. A vigente pesquisa possui o objetivo de compreender as novas dinâmicas do teletrabalho no serviço público e as novas mudanças das relações trabalhistas, principalmente pós-pandemia. Em muitos órgãos públicos o teletrabalho já estava sendo implementado de forma moderada e estritamente limitada. Mas com o advento da pandemia em 2020, por necessidade e segurança à vida, o teletrabalho começou a ser forçosamente implementado de forma ampla e ter uma importância muito maior, sendo imprescindível à continuidade dos serviços, principalmente em tempos de crise. Pretendemos como hipótese demonstrar que o teletrabalho no serviço público, principalmente após a pandemia, será irreversível, que a exceção estará cada vez mais virando a regra. Tendo o país Brasil e os órgãos públicos como recorte, mas sendo também um problema de todos os Estados Internacionais os quais serão impelidos a repensarem novas formas de trabalho e inovações tecnológicas para aprimorarem o teletrabalho, que foi necessário durante a pandemia e perdurará mesmo após. Com uma abordagem quantitativa analisaremos os dados numéricos e estatísticos e os elementos jurídicos com a qualificação e veracidade dos dados coletados. O método utilizado será o hipotético-indutivo, com as técnicas de pesquisas do ponto de vista da forma de abordagem ao problema, analisando e classificando as informações e opiniões do ponto de vista dos objetivos e dos procedimentos técnicos com pesquisa documental em documentos públicos, normas, legislações e consultas bibliográficas.

Palavras-chave: Teletrabalho. Servidor Público. Administração Pública. Relações de Trabalho. Precarização.

INTRODUÇÃO

O serviço público tem como finalidade atender e acompanhar as necessidades da população. Em muitos órgãos públicos o teletrabalho já estava sendo implementado de forma moderada e estritamente limitada. Mas com o

advento da pandemia em 2020, por necessidade e segurança à vida, o teletrabalho começou a ser forçosamente implementado de forma ampla e ter uma importância muito maior. Antes visto como um benefício ou somente comodidade para o trabalhador, ou sendo necessário somente em situações específicas, começou a ser visto como imprescindível à continuidade dos serviços, principalmente em tempos de crise.

Observamos, por exemplo, que na Justiça se já não tivesse sido implementado antes a digitalização dos processos, o PJE (Processos Judiciais eletrônicos), não seria possível o judiciário permanecer funcionando durante a pandemia, mesmo de forma mais restrita. Assim como, não funcionaria também sem a importância dos investimentos em tecnologia e informática no serviço público que estavam antes já sendo feitos, e as ferramentas tecnológicas criadas urgentemente durante a pandemia.

Surgem alguns problemas a partir deste tema. Se por um lado, o teletrabalho seria mais cômodo ao servidor que evitaria trânsito, ganharia tempo e comodidade.; por outro lado estaria propenso a uma vida mais sedentária, perderia o contato social com outras pessoas além de outras questões que veremos seguir. Uma observação em relação ao trânsito é a questão ambiental, que poderíamos visualizar de forma positiva em relação ao teletrabalho.

Outra relevância importante seria sobre as regulamentações trabalhistas e os Direitos. Perderia o servidor, por exemplo, o vale-transporte e outros benefícios? Estando em casa, seu trabalho poderá ser mais intensificado (tema pouco abordado, ou regulamentado, mais muito importante sobre a intensidade do trabalho). Afastando-se do estresse do trânsito, mas, podendo ter mais estresse dentro de casa, pois traria o trabalho dentro de casa junto com a família, não conseguindo muitas vezes se desligar do trabalho.

No momento em que surgiu a pandemia do coronavírus em 2020, alguns serviços, quando viáveis, viram-se forçados a trabalhar à distância. Mas quando voltarem a normalidade, se voltarem, todas estas questões sobre direitos, teletrabalho, práticas trabalhistas serão discutidas. Pois vimos que no serviço público, com a tecnologia e com a globalização cada vez mais estruturada, é possível e em muitos casos até mais eficiente a manutenção do teletrabalho.

Outro ponto importante como justificativa é se o teletrabalho teria ligação de alguma forma com a flexibilização do trabalho tão enaltecida pela política Neoliberal. Poderia no regime de teletrabalho o Estado cortar alguns benefícios

desses servidores? Sendo um novo tipo de trabalhador precariado. Haveria a possibilidade de um meio termo? Nem uma jornada muito pesada e penosa, nem um teletrabalho total em que o servidor ficasse isolado. O aumento do teletrabalho enfraqueceria os sindicatos? Pois os trabalhadores teriam menos contatos diários. Teríamos uma nova divisão na sociedade, como os excluídos digitais? Como vemos, esse tema envolve muitas questões diversas.

Portanto, o presente artigo tem como objeto de estudo o teletrabalho e as relações de trabalho no âmbito público e privado. A vigente pesquisa possui o objetivo de compreender as novas dinâmicas do teletrabalho no serviço público e no setor privado, pesquisando as novas mudanças das relações trabalhistas principalmente pós-pandemia e seus dilemas. Pretendemos como hipótese demonstrar que o teletrabalho no serviço público, principalmente após a pandemia, poderá ser uma tendência de uma nova realidade, que a exceção poderá vir a ser cada vez a regra. Tendo como hipótese também há possibilidade e a indagação se o teletrabalho de alguma forma seria uma espécie de trabalho precariado e consequência de uma política Neoliberal e de flexibilização do trabalhador, assim como um possível resultado das novas transformações tecnológicas.

Usaremos como base doutrinadores especialistas em Direito Constitucional e Administrativo. Com uma abordagem quantitativa analisaremos os dados numéricos e estatísticos e os elementos jurídicos com a qualificação e veracidade dos dados coletados. A metodologia usada será a hipotética indutiva estudando os casos específicos nos Órgãos do Ministério Público Federal e do Tribunal Regional do Trabalho. Essa metodologia foi usada no artigo da Revista de informações Legislativa (Éder, 2010).

A mesma metodologia indutiva foi adotada por Renato Belini (Costa, 2017), pela qual, a partir da observação de fenômenos particulares (julgados do STF) foi estabelecido uma proposição mais geral para, por sua vez, ser aplicada a outros fenômenos.

De acordo com Carlos Manuel Villabella Armengol (2015), o método hipotético-indutivo viaja do particular para o geral, pois a partir de situações específicas induz regularidades válidas ou aplicáveis aos casos semelhantes, ignorando o relativo ou mutante, e buscando formas estáveis para tirar as conclusões do estudo e do raciocínio na pesquisa.

Conforme Lakatos e Marconi (2007), a metodologia Indutiva é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Sendo assim, o objetivo dos argumentos indutivos conduz a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

Citaremos discursos de autores renomados sobre o tema, e preliminarmente, para nos ajudar a compreender os discursos e as contradições na atuação do servidor no teletrabalho, evocamos metodologicamente também, os argumentos de Michel Foucault em "A Ordem do Discurso" (FOUCAULT, Michel: 1996).

Conforme Foucault, o discurso seria a verbalização de uma realidade. Através do discurso o objeto pode ser compreendido e interpretado. O discurso permite que as ideias se materializem, podendo ser uma ferramenta para criar, convencer e dominar. O discurso seria também muito mais do que uma tradução das lutas, seria o motivo pelo que se luta e o poder do qual queremos nos apoderar.

> (…) o discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é simplesmente aquilo que se manifesta (ou oculta) o desejo; é também aquilo que é o objeto do desejo; é visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar. (ibid: pág.10).

> (…) é o discurso ele próprio que se situa no centro da especulação. Mas este logos, na verdade, não é se não um discurso já pronunciado, ou antes, são as coisas mesmas ou os acontecimentos que se tornam insensivelmente discurso, manifestando o segredo de sua própria essência. O discurso nada mais é do que a reverberação de uma verdade nascendo diante de seus próprios olhos (…). (ibid: pág.49).

De acordo com Foucault, existem procedimentos que possibilitam o controle dos discursos para a imposição de regras aos sujeitos: O Ritual, que define os gestos, os comportamentos e as circunstâncias criando um efeito preestabelecido sobre aqueles a quem se dirigem, como por exemplo, os discursos judiciais. A Doutrina, que tende a difundir-se ligando os indivíduos a certos tipos de enunciação, e reciprocamente, os diferenciando de todos os outros. As sociedades de discurso, que executam a produção e circulação de discursos em ambientes restritos, detendo exclusivamente o saber. E a Apropriação social dos discursos, que é o local onde os sujeitos têm acesso a muitos discursos e aprendem a reproduzi-los.

Os instrumentos de pesquisas serão do ponto de vista da forma de abordagem ao problema, analisando e classificando as informações e opiniões do ponto de vista dos objetivos e do ponto de vista dos procedimentos técnicos com pesquisa documental em documentos públicos, normas e legislações e consultas bibliográficas, tornando-se viável o desenvolvimento da pesquisa.

2. CONCEITOS DE TELETRABALHO

O teletrabalho, conforme Araújo e Coelho Bento, não se restringe somente àquele que é exercido em domicílio. Ele pode apresentar-se de diversas formas e ser exercido por profissionais de diversos tipos. Neste tipo de atividade encontra-se subjacente a ideia de flexibilidade organizacional e contratual. Dentre algumas modalidades podemos citar: o teletrabalho em "domicílio", desenvolvido "em" casa ou a "partir" da casa do trabalhador; o "móvel" que é desenvolvido conforme a função que desempenha; o "deslocalizado", realizado por várias empresas estrangeiras; e o "telecentro" que são funcionários da mesma ou de várias empresas que ocupam um escritório alugado, distante da organização principal (ARAÚJO; COELHO BENTO, 2002, p.17).

Na CLT (consolidação das leis do trabalho), no artigo 75-B, define o teletrabalho como a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Entretanto, há inúmeros conceitos e variantes sobre esse tipo de trabalho e ainda muito estudo sobre o tema que provavelmente ainda será redefinido, principalmente após a crise pandêmica de 2020. Conforme a CLT:

> CAPÍTULO II-A (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)(Vigência)
>
> DO TELETRABALHO
>
> Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.
>
> Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.
>
> Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

> Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.
>
> § 1oPoderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.
>
> § 2oPoderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.
>
> Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.
>
> Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.
>
> Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.
>
> Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Entretanto, conforme Neto, mesmo sendo uma atividade embasada em leis trabalhistas é necessário um estreitamento de diálogos entre sindicatos e empresas, empregador e empregado, além de regimentos internos e regulações que sejam claros e protejam os direitos dos profissionais em regime de teletrabalho. (Oliveira Neto, 2018).

Como veremos mais adiante, importante ressaltar se essas regras valeriam para o serviço público também, pois apesar de a CLT servir como regra subsidiária à administração Pública quando não há lei específica regulamentando, não obriga ao gestor público se basear obrigatoriamente pela CLT. Os servidores públicos possuem leis próprias. E cada órgão público, a princípio, teria autonomia para regulamentar suas normas de teletrabalho, não contrariando a constituição e as leis.

O conceito de Teletrabalho teve as suas origens com o Físico Jack Nilles no início da década de 1970, em torno de 1973, em meio às transformações sociopolíticas e econômicas da época. O Físico e também Diretor de investigação interdisciplinar da Universidade da Califórnia pesquisou e elaborou novas formas para amenizar ou evitar o deslocamento dos funcionários até os locais tradicionais

de trabalho. (JALA International, 2011).

Sobre o conceito de teletrabalho, segundo Jack M. Nilles, trata-se de uma atividade laboral realizada à distância, trabalho remoto, inclusive em casa "home office", utilizando computadores e dispositivos de comunicação móveis, como telefones, celulares e aplicativos. Sendo um deslocamento espacial da atividade laboral, levando o trabalho ao trabalhador em vez do trabalhador ao trabalho. Para o Autor, isso proporcionaria ao funcionário uma dedicação maior ao trabalho, onde não seria incomodado com as interrupções comuns de escritórios tradicionais. (NILLES, 1997).

Nilles elenca alguns bons motivos pra implementação do teletrabalho como: eliminação de exposição ao perigo no trajeto do trabalho; evitar atrasos por causa do deslocamento; diminuição de stress1; possibilidade de manter funcionários de qualidade; menos poluição do ar, como a importância do teletrabalho na questão ambiental. (NILLES, 1997).

Portanto, conforme a Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1998), o Home office é diferente do teletrabalho, porque este pode ser realizado em qualquer lugar enquanto aquele somente em casa. Por dedução, o teletrabalho é mais amplo é engloba o chamado home office.

No pensamento de Castells, há uma divisão do teletrabalho em três categorias: os substituidores, que são aqueles que substituem o serviço efetuado em um ambiente de trabalho tradicional pelo serviço feito em casa; os autônomos, que trabalham on-line de suas casas; os complementadores, os quais trazem para casa trabalho complementar do escritório convencional.

Para que uma atividade profissional exercida no espaço domiciliar possa ser classificada como teletrabalho, é necessário que ela tenha dois elementos principais: como um espaço físico localizado fora da empresa onde se realize a atividade profissional; e também a utilização de novas tecnologias de informática e de comunicação para a execução das tarefas. (CASTELLS, 1999).

No entendimento da Jurista Alice Monteiro de Barros, a origem da palavra tele significa à distância de etimologia grega. E a utilização do teletrabalho tem como objetivo substituir o trabalho subordinado realizado de forma tradicional no estabelecimento do empregador, por relações externas, ainda que coordenadas pela empresa. Existindo a dificuldade da separação do âmbito privado com o trabalho. (BARROS, 2008, p.323-324).

O estudo do Laboratório de Psicologia Organizacional e do Trabalho da Universidade de São Paulo (LabPOT/USP)2, expõe que a ciência aponta que o teletrabalho traz benefícios para organizações e profissionais e pode apresentar impactos negativos também.

Segundo o estudo do laboratório, os aspectos positivos são: Redução de custos e despesas, apropriação do sentido do trabalho, redução de estresse devido à redução de deslocamento, liberdade, flexibilidade, mais tempo pra família, aumento da produtividade e resultados e aumento da qualidade de vida e bem-estar.

E segundo o estudo do laboratório os aspectos negativos são: Isolamento social, sobrecarga de trabalho, aumento da carga horária de trabalho, conflito trabalho-família, falta de suporte organizacional e difícil adaptação ao novo.

3. TELETRABALHO PÓS-PANDEMIA

Como observamos no primeiro capítulo, a adoção do teletrabalho no Brasil nas relações trabalhistas, no setor privado, foi regulamentada pela Reforma Trabalhista nos art. 75-A a 75-E da CLT. Entretanto, em 2020 durante a pandemia, o governo promulgou a Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020, que dispôs sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº6 de 20/03/2020, e sobre a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), além de outras providências.

Baseando-se nos artigos da CLT citados acima, sempre houve o entendimento que era necessário o acordo individual com o empregado, pois nessa modalidade o trabalhador deixaria de submeter-se às regras atinentes à limitação da jornada de trabalho, não tendo direito a horas extras, intervalos e demais períodos de descaso. Mas, no artigo 4º da MP nº927/2020, capítulo II, permite o empregador poderá alterar o regime de trabalho presencial para teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato de trabalho. Portanto, nota-se que o regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância poderá ser imposto pelo empregador independentemente de anuência do trabalhador e de registro da modificação no contrato de trabalho.

Apesar de dispensar o acordo individual, a Medida Provisória exigiu a notificação prévia aos trabalhadores sobre a mudança de seu regime de trabalho com antecedência mínima de 48 horas por meio escrito ou por meio eletrônico. Tempo muito curto para uma mudança de costume e infraestrutura.

Além disso, a responsabilidade pela infraestrutura e dispositivos eletrônicos para o teletrabalho deverão ser definidos em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de 30 dias, contado da data da mudança do regime de trabalho. Importante ressaltar que nas relações de trabalho o empregador sempre tem mais poder de barganha, não sendo uma relação isonômica com o empregado que é hipossuficiente na relação. Acaba na prática, sendo um acordo de adesão do empregado aceitando todos os termos do patrão para se manter no emprego.

A MP 927/2020 também define que se o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos ou a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou do trabalho a distância, a MP prevê dois cenários possíveis: 1) o Fornecimento pelo empregador, que poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou 2) a Impossibilidade de fornecimento pelo empregador, tendo a jornada normal de trabalho computada como tempo de trabalho à disposição do empregador.

O § 5º do artigo 4º da Medida Provisória 927/2020 previu, ainda, que o tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constituirão tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo.

> MP nº927/2020 - CAPÍTULO II
>
> DO TELETRABALHO
>
> Art. 4º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.
>
> § 1º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, aplicável o disposto no inciso

III do caput do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

§ 2º A alteração de que trata o caput será notificada ao empregado com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico.

§ 3º As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância e ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho.

§ 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho a distância:

I – o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou

II – na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador.

§ 5º O tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo.

Art. 5º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância para estagiários e aprendizes, nos termos do disposto neste Capítulo.

Observamos que com essas regras, apesar de ser uma Medida Provisória, possivelmente será o norte das novas tendências nas relações de trabalho.

Fazendo uma comparação com um País vizinho ao Brasil, a Argentina, que tomou medidas legais logo após a pandemia, observamos os seguintes pontos:

Em 14 de agosto de 2020 foi publicada na Argentina a Lei no 27.555/20, regulando o teletrabalho. Destacaremos alguns Artigos importantes comparando com a nossa CLT.

(…)Artículo 2°- Incorpórese al Título III "De las modalidades del contrato de trabajo" del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, el siguiente texto:

Capítulo VI

Del Contrato de Teletrabajo

> Artículo 102 bis: Concepto. Habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación.

TRADUÇÃO:

> Art. 2º – Incorporar ao Título III "Das modalidades do contrato de trabalho" do Regime de Contrato de Trabalho aprovado pela lei 20.744 (a 1976) e suas alterações, o seguinte texto:
>
> Capítulo VI
>
> Do Contrato de Teletrabalho
>
> Artigo 102 bis: Conceito. Haverá **contrato de teletrabalho** quando a realização dos atos, execução de obras ou prestação de serviços, nos termos dos artigos 21.º e 22.º desta lei, for efetuada total ou **parcialmente** no domicílio de quem trabalha, ou em local diferente do estabelecimento ou estabelecimentos do empregador, através da utilização de tecnologias de informação e comunicação.(Grifo nosso).

Importante destacar que o conceito de teletrabalho na Argentina usa-se a expressão "contrato de teletrabalho", em vez de "regime", como no art. 75-A da CLT no Brasil, não trazendo qualquer prejuízo de ordem na interpretação ou aplicação da lei, pois ela mesma utiliza como sinônimo o termo "modalidade", ao se reportar ao teletrabalho. Nos arts. 21 e 22, citados na lei, são estabelecidos os requisitos da relação de emprego.

Observamos que na lei Argentina é considerado teletrabalho quando efetuado de forma total ou parcial no domicílio de quem trabalha. Já no Brasil no artigo 75-B, caput, da CLT impõe que a prestação de serviços seja preponderantemente fora das dependências do empregador.

> (...)Artículo 4°- Jornada laboral. La jornada laboral debe ser pactada previamente por escrito en el contrato de trabajo de conformidad con los límites legales y convencionales vigentes, tanto en lo que respecta a lo convenido por hora como por objetivos.
>
> Las plataformas y/o software utilizados por el empleador a los fines específicos del teletrabajo, y registrados según lo establecido en el artículo 18 de la presente, deberán desarrollarse de modo acorde a la jornada laboral establecida, impidiendo la conexión fuera de la misma.

> Artículo 5°- Derecho a la desconexión digital. La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho.
>
> El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral.

Fazendo a tradução, no Artigo 4º, Horário de trabalho: a jornada de trabalho deve ser previamente acordada por escrito no contrato de trabalho de acordo com os limites legais e convencionais em vigor, tanto no que se refere ao que for pactuado por hora como por objetivos. As plataformas e / ou softwares utilizados pela entidade empregadora para os fins específicos de teletrabalho, e registados de acordo com o disposto no artigo 18.º da presente lei, devem ser desenvolvidos de acordo com a jornada de trabalho estabelecida, evitando ligações fora desta.

No Artigo 5º, Direito à desconexão digital: a pessoa que trabalha na modalidade de teletrabalho terá o direito de não ser contatado e de se desconectar de aparelhos digitais e / ou tecnologias de informação e comunicação, fora do horário de trabalho e nos períodos de licença. Não pode ser penalizado por fazer uso deste direito. O empregador não pode exigir da pessoa que trabalha a execução das tarefas, nem o envio de comunicações, por qualquer meio, fora do horário de trabalho.

No artigo 4° da lei Argentina, determina a pactuação da jornada por escrito, dentro dos limites legais e convencionais. As plataformas e softwares adotados no teletrabalho devem estar acessíveis apenas durante o expediente. E o artigo 5° garante o direito à desconexão digital, vedando o trabalho em sobrejornada e a comunicação do empregador com o empregado fora do horário contratado. Diferentemente no Brasil, a CLT no artigo 62, inciso III, exclui o teletrabalhador do campo de incidência de seu capítulo sobre a duração do trabalho, não possibilitando o teletrabalhador brasileiro usufruir de horas extras, por exemplo.

> (…) Artículo 12.- Derechos colectivos. Las personas que se desempeñen bajo la modalidad de teletrabajo, gozarán de todos los derechos colectivos. Serán consideradas, a los fines de la representación sindical, como parte del conjunto de quiénes trabajen en forma presencial.
>
> Artículo 13.- Representación sindical. La representación sindical será ejercida por la asociación sindical de la actividad donde presta servicios, en

> los términos de la ley 23.551. Las personas que trabajan bajo esta modalidad deberán ser anexadas por el empleador a un centro de trabajo, unidad productiva o área específica de la empresa a los efectos de elegir y ser elegidas, para integrar los órganos de la asociación sindical.
>
> Artículo 15.- Sistema de Control y Derecho a la Intimidad. Los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán contar con participación sindical a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio.

Podemos perceber que no Artigo 12, Direitos coletivos: as pessoas que trabalham na modalidade de teletrabalho terão todos os direitos coletivos. Serão considerados, para efeito de representação sindical, como integrantes do grupo dos que trabalham pessoalmente.

Em relação ao Artigo 13 da Representação sindical, ela será exercida pela associação sindical da atividade onde presta serviços, nos termos da lei 23.551. Quem trabalha nesta modalidade deve ser vinculado pelo empregador a centro de trabalho, unidade produtiva ou área específica da empresa, para efeito de eleição e eleição, para integrar os órgãos da associação sindical.

No Artigo 15 – Sistema de Controle e Direito à Privacidade. Os sistemas de controle que visam proteger os bens e informações de propriedade do empregador devem ter participação sindical de forma a resguardar a privacidade da pessoa que trabalha na modalidade de teletrabalho e a privacidade de seu domicílio.

Podemos observar nos artigos 12 e 13 supracitados que a lei Argentina fortaleceu o direito coletivo e a participação do Sindicato na regulação do teletrabalho. A representação sindical foi incluída com a finalidade de amparar melhor o trabalhador nessa modalidade.

No artigo 15, concluímos que o governo argentino se preocupou também com o direito à privacidade da pessoa que trabalha em domicílio.

Podemos observar que os países estão modificando suas leis e normas para se adequarem à nova realidade de trabalho. Todas essas questões estão sendo discutidas no mundo e também serão muito debatidas ainda no Brasil.

CONCLUSÃO

Observamos durante a tese que o teletrabalho poderá irreversível, e uma tendência de uma nova realidade que veio para ficar, tanto nas relações trabalhistas como na administração pública. Com a avanço da informatização e das ferramentas tecnológicas torna-se possível a sua realização.

Em um mundo cada vez mais globalizado, além de viável o teletrabalho, será imprescindível para a sociedade, como vimos sua importância durante a pandemia de 2020. A implementação do trabalho à distância possivelmente aconteceria de forma mais habitual no futuro gradualmente, mas a pandemia antecipou esse processo abruptamente.

Concluímos durante a pesquisa que, de certa forma, o teletrabalho é uma síntese da flexibilização trabalhista tão enaltecida nos dias atuais pelo sistema Neoliberal, que foi sendo implementado desde o início da década de setenta. E o teletrabalho foi uma espécie de trabalho encontrado pelas empresas para cortar os benefícios, como auxílio-transporte, auxílio-alimentação, horas extras, entre outros, fazendo o seu funcionário um trabalhador mais Precarizado.

Vimos que o teletrabalho aumentou e se desenvolveu no serviço público pós-pandemia, sendo uma realidade de uma nova era. Por muitos aspectos vistos na Tese pelo lado positivo como redução de custos e despesas, apropriação do sentido do trabalho, redução de estresse devido à redução de deslocamento, liberdade, flexibilidade, mais tempo pra família, aumento da produtividade. Mas também possuindo aspectos negativos como isolamento social, sobrecarga de trabalho, aumento da carga horária de trabalho, conflito trabalho-família, falta de suporte organizacional.

Além disso, vimos que o trabalho remoto é uma espécie de precarização e flexibilização do trabalho. Há uma intenção de desviar uma parte maior do setor público para a zona do precariado através da privatização, terceirização, recontratação, informalização e flexibilização. Os governos estão agindo mais como empresas privadas no seu tratamento com os servidores públicos e economizando em espaço em escritório, descentralizando e flexibilizando o trabalho de seus funcionários.

Constatamos também que o trabalho remoto é mais uma adaptação do trabalho inserida na sociedade de controle, principalmente com os desenvolvimentos tecnológicos e o crescimento da evolução da informática.

Estando o teletrabalhador sendo controlado constantemente e em todos os lugares.

Em relação a informatização, globalização e incorporação de tecnologia e inovações relacionadas ao mercado de trabalho vimos que depende, em grande parte, da renda e da intensificação de capital incorporado no processo produtivo de cada lugar.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Antón Lois Fernández. *Estado de Bem-Estar, Instituições Públicas e Justiça Social*. Revista Estudos Institucionais, v. 4, p. 884-904, 2018.

ALVIM, J. L. R.; JEAMMAUD, A.; FRAGALE FILHO, R. S. *Trabalho, Cidadania & Magistratura*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000.

ALVES, Giovanni. *Trabalho e Neodesenvolvimentismo*. Çhoque de capitalismo e nova degradação do trabalho no Brasil. Projeto Editorial Praxis, Bauru, SP, 1ª edição 2014.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*: o novo proletariado de serviços na era digital. 2ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

ARAÚJO, E.; BENTO, S. Coelho. *Teletrabalho e Aprendizagem, contributos para uma problematização*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian/Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2002.

BAYLOS GRAU, Antonio. *Direito do Trabalho*: modelo para armar. São Paulo: LTr, 1999.

BRAGA, Ruy. *A política do precariado, do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo, 2012.

CASTELLS, Manuel. *O espaço de fluxos*. In: ___, A Sociedade em Rede. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

COSTA, Renato Belini de Oliveira. *Investigação criminal pelo Ministério Público*. Curitiba:
Juruá Editora, 2017.

CHOMSKY, Noam. *Quem manda no mundo?* Tradução: Renato Marques. 1ªEd.São

Paulo: Planeta, 2017.

DOWBOR, Ladislau. *A era do capital improdutivo*. São Paulo: Outras palavras & Autonomia literária, 2017.

DELEUZE, Gilles. *Foucault, as estratégias ou o não-estratificado*: o pensamento do lado de fora. São Paulo: Editora brasiliense, 1986.

DRUCK, G. *Flexibilização e Precarização do Trabalho*: Novas formas de dominação social e política. XXV Congreso de Ia Asocíación Latinoamericana de Sociologia – ALAS. PO110 Alegre. 22-26 agosto, 2005.17p

FERNADES, Carlos Henrique Ribeiro. *O teletrabalho no Brasil e seus desafios*. 1ª Ed. Carlos Henrique Ribeiro Fernandes, Rio de Janeiro, 2018.

FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. Vigiar e Punir. 3ª Ed. Petrópolis, Vozes, 1984.

HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, utopia e trabalho*. Londrina: Edições CEFIL, 1999.

HARVEY, David. *A transformação político-econômica do capitalismo do final do século XX*. Parte II. Condição pós-moderna. São Paulo: Loyola, 1996.

JALA International, "Jack Nilles", 26 Setembro de 2011. Disponível em: <http://www.jala.com>, Acesso em: 31 jul. 2020, 11:16.

KANT, Immanuel. *Réflexion sur l, Éducation*, Paris: Vrin, 1962.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. *Fundamentos de metodologia científica*. 6ª Edição, São Paulo: Atlas, 2007.

LOPEZ, Éder Maurício Pezzi. *Polícia Legislativa do Senado Federal*: Atribuições investigativas e de polícia judiciária em face da Constituição de 1988. Revista de informações Legislativa, Brasília a. 47 n. 188, out./dez. 2010, p.333 – 356.

MATTOS, F. A. M. *Flexibilización de los mercados de trabajoeuropeos*: una história más de fracaso Del modelo neoliberal. Investigación Económica, v. 64, n. 252, México-DF, abriljunho,
2005.

MISHIMA-SANTOS, V.; STICCA, M. G. & ZERBINI, T. *Teletrabalho e a Pandemia da Covid-2019*: Um Guia para Organizações e Profissionais. Ribeirão Preto, 2020.

NAIR, G. *"Telework Cuts Office Costs" FT Report* – Digital Business, 12 de Março, p.4, 2009.

NASSI, Omar Jason Vasquez. *El teletrabajo en el sector público peruano*. Programa Académico de maestría en gestión pública da Universidad César Vallejo, Perú-Lima, 2019.

NILLES, Jack M. *Fazendo do teletrabalho uma realidade*: um guia para telegerentes e teletrabalhadores. São Paulo: Futura, 1997.

NEVES, S. M.; RAMOS FILHO, Wilson. *Trabalho Imaterial e Teletrabalho*: contradições e limites da sociedade informal. Teletrabalho/Lorena de Mello Rezende Colnago, José Eduardo de Resende Chaves Junior, Manuel Martín Pino Estrada, (coordenadores). São Paulo: LTr, 2017.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em ambiente virtual*: causas, efeitos e conformação. São Paulo: LTr Editora, 2018.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos manuel. *Los métodos en la investigación jurídica*. Algunas precisiones. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Ciudad Universitaria, México. p. 921-953, 2015.

RICHTEL, M. *Hooked on Gadgets, and Paying a Mental Price*. New York Times, 7 de Junho, p.01, 2010.

SOLETO, Valencia Adrián. *Precariado ou proletariado?* Canal 6 editora, 1ª edição, Bauru, SP, 2016.

STANDING, Guy. *O precariado*: a nova classe perigosa. Tradução: Cristina Antunes. 1ª Edição, Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

ACIDENTE DE TRABALHO E DANO MORAL NA REFORMA TRABALHISTA

Fernanda dos Santos Vilas Boas
Graduada em Direito pela Faculdade Nobre, Feira de Santana, Brasil,
fernandavilasboas84@hotmail.com

Fernando Gabriel Lopes Cavalcante
Mestre em Sociologia e Direito, PPGSD/UFF, Feira de Santana, Brasil,
gabrielcavalcanteadv@gmail.com

Carla Appollinário de Castro
Doutora em Sociologia e Direito, PPGSD/UFF, Niterói, Brasil

Resumo: Diante do preocupante avanço dos acidentes de trabalho no Brasil, surge a necessidade de analisar esta temática com cautela, pois os sinistros ocupacionais apresentam sérios riscos à saúde humana e causam irreversíveis degradações na esfera psicológica do trabalhador. Assim o presente artigo trata-se de uma pesquisa básica, bibliográfica e tem por objetivo geral apresentar as mudanças na legislação acidentária brasileira e sua influência sobre a classe trabalhadora, bem como as consequências do retrocesso da Lei Trabalhista nº 13.467/2017, referente à delimitação do dano moral para o empregado que sofreu acidente de trabalho, a escusa da obrigação por parte do empregador em cumprir com o quanto determinado no Ordenamento Jurídico Pátrio, bem como analisa também a melhor aplicação da responsabilidade civil do empregador para o empregado, em caso de acidente de trabalho, por se tratar este da parte mais frágil na relação de trabalho. Sendo assim, mais não menos importante, destaca que o artigo 223-G da CLT deve ser afastado do sistema jurídico pátrio e declarado inconstitucional, pois ofende o princípio da dignidade da pessoa humana e limita a atuação dos juízes, quanto aos danos morais, diante de um caso concreto de acidente de trabalho. Por fim, vem a ser concluído que o artigo de lei citado acima tem sido amplamente discutido justamente pela sua incoerência com os anseios da evolução das relações de trabalho.

Palavras-chave: Previdência, Acidente de trabalho; Dano moral; Reforma trabalhista; Responsabilidade civil do empregador.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objeto analisar uma das principais alterações decorrentes da Lei nº 13.467/2017, mais conhecida como reforma trabalhista, no que diz respeito ao dano moral decorrente do acidente de trabalho

e suas consequências ao trabalhador vulnerável. Nesse sentido, o dito artigo busca também questionar qual a função social da indenização para os trabalhadores acometidos por sinistros ocupacionais.

Sendo assim, no que tange a nova Lei Trabalhista nº 13.467/2017, esta trouxe um retrocesso da legislação, no que se refere à limitação do valor estabelecido a títulos de danos morais, vez que a indenização de cunho extrapatrimonial será fixada com base no salário recebido pelo empregado, trazendo tratamentos discriminatórios aos mesmos quanto aos julgamentos dos pleitos trabalhistas.

Dessa forma, a lei 13.467/2017, afeta imensuravelmente a dignidade do trabalhador vulnerável, pois a função social da indenização é justamente para efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido pela Constituição Federal, bem como tem função compensatória e punitiva.

O assunto em questão traz grande incerteza jurídica ao poder judiciário, pois estaria restringindo a atuação dos Juízes quanto ao julgamento e deferimento dos danos morais, no caso concreto, a uma indenização ampla ou superior a estabelecida no artigo 223, alínea G da Consolidação das Leis Trabalhistas.

O tema tornou-se alvo de discussão no âmbito do judiciário, chegando a ser objeto de três ações diretas de inconstitucionalidade a ADIN 6069, pelo conselho Federal da OAB, ADIN 5870, pela Associação de Magistrados e a ADIN 6082, pela Confederação Nacional de Trabalhadores, com o intuito de declarar inconstitucional o artigo da CLT acima citado.

Cumpre enfatizar que o acidente de trabalho assola o Brasil, por conta das condições precárias e rigorosas que o trabalhador é submetido todos os dias no ambiente de trabalho.

Atualmente, os acidentes de trabalhos são cada vez mais recorrentes no cotidiano do trabalhador brasileiro, nesta senda, pode-se afirmar que os empregadores precisam tomar precauções, seguindo à risca as normas preventivas aos acidentes de trabalho.

Ademais, o artigo científico a seguir será discutido a partir de três trajetórias.

A primeira busca examinar a institucionalização do acidente de trabalho na regulação jurídica trabalhista no Brasil, acompanhando o caminho percorrido

até os dias atuais com a Reforma trabalhista. A primeira lei social brasileira, nesse sentido, foi à lei instituidora do Seguro Acidentário, quando este seguro ainda apresentava similaridades com os seguros privados.

A segunda perspectiva busca analisar de maneira crítica qual a função social do dano moral relacionado ao acidente de trabalho. Questionaremos, por exemplo, a importância que o dano moral possui no tocante ao trabalhador acometido por acidente de trabalho, vez que devem por direito resguardado, receber tratamento isonômico quanto sua fixação.

Nesse sentido temos uma grande problemática da norma introduzida quanto à restrição e/ou fixação dos danos morais decorrentes de acidente típico de trabalho pelos Magistrados no exercício de atuação do poder judiciário e os seus critérios estabelecidos segundo a Consolidação das Leis Trabalhistas, no seu artigo 223, alínea G.

Já no terceiro caminho de análise, pretendemos averiguar a responsabilidade civil dos empregadores, discorrendo sobre seus requisitos clássicos, a objetivação da responsabilidade com os avanços da lei pátria e entendimentos jurisprudenciais, bem como sobre a atenuação e exclusão da responsabilidade do empregador quanto ao dano, o nexo de causalidade.

1. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO ACIDENTE DE TRABALHO NO BRASIL

Com a crescente população operária, bem como, com aumentos catastróficos de acidentes de trabalho, surgiu à necessidade de projetos para tratar das questões socais que assolava o Brasil. Diante disso, buscando solucionar tal impasse que o País presenciava, foram surgindo leis de extrema importância para os trabalhadores. Em 1918 foi expedido projeto que regulamentava os acidentes de trabalho, sendo aprovado na câmera e no senado, originando a promulgação da primeira lei referente a acidentes do trabalho. Conforme Moraes Filho:

> Grande havia sido o crescimento fabril brasileiro durante a conflagração. Com ele cresceu igualmente o proletariado urbano e intensificaram-se os movimentos grevistas e reivindicatórios por toda a parte, principalmente no Rio, São Paulo, Bahia e Recife. De um desses movimentos mais fortes, com ameaça de tomada do poder e de greve geral, criou-se, sob pressão, a Comissão de Legislação Social, na Câmara, em virtude de requerimento firmado pelos deputados Nicanor do Nascimento e Alberto Sarmento. Isto

> se deu na sessão de 18 de novembro de 1918. De seu parecer é que saiu a lei sobre acidentes de trabalho (MORAES FILHO, 1982, p. 160).

A lei de 1918 não assegurava aos trabalhadores totais garantia, pelo contrário, era muito limitada, ao passo que visava o reconhecimento apenas das doenças profissionais típicas, pois foi elaborada no sentido do risco profissional, instituindo um seguro facultativo e privada. A teoria do risco profissional se fundamentava na responsabilidade do empregador em ser responsabilizado pelo acidente de trabalho, com exceção ao caos de culpa da vítima ou força maior.

Adotando a teoria do risco profissional, cujo criador foi Félix Faure perante o Parlamento de França, em 1883, passou-se a entender que assim como o empregador suporta o desgaste e a destruição de seu material, bem como os gastos de amortização do que lhe útil, como os riscos de incêndio, responsabilidade civil, etc, deve igualmente suportar a responsabilidade pelos acidentes ocorridos no trabalho realizado em seu proveito. Assim, todo aquele cuja missão é dirigir um trabalho que lhe confere benefícios é, a priori, responsável pelos acidentes que possam resultar no curso de sua execução.

Sendo assim, no período posterior a 1930, o direito do trabalho passava por um processo de conquista com base nas relações de trabalho que emergiam no decorrer da evolução industrial, assim, inúmeras leis foram criadas com finalidade de regular tais relações de trabalho, no que tange aos acidentes de trabalho, na perspectiva de garantir medidas assecuratórias à classe operária.

Com os movimentos e clamores operários, deu-se origem a segunda lei acidentária no ano de 1934, ampliando o conceito de acidente de trabalho, considerando também as doenças atípicas de trabalho, estabelecendo seguro privado obrigatório para o recebimento de indenizações pelos trabalhadores acometidos pelos sinistros ocupacionais (HENNINGTON, 1996, p. 116).

Devido às inúmeras legislações esparsas que também foram editadas no período, surgiu a necessidade de englobar assuntos referentes ao direito do trabalho em um só código, com exceção aos direitos dos trabalhadores com lesões ocupacionais. Sendo assim, o direito do trabalho originou-se da questão social que foi precedida da Revolução Industrial e dos clamores operacionais que se propôs a preservar a dignidade do ser humano. Entretanto, no ano de 1943, foi criada a primeira Consolidação das Leis do Trabalho, que buscava a proteção dos trabalhadores contra os riscos de acidentes e danos à saúde.

Os trabalhadores ainda não satisfeitos reivindicaram melhoras, surgindo então à terceira lei acidentária, em 1944. Esta lei oferecia maior proteção aos direitos dos operários, pois visava diminuir o número de acidentes, visto que garantia a reparação aos danos causados pela infortunística de trabalho, mesmo não sendo a única causa direta, além de adotar a teoria da concausa, que retirava do conceito de acidente do trabalho a causa única e exclusiva existente na legislação anterior (HENNINGTON, 1996, p 117).

Sendo assim, conforme o dito anteriormente o Brasil foi dando saltos históricos chegando a ser criada a lei de nº 5.316, no ano de 1967. Esta lei determinava que o seguro acidente de trabalho passasse das seguradoras privadas para a previdência social, a lei também se fundamentava na teoria do risco profissional.

A partir dessa lei os empregadores passaram a ser responsabilizados pelos acidentes de trabalho, pois fora imposta uma taxa por empresa segundo o número de acidentes ocorridos, bem como de acordo com a atividade de risco exercida pela empresa (HENNINGTON, 1996, p. 119).

A Constituição de 1988 trouxe profundas mudanças no campo do direito do trabalho, uma delas em seu artigo 7º, inciso XXVIII, que estabele o seguro a cargo do empregador para os trabalhadores que sofreram lesões de trabalho:

> "Art. 7º, inciso XXVIII, declara que é direito dos trabalhadores o seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (BRASIL, 1988)."

Ademais, não sendo suficiente, foi criada a Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, a qual os trabalhadores lesionados por acidente de trabalho encontram resguardo, assegurou a estes, afastamento superior a 15 dias e estabilidade de 12 meses no labor, tornando a Comunicação de acidente de trabalho (CAT) pela empresa obrigatória. Além disso, estabeleceu em seu artigo 19 o conceito de acidente de trabalhos. Vejamos:

> "Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015)", (BRASIL, 1991).

Diante disso, as leis citadas anteriormente buscavam paulatinamente amparar os operários que não mais podiam garantir o seu sustento e da sua família, perdendo sua capacidade parcial ou permanentemente para labor na empresa, face às limitações ao movimento e capacidade de utilização dos membros impostos pelo acidente do trabalho.

Nesse sentido temos uma crescente histórica de surgimento e desenvolvimento de estruturas normativas relacionadas ao acidente de trabalho, havendo um processo de atenuação civilizatória da exploração do trabalho através do Direito. O operariado do começo do século XX que então vendia sua força de trabalho através de contratação civil teve no surgimento do seguro acidentário sua primeira legislação social e a continuidade histórica das estruturas protetivas para o trabalhador, no que se refere ao acidente laboral, é decorrência direta dos avanços e recuos da luta de classes. Essa tônica de reorientação da forma como o trabalho é explorado acompanha todo o século XX e é atingida pela crise capitalista que dá origem ao neoliberalismo.

2. DANO MORAL E ACIDENTE DE TRABALHO

O direito do Trabalho ao longo das fases históricas conforme já exposto acima, vem trazendo consigo referenciais significativos no que tange a legislação acidentária, com o intuito principal de atender os clamores da sociedade e devido novos ajustes das relações sociais.

Também vem trazendo referencias de suma importância para o direito, no que diz respeito ao dano moral. Sendo assim, segundo Delgado, em sua obra Curso de Direito do Trabalho, deixa claro que a plausibilidade jurídica por dano moral foi reconhecida amplamente a partir da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

> As indenizações por danos morais tinham campo restrito de reconhecimento na ordem jurídica anterior à constituição de 1988. Contudo, em seguida ao Texto Máximo e ao avanço jurídico-cultural por ele propiciado, com forte (e contínuo) impactos na doutrina e jurisprudência pátrias, tais possibilidades indenizatórias se alargaram.
>
> Há, em um primeiro plano, as indenizações por dano moral ou dano à imagem que não tenham vinculação com o campo da saúde e segurança laborativas. Neste plano situar-se-iam, por exemplo, a indenização em face de discriminação racial promovida pela empresa contra o obreiro, a par da

> indenização por indevido uso da imagem do trabalhador nas atividades empresariais.
>
> Em segundo plano, há as indenizações relativas a danos à segurança e saúde físicas e morais do empregado no contexto do cumprimento contratual (lesões acidentárias). (DELGADO, 2015, p. 666).

Conforme o exposto acima, seguiremos discorrendo sobre segundo plano, no que tange a função social dos danos morais por lesões acidentárias.

Esclarece que, com o regular avanço da sociedade e consequentemente do direito, ocorreu uma amplificação no reconhecimento de danos morais indenizáveis, sendo hodiernamente assegurados pela Carta Magna.

Dessa forma, o dano moral é entendido como todo mal, dor, sofrimento experimentados pela vítima, que causa violação temporária ou permanente no seu estado emocional, físico e psicológico, bem como, obstar parcial e permanentemente a atividade laboral da vítima (PAMPLONA FILHO, 1998, p. 37).

Com o objetivo de orientar eventuais lesões provocadas a pessoa humana, a Constituição Federal de 1988, em seu inciso X do artigo 5º, dispôs:

> "X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (BRASIL,1998, p. 6).

Discorrendo do texto da Lei acima, pode-se afirmar, que o cumprimento do pacto de trabalho pelo empregado na empresa, cuja atividade exija movimentos antiergonômicos, rápidos, repetitivos e com pesos, ou seja, de risco, pode dar origem a lesões corporais temporárias, permanentes e/ou psicológicas, por meio do acidente de trabalho, que é capaz de produzir significativa agressão ao trabalhador, sendo suscetíveis de direito ao recebimento dos danos morais indenizáveis pela depreciação sofrida (DELGADO, 2015, p. 666-687).

Registra-se que, todo empregado que sofreu lesões acidentárias, em face de circunstâncias laborativa, ou quando a ação ou omissão atingir um bem, inerente à pessoa humana, tem assegurado seus direitos, tais quais, a vida, a honra, a dignidade, a sua autoestima, perante a constituição Federal de 1988 (CAIRO JÚNIOR, 2013, p. 64-67).

Segundo Santos, o dano moral na seara trabalhista era quantificado com base na dignidade da pessoa humana, deixando o livre arbítrio do magistrado para

fixar uma justa indenização a lesões acidentárias decorrentes de acidente de trabalho. Vejamos:

> Portanto, é neste sentido que, em nome dos princípios mais elevados emanados da Constituição Federal de 1988, entre eles a isonomia, a segurança jurídica, bem como a previsibilidade das decisões judiciais, de modo a se evitar decisões colidentes, conflitantes ou contraditórias, consideramos de bom alvitre estabelecer critérios, de modo a parametrizar os valores das reparações por dano extrapatrimonial, mas sempre deixando ao livre arbítrio do magistrado, para que, dentro de seu juízo de ponderação, fixe a justa indenização ao caso concreto que se lhe apresente. (SANTOS, 2017, p. 269).

Ocorre que, com o advento da Reforma Trabalhista, houve uma modificação da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Frisa que, o dano extrapatrimonial decorrente de acidente de trabalho sofreu drásticas restrições, passando-se a ser fixado com base no valor do salário-contratual do empregado, gerando tratamentos discriminatórios na Justiça Brasileira do Trabalho, consoante visto, abaixo o artigo 223:

> Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.
>
> Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
>
> § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:
>
> I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
>
> II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
>
> III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
>
> IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido (...) (BRASIL, 2017).

O artigo citado acima, tem sido recentemente alvo de debates e críticas frente ao Judiciário Brasileiro, por entender afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, e da igualdade, quando estabelece critérios de cálculo para a fixação dos danos morais, a trabalhadores que foi acometido por lesões temporárias ou permanentes decorrentes da infortunística de trabalho.

Nesse sentido, o fato da nova lei 13.467/2017 estabelecer indenização tarifada, gera consequente injustiças aos trabalhadores lesionados, além de impor uma limitação quanto a atuação dos magistrados, vez que, não mais podem fixar uma indenização de cunho extrapatrimonial que assim entenda devida e relevante ao caso concreto, com base em seu entendimento e conseguintemente livre arbítrio.

Sendo assim, opondo-se contra o dispositivo 223-G da lei 13.467/2017 da Consolidação das Leis do Trabalho, por entender ofensa à Constituição Federal e os princípios constitucionais do direito, foram propostas três ações diretas de inconstitucionalidade a ADIN 6069, pelo conselho Federal da OAB, ADIN 5870, pela Associação de Magistrados do Trabalho e a ADIN 6082, pela Confederação Nacional de Trabalhadores, com o intuito de declarar o artigo acima citado, inconstitucional.

Vale a pena frisar que os acidentes de trabalho são distintos, bem como as consequências advindas com estes, sendo assim, quantificar o valor da indenização utilizando a base salarial do trabalhador, acaba por não observar a essência do instituto jurídico do dano extrapatrimonial em comento, mas tão somente uma formula prática e conveniente ao operador do direito quando do julgamento da situação concreta.

Neste sentido, estamos por engessar o instituto jurídico de extrema subjetividade, e que pela sua essência deveria ser analisado caso a caso, ampla e integralmente, vez que, caso contrário "o rico sentiria mais dor do que o pobre", ou seja, como o rico ganha mais, consequentemente, sua indenização será mais alta, baseando-se no seu salário contratual, como o pobre ganha menos, a sua indenização seria menor, sendo fixada no seu salário-contratual, é o que vem sendo aplicado atualmente com a nova redação da CLT, caracterizando uma situação de não honestidade e igualdade (SILVA, 2017, p. 207).

No sentido do que aqui é opinado, tem-se a inteligência do artigo 3º, inciso IV e artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem
>
> (BRASIL, 1988, págs. 5 e 6).

Observa-se que a nova Legislação Trabalhista não coaduna com esse entendimento exposto alhures, trazendo dispositivo contrário a Carta Magna, pois o artigo 223-G da Consolidação, busca de todas as formas restringir a amplitude máxima do direito aos danos extrapatrimoniais que foi dado trabalhador lesionado por acidente de trabalho, ensejando uma clara situação tratamento não paritário.

Importante esclarecer que, com a evolução tecnológica e inovações maquinarias, o número de acidentes ocorridos no âmbito das atividades laborais aumentaram, com elevado índice de acidente no cotidiano dos trabalhadores, sendo que, os sinistros ocupacionais mais comuns são fratura, cortes, lacerações, esmagamento cutâneo e distinção no corpo humano.

Com a evolução tecnológica, as máquinas passaram a ser cada vez mais comuns nas grandes empresas, atribuindo paulatinamente risco ao trabalhador que concomitantemente exerce ou manipula as referidas máquinas.

Nesta medida, os acidentes de trabalho, ocasionam consequências traumáticas e eventos danosos, que acarretam, na maioria das vezes, a incapacidade permanente do trabalhador para manter seu sustento próprio e da sua família, posto que, não mais conseguem realizar com facilidade, agilidade e normalidade as atividades laborais do cotidiano, passando-se a se sentir um indivíduo inferior aos demais, por isso a indenização a títulos de danos morais, deve ser apurada sem a restrição estabelecida no artigo 223-G da Consolidação das leis trabalhistas.

Ademais, na última quarta-feira, 29 de abril de 2020, após o ajuizamento de sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 927, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a contaminação do trabalhador no ambiente de trabalho em decorrência do COVID-19, será considerada como doença ocupacional, enquanto durar a pandemia. Assim, sendo demonstrado que o vírus foi contraído em decorrência do labor e provado o nexo de causalidade, a empresa e/ou empregador deverá arca com sua obrigação, qual seja indenizar o obreiro pela doença ocupacional contraída, bem como emitir do comunicado de

acidente de trabalho, encaminhando o trabalhador ao Instituto Nacional de Seguro Social para recebimento do devido benefício acidentário (B-91).

Sendo assim, mais não menos importante, o dano moral ou extrapatrimonial, tem a função social primordial para punir o agente causar do dano, tenta também compensar as lesões sofridas pelo empregado, bem como para evitar que novas práticas de acidente de trabalho venham a ocorrer.

O instituto do dano moral é de grande importância para o empregado com sequelas de origens ocupacionais, pois não se trata de uma reparação do prejuízo e sim de uma compensação, devido à ofensa aos seus direitos personalíssimos, quais seja a saúde, integridade física, estética, a liberdade, a honra, entre outros.

Portanto, comprovado o evento danoso na relação de emprego resta configurado o instituto do dano moral quando há violação aos direitos personalíssimos, demonstrando que os empregados lesionados devem recorrer ao Poder Judiciário para que o empregador seja devidamente punido e não cause outros danos à sociedade.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS EMPREGADORES

Para Silva "responsabilidade civil significa a obrigação de reparar os danos ou prejuízos de natureza patrimonial (e, às vezes, moral) que uma pessoa cause a outrem" (SILVA, 2007, p. 673).

Conforme já exposto no tópico acima, quando o empregado sofre acidente de trabalho ou doença ocupacional, há violação aos direitos personalíssimos deste. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 e parte da doutrina entendem que a responsabilidade do empregador nas situações envolvendo acidente de trabalho deverá ser subjetiva, sendo necessária a presença de requisitos essenciais para sua caracterização.

Para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva necessita da presença dos requisitos da culpa do agente, do dano e o nexo causal entre o ato praticado e o prejuízo causado.

Gonçalves compreende no seguinte sentido:

> Para que a vítima obtenha a reparação do dano, exige o referido dispositivo legal que prove dolo ou culpa stricto sensu (aquiliana) do agente (imprudência, imperícia ou negligência), demonstrando ter sido adotada, entre nós, a teoria subjetiva (embora não mencionada expressamente a imperícia, ela está abrangida pela negligência, como tradicionalmente se entende (GONÇALVES, 2009, pág. 463).

Oliveira (2011, p. 90) explica a responsabilidade subjetiva do empregador com relação ao empregado quando:

> Só haverá obrigação de indenizar o acidentado se restar comprovado que o empregador teve alguma culpa no evento, mesmo que de natureza leve ou levíssima. A ocorrência do acidente ou doença proveniente do risco normal da atividade da empresa não gera automaticamente o dever de indenizar, restando à vítima, nessa hipótese, apenas a cobertura do seguro de acidente de trabalho, conforme as normas da Previdência Social (OLIVEIRA, 2011, pág. 90).

Assim, para a Constituição Federal (1988), artigo 7º, inciso XXVIII, e alguns doutrinadores, para que o empregador venha a ser responsabilizado pelo acidente de trabalho é necessário a comprovação da culpa, visto que a Responsabilidade Civil subjetiva tem como fundamento principal à culpa à responsabilidade do dano causado a outrem.

Ocorre que, conforme o crescente número de acidentes de trabalho, estes trazem à tona a negligência e a imprudência que lastreiam a conduta patronal, caracterizando a responsabilidade nos procedimentos laborais, na medida em que assume o risco da atividade exercida, independentemente de culpa.

As atividades laborais que submetem os trabalhadores de riscos à saúde e a sua segurança restam evidentes, que o empregador deverá ser responsabilizado objetivamente pelos danos decorrentes de acidente de trabalho, devendo a tese ser fundamenta com a redação do dispositivo 927, parágrafo único do Código Civil Brasileiro. Segue abaixo:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002, p. 210).

Para Diniz, a responsabilidade objetiva "tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando riscos de danos para terceiros" (DINIZ, 1998, p. 43).

A responsabilidade civil objetiva nos casos de acidente de trabalho surgiu no instituto jurídico por conta das dificuldades de os empregados conseguirem provar a culpa do empregador. Assim, os danos sofridos pelos empregados oriundos das atividades de risco assumidas pelo empregador devem todo prejuízo ser reparado por este último, independentemente de ter agido com a culpa, bastando apenas que haja apenas a ocorrência da configuração do evento danoso e que o acidente tenha nexo de causalidade com atividades laborais.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) (2019), por maioria dos votos estabeleceu que os obreiros que exercem atividades perigosas têm também assegurado o direito à indenização em razão dos danos decorrentes do acidente de trabalho, independendo da comprovação de dolo ou culpa por parte do empregador.

Ocorre que, na maioria das vezes, o empregador age com total frieza, visando apenas os lucros da empresa, e deixa o empregado totalmente desamparado, sem oferecer os treinamentos corretos e devidos para execução da atividade dentro da empresa, bem como, descumpri todas as normas de saúde e segurança do trabalho, que foram criadas para reduzir o número de acidentes no Brasil.

Os empregadores também se escusam de cumprir com sua obrigação, qual seja, emissão da Comunicação de acidente de trabalho, acreditando não haver necessidade do empregado se afastar do trabalho por mais de 15 (quinze) dias, sendo que a emissão da CAT é de suma importância para o obreiro, pois visa principalmente, a garantia de assistência acidentária ao empregado junto ao INSS ou até mesmo de uma aposentadoria por invalidez.

Ademais, o dano e o nexo de causalidade deverão ser apurados em perícia médica do Instituto Nacional de Seguro Social, tendo como base o nexo técnico epidemiológico Previdenciário (NTEP), que tem função primordial analisar se a doença ou acidente estão relacionados com a atividade laboral. Entretanto, uma vez reconhecida pela perícia à incapacidade parcial ou total do empregado para o trabalho e o nexo entre a lesão e o labor, será devido o auxílio-doença acidentário (B-91).

Sabe-se que é direito do trabalhador um meio ambiente de trabalho saudável e hígido, devendo o empregador zelar por tal circunstância em respeito à saúde de quem lhe presta trabalho humano.

CONCLUSÕES

O artigo científico teve como objetivo analisar a evolução leis acidentárias no Brasil, a inconstitucionalidade do artigo 223 da nova CLT, bem como a responsabilidade civil do empregador nos acidentes de trabalho.

Assim, conforme exposto, cumpre esclarecer, que a indenização por danos morais, tem grande importância no direito do trabalho, pois visa amparar o trabalhador lesionado e serve principalmente para tentar recompor todo sofrimento de inutilidade, angústia emocional, redução da capacidade física, laborativa, dor e impossibilidade de realizar atividades com facilidade, fatores estes que são resultantes da ofensa aos direitos de personalidade.

Os danos morais, no caso em comento, têm caráter pedagógico e é presumido, não necessitando de produção de prova, pois o direito aos danos morais decorre da própria lesão do trabalhador.

Assim, o magistrado deverá fixar o dano moral com base em seu livre arbítrio, de acordo com o caso concreto. Entretanto, diante das inumes Ações Diretas de Inconstitucionalidade deve ser afastado e declarado inconstitucional, o artigo 223-G da CLT, pois refere-se à fixação dos danos extrapatrimoniais de forma tarifada, ofendendo o princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da igualdade e do tratamento paritário.

No que tange a Responsabilidade Civil, em face das grandes divergências existentes no ordenamento jurídico brasileiro, doutrinário e jurisprudencial, a responsabilidade civil subjetiva ou objetiva do empregador nos casos de acidentes de trabalho mostra-se controvertida.

Conclui-se pela prevalência da norma do artigo 927, parágrafo único do Código Civil com fundamento no princípio norma mais favorável ao empregado e da sua condição de vulnerabilidade diante do empregador, a responsabilidade objetiva seria a mais favorável ao caso concreto.

Assim, sendo comprovado o acidente de trabalho e o nexo de causalidade, o empregador deve ser responsabilizado objetivamente independente de demonstração de sua culpa, por conta da sua atividade de risco que impõe ao empregado, restando cristalina a devida indenização de ordem moral ao trabalhador lesionado, como medida de proteção ao trabalhador vulnerável à ocorrência de acidentes de trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 52. ed. Brasília: Edições Câmara, 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº. 7.036, de 10 de novembro de 1944. Dispõe Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho. Brasília, 1944. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7036-10-novembro-1944-389493-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 04 de Maio de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Dispõe Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 04 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 5.316, de 14 de Setembro de 1967. Dispõe sobre Lei de acidentes. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5316.htm. Acesso em 04 de Maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 04 de abril de 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 04 de maio de 2020.

BRASIL.Lei nº 13.467 de 11 de novembro de 2017. Dispõe sobre a Consolidação das Leis Trabalhistas. Diário Oficial da União. Brasília, 2017. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 24 set.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 828040. Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Brasília, 05 de set de 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355. Acesso em: 26 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar em ADIs contra MP 927. Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Brasília, 29 de abr de 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422689&caixaBusca=N. Acesso em: 20 de março de 2020

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente de Trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

COSTA, Hertz Jacinto. Acidentes do Trabalho. *Teremos Nova Lei Acidentária?*. Fiscosoft, São Paulo, 2005. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br/main_artigos_index.php?PID=132168&printpage=_. Acesso em: 15 de abril de 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*.14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HENNINGTON, Élida Azevedo. *Saúde e trabalho: considerações sobre as mudanças na legislação acidentária Brasileira e sua influência sobre a classe trabalhadora*. 1ª Ed. Campinas, SP, 1996.

MORAES FILHO, Evariston. *Introdução ao direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 1982. 312 p.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo, LTr, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. São Paulo. LTr, 1998.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.* 6ª. edição. SP: Editora Ltr, 2017.

SILVA, Afonso da. *Direito Civil: Responsabilidade Civil.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

O DIREITO DO TRABALHO E A REPÚBLICA DE WEIMAR À BRASILEIRA

Francisco de Assis Macedo Barreto
Universidade Federal Fluminense, doutorando em Direito, Instituições e Negócios (PPGDDIN), Niterói, Brasil,
assisbarreto@hotmail.com.

Resumo. A recente reminiscência comparativa da República de Weimar pelo Ministro Celso de Mello com a hodierna conduta governamental do Poder Executivo federal, em razão do destaque que o então decano da Corte Constitucional brasileira goza na comunidade jurídica de intérpretes, concita, academicamente, a amealhar-se, em breve e perfunctório apanhado, algumas exegeses naquele contexto temporal dos primórdios nazistas. A partir desta incitação intelectual ventilar-se-á, sob a bitola da alhures invocação de que teria sido a alocação topográfica dos direitos subjetivos trabalhistas na Constituição alemã de 1919, — assim como se procedeu, antes, na Constituição do México de 1917, e bem depois na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 — a causa que desencadeou o futuro regime nazista na Alemanha, coroando o contramovimento da elite, tal qual no México e, talvez, no Brasil atual. Para tanto, a metodologia empregada será o cotejo histórico dos estudos colhidos na Doutrina acadêmica e no teor das opiniões contemporâneas emitidas pelo patronato, alguns políticos e economistas, reverberadas pela mídia no nível do *senso comum*, teleologicamente destinadas à população brasileira nos moldes propagandísticos nazistas. Nesta rarefeita colheita indiciária colima-se pretensiosamente constatar, na esfera da hermenêutica jurídica, se haveriam traços de similaridade em correlação principiológica às duas quadras temporais.

Palavras-chaves: República de Weimar. Direito do Trabalho. Constituição da República Federativa do Brasil.

INTRODUÇÃO

Uma questão recorrente aos estudiosos da esfera social, suscitada precocemente (RAMOS, 2012) desde 1933 d.C. pelo seminal Franz Neumann[1]

[1] Membro da Escola de Frankfurt, autor de *A Decadência Da Democracia Alemã* (1933) e de *Behemoth: Estrutura e Prática do Nacional-socialismo* (1942), foi advogado trabalhista na Alemanha, de onde fugiu, e, depois assistente da Promotoria no Julgamento de Nuremberg.

(DULTRA, 2013), é responder ao porquê de uma sociedade que tinha atingido um patamar civilizatório tão elevado, personificado no *antebellum* "colossal Império 'Romano Germânico' (ou 'Sacro Império') — o I Reich" (MENNEL, p.10), — partejando personagens geniais compondo "um prolífero período áureo" (BITTAR, ALMEIDA, 2016, p.55) —, permitir-se retroceder atavicamente aos moldes do século XIV, antes mesmo do Estado Moderno (RAMOS, 2012), pela força do "violento surto descivilizador da época de Hitler" (ELIAS, 1997, p.15) ao longo de quase treze anos.

Empiricamente, retornar ao período anterior do regime nacional-socialista é um caminho para a resposta, que, no caso, convencionou-se chamar de República de Weimar, vigente por quatorze anos e, por conseguinte, à consagração, na Assembleia constituinte de 1919, da ascensão dos direitos sociais trabalhistas ao patamar de normas constitucionais, revestidos da supremacia que lhe são inerentes, seguindo os passos da Constituição Mexicana de 1917[2] ou — assustadoramente ainda hoje —, da Constituição Soviética de 1917. Não obstante, a elite alemã-prussiana, no escopo da instituição de um regime totalitário, bem construiu uma ilação de *senso comum* imputando primordialmente ao reconhecimento constitucional dos Direitos Sociais o nexo causal ao caos social reinante na época weimariana.

Pensar se há fidedignidade nesta imputação é uma necessidade intelectual imposta pela provocação dialética do Ministro Celso de Mello[3], — que ingressou no Supremo Tribunal Federal em 17 de agosto de 1989 —, ao compará-la com a atual quadra governamental brasileira, posto que a ascensão de *homo medius* incultos ao poder político dentro do regime nacional-socialista submeteu a sociedade alemã

[2] *Constitución Politica de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857*, foi promulgada em 5 de fevereiro de 1917 pela Assembleia Constituinte instalada na cidade de Querétaro entre 1º de dezembro de 1916 e 31 de janeiro de 1917, vigorando no dia 1º de maio de 1917.

[3] "Em duras palavras, o ministro Celso de Mello, decano do Supremo Tribunal Federal (STF), afirmou que 'o ovo da serpente parece estar prestes a eclodir no Brasil'. De acordo com o magistrado, o país vive um processo semelhante ao que viveu a Alemanha pouco antes de Adolf Hitler ascender ao poder por meio do voto e implementar o nazismo." Celso de Mello: "é preciso resistir à destruição da ordem democrática". SOUZA, Renato. Correio Brasiliense, Brasília, 31 maio 2020. Disponível: < https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/31/interna_politica,859843/celso-de-mello-e-preciso-resistir-a-destruicao-da-ordem-democratica.shtml>. Acesso em: 20/06/2020.

ao terror, o que, a se se seguir no Brasil, com similaridades parciais como a dos milicianos fluminenses aos Freikorps, motiva preocupação pela instituição de um "processo de rebarbarização" estatal (ELIAS, 1997, p.47) em uma sociedade que sequer passou antes por uma fase de glória como a do Império prussiano-tedesco. Por tautologia, sequer adentramos ao Estado Moderno.

1. **Um pouco sobre a República de Weimar**

Na história alemã o período denominado como a República de Weimar começa com a dissolução da "autocracia militarista dos Hohenzollern" (SHIRER, 2008, p.84), tipificada pela abdicação do Kaiser Wilhelm II, "terceiro e último soberano do império criado por Bismark", em 9 ou, quando a chancelou, em 28 de novembro de 1918[4] e que era, talvez, "clinicamente louco" (MAC MILLAN, 2004, p.183). No meio do movimento paredista que assolava Berlim, inclusive em fábricas de munição (SINGER, 1985, p.XXX) e do caos gerado pelo fiasco militar na I Grande Guerra — que ainda não terminara — e que ainda não fora assimilado pelo povo alemão, Wilhelm II fugiu para a Holanda, de onde nunca foi deportado e onde morreu tranquilamente em 1941, vibrando inicialmente "quando Hitler deu início à guerra em 1939" (MAC MILLAN, 2004, p.185). Na sequência revolucionária consequencial à prisão dos seiscentos marinheiros amotinados, que se recusaram a obedecer à ordem do Almirantado quando ainda em guerra, o então Conselho de Trabalhadores e Marinheiros assumiu "o poder em Kiehl" (SINGER, 1985, p. XXXIII). Desencadeou-se uma onda revolucionária que "se espraiava por novas regiões do país", atingindo Berlim em 9 de novembro de 1918, quando os "trabalhadores se lançaram às ruas em centenas de milhares, impondo a rendição às ligas de oficiais", enquanto "nas casernas e nas empresas elegiam-se conselhos, as instituições estatais eram ocupadas por Trabalhadores, as prisões foram tomadas". (SINGER, 1985, p. XXXIII).

Em razão do temor aos espartaquistas liderados pela recém liberta Rosa de Luxemburg, pelo advogado trabalhista Karl Liebknecht e pelo futuro presidente da Alemanha Oriental Wilhelm Pieck, já que o "colapso do regime

[4] Em 9 de novembro o chanceler príncipe Max de Baden anunciou sua renúncia e a abdicação ao Reichstag, porém, a abdicação somente foi assinada por Wilhelm II em 29 de novembro e já estando nos Países Baixos.

alemão produziu conselhos revolucionários no Schleswig-Holstein, como de resto em toda parte" (MAC MILLAN, 2004, p.189), os conservadores da chamada Maioria Social-democrata, aboletados no Reichstag, proclamaram em 9 de novembro de 1918, "como um golpe de mágica" e "por acidente" (SHIRER, 2008, p.84), a República na Alemanha. Abruptamente Philipp Scheidemann, sem adrede acordo com os demais correligionários ali presentes, acorreu até a "janela que dava para Königsplatz, onde se reunira grande multidão, esticou a cabeça para fora, e por sua própria conta, como se tal ideia acabasse de lhe passar pela mente, proclamou a república!", tudo sob a contrariedade do seleiro Friedrich Ebert, também chefe do Partido Social-Democrata Majoritário e Presidente do Conselho de Representantes do Povo (SHIRER, 2008, p.84) e depois, da República de Weimar, que ainda desejava intimamente a manutenção da monarquia (SHIRER, 2008, p.84).

Acresça-se a coonestação pelo General Ludendorff, do Marechal Hindenburg e demais militares, posto que assim se eximiram da culpa pela derrota, rendição e assinatura do Tratado de Paz em Versalhes, a "fazendo recair sobre os ombros dos líderes da classe trabalhadora democrática a responsabilidade aparente" e todos os sofrimentos, o que "condenou a república desde o princípio" (SHIRER, 2008, p. 85). Entrementes, Rosa de Luxemburgo e Karl Liebknecht também proclamavam naquele mesmo dia 9 de novembro de 1918 "às 16 horas" (FRIED, 2019) a *República Livre e Socialista da Alemanha.* Mesmo antes, em 7 de novembro de 1918, Kurt Eisner do Partido Social Democrata Independente da Alemanha a Baviera declarou a *República Socialista da Baviera* ou a *República Soviética de Munique*, o que revela um presságio dos "tantos problemas a serem enfrentados pela nascente republica: a divisão sob diversos aspectos." (FRIED, 2019).

2. A previsão do poder legislativo emergencial do Presidente e dos Direitos Sociais na Constituição de Weimar

Prosseguindo no tempo, a despeito do ambiente revolucionário e independentista, as "eleições previstas para 19 de janeiro efetuaram-se, e a Assembleia Constituinte eleita mostrou imensa superioridade eleitoral que conservava a social-democracia: sozinha conseguiu 11,5 milhões de votos" (ALMEIDA, 1987, p. 26), promulgando-se, afinal, no dia 14 de agosto de 1919, a Constituição elaborada em Weimar, região do sudeste da então Prússia que se mantinha infensa à balburdia, "a partir de um anteprojeto do jurista liberal de

esquerda Hugo Preuss (com a colaboração de Max Weber)" (LOUREIRO, 2005, p. 111-2).

Dois aspectos que dentro da comunidade jurídica de intérpretes realçam a Constituição de Weimar, que é dividida em duas partes, sendo a primeira sobre a Administração Pública e a segunda sobre direitos subjetivos e obrigações dos cidadãos, foram a previsão do disposto no artigo 48 e a incorporação dos Direitos Sociais em seu texto.

Sobre o primeiro, tratou-se da faculdade de o Presidente governar por meio de *decreto de emergência* ignorando o Poder Legislativo, podendo inclusive suspender o exercício de Direitos Fundamentais e valer-se das Forças Armadas (FRIEDE, 2019), resultado que foi da "inspiração dos parlamentares alemães em geral, e de Hugo Preuss em especial, para contornar a crise pela qual passava a Alemanha à época da reunião da assembleia constituinte weimariana, em 1919" (DULTRA, 2013). Seu substrato é o *estado de emergência* por sobre o qual Carl Smith, "o maior teórico nazista do totalitarismo" (HAYEK, 2010, p. 180), construiu a subsequente ideologia coonestando o agir do ditador sem peias institucionais mínimas, impondo a supremacia dos *princípios gerais de Direito* sobre a lei e transformando o Poder Executivo "em legislador de fato da ordem econômica e social" (DULTRA, 2013), permita-se aqui o reducionismo. Atente-se que o primeiro Presidente Friedrich Ebert dele se valeu em "136 ocasiões" (FRIEDE, 2019) e depois o seu sucessor Marechal Hindenburg emitiu aquele famigerado Decreto no dia 28 de fevereiro de 1933 que seria catastrófico ao empoderar irremediavelmente Hitler, em razão do incêndio no prédio do Parlamento em fevereiro de 1933: *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*, ou seja, "Decreto do Presidente do Reich para a Proteção do povo e do Estado".

Sobre o segundo perfil, vale pinçar os dispostos nos artigos 157 e 162 da Die Verfassung des Deutschen Reiches ("Weimarer Reichsverfassung"): *Artikel* 157. *Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Reichs. Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht.* (Artigo 157. A força de trabalho está sob a proteção especial do Reich. O Reich cria uma lei trabalhista uniforme.); *Artikel* 162. *Das Reich tritt für eine zwischenstaatliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Arbeiter ein, die für die gesamte arbeitende Klasse der Menschheit ein allgemeines Mindestmaß der sozialen Rechte erstrebt.* (Artigo 162. O Reich defende uma regulamentação interestadual das relações jurídicas dos trabalhadores, que visa um mínimo geral de direitos sociais para toda a classe trabalhadora da humanidade). Nesta senda, também se destacam direitos subjetivos como a assistência à maternidade, à educação da prole, à pensão, ao

ensino da arte e da ciência, ao ensino obrigatório público e gratuito, a função social da propriedade, à habitação e ao seguro-desemprego.

Neste diapasão, Denise Auad sustenta que a segunda parte da Magna Carta alemã, ao facilitar a "inserção social de camadas excluídas da população" possibilitou a ascensão social em razão da "distribuição de riquezas decorrente da reforma social", mas "gerou mais polêmica". (AUAD, 2008, p.335). Ademais, alguns autores teriam antevisto, inocente e utopicamente, como Herman Heller, que através da Constituição alemã se possibilitaria um "caminho de transição pacífica para a construção do Estado Social, de bases marxistas, o qual superaria definitivamente o modo de produção capitalista." (AUAD, 2008, p.335). Por conseguinte, ao serem efetivados os Direitos Sociais no nível constitucional pelo Parlamento e, portanto, podendo ser invocados pelos Trabalhadores, que se transformaram em atores políticos, "em contraposição aos interesses da elite econômica dominante, que reivindicava manutenção de seu *status quo*" transformou o "Poder Legislativo em alvo de severas críticas." (AUAD, 2008, p.335).

Essa "incorporação dos direitos subjetivos sociais" de segunda geração mascarando uma "trégua na luta de classes", em verdade colimava apenas o desejo subjacente de concretizar o "objetivo político primordial do Reich" de se "evitar o bolchevismo" (DULTRA, 2013). Afastada qualquer nuance de altruísmo pela elite, na verdade, enquanto

> perdurava a situação de estabilidade econômica, o sistema capitalista poderia suportar em silêncio o conjunto de direitos sociais reconhecidos e implementados através da Constituição de 1919. Quando os lucros começaram a escassear, o movimento contra a organização social do trabalho — que originalmente havia sido criada a fim de abafar as reivindicações socialistas e comunistas — intensificou-se. O alvo passou a ser o sistema democrático liberal-parlamentar que, em funcionamento, representava a 'plataforma da emancipação trabalhista' (Cf. Neumann, 1996, pp. 29-43). (DULTRA, 2013)

De qualquer sorte, é oportuno lembrar a insatisfação de Carl Schmitt ao propugnar sua revogação, posto que se estaria diretamente diante de uma "evidente discrepância, em que se tem um Estado econômico, mas não se tem uma Constituição econômica" (SCHMITT, p. 144). Sobre ele Denise Auad é incisiva ao dizer que Carl Schmitt "afirmava que a segunda parte da Constituição de Weimar não era dotada de aplicabilidade, já que não garantia um mínimo de conteúdo decisório ao aplicador do Direito e, portanto, deveria ser desconsiderada

do ordenamento jurídico". (AUAD, 2008, p. 336). Ademais, teriam sido "visões como essa, de caráter conservador, que solaparam qualquer possibilidade de implantação real do modelo de inclusão social proposto pela República de Weimar." Por conseguinte, convolou-se um Estado democrático em um "Estado Totalitarista que se instalou no poder com a promessa da integração nacional baseada na ideologia da segregação racial". (AUAD, 2008, p. 336). Não obstante a Constituição de Weimar "representou um marco para o reconhecimento histórico dos direitos sociais como direitos fundamentais e complementares aos direitos civis e políticos", inspirando, inclusive, a Constituição getulista de 1934 (AUAD, 2008, p. 336).

3. O contexto difícil durante a República de Weimar

A vigência da República de Weimar, de 1019 a 1930, foi caracterizada pela fragilidade governamental, tendo, inclusive, sido composta por sucessivos vinte gabinetes diferentes (FRIED, 2019). Nesta linha, a ideia de tentar espelhar no Parlamento a representação proporcional absoluta, assegurando-se aos diferentes partidos políticos uma correspondência à sua base eleitoral "de modo que as minorias estejam nele representadas" (FRIED, 2019), foi motivo gerador de "uma certa instabilidade no poder", posto que "os partidos políticos, por vários motivos e interesses, não conseguiam levar a cabo um dos principais elementos da essência democrática, qual seja, a formulação consensual de soluções adequadas para as diversas questões." (FRIED, 2019). Para Denise Auad, o enfraquecimento do Estado alemão se originava no fato de que a sociedade "estava pulverizada em grupos de interesses contrapostos", fator que refletia no enfraquecimento do Estado e que "atingia diretamente a ordem constitucional" (AUAD, 2008). Ademais, com espeque em Sheri Berman, imputa-se a responsabilização principal dessa "fragmentação social" ao "colapso da República de Weimar e pela escolha de um modelo totalitário de Estado" que se propagandeou como sendo a única possibilidade de "reconstrução nacional" (AUAD, 2008).

Outro aspecto, foi o de ordem econômica, posto que foi alcançada pela grande depressão partejada pela Crise de 1929 em razão da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, afetando diretamente a Alemanha em razão de empréstimos estadunidenses interrompidos. Acresça-se a isto o pagamento das vultosas indenizações aos países vencedores, em especial a França, como contrapartida reparatória nos termos ditados no Tratado de Versalhes; a inflação monetária descontrolada e o desemprego com o seu lumpemproletariado irascível

na busca de líderes messiânicos para guiá-los na identificação dos culpados, que, no caso, foram eleitos como sendo os judeus.

O sentimento de ultraje do povo alemão-prussiano diante da perda da Primeira Guerra, de cuja culpa os militares souberam se desvencilhar, inclusive mandando um civil, o ministro do exterior Hermann Müller, assinar o Tratado de Versalhes no famoso vagão do trem em 28 de junho de 1919, e que depois foi barbaramente assassinado por tiros de revolver como se houvesse traído a pátria, à par da mentalidade militarizada da população (ELIAS, 1997), também não pode ser olvidada neste hiato temporal.

E *last but not least*, a possibilidade da instituição do comunismo nas terras tedescas, para terror do patronato.

Diante destes exemplos problemáticos, eleger o posicionamento topológico dos Direitos Sociais na Constituição de Weimar como desencadeador do nazismo não goza de razoabilidade em razão de se ignorar as demais condicionantes e circunstâncias. Acresça-se a isto que da sua leitura se observa a predominância de princípios gerais de natureza programática, a exigir para a sua concretude uma atuação legislativa por um Parlamento que se emasculava e de um Poder Judiciário problemático.

Especificamente sobre a "descensão social dos juízes" na época weimariana, Ingbord Maus assegura que o "posicionamento da grande maioria dos juízes alemães contra o Parlamento, a política partidária e mesmo contra organizações de interesse social começou a ser preparado desde o início do século", acrescido do desconforto oriundo do congelamento salarial da magistratura e da regressão da "Ciência do Direito e da Jurisprudência na era pós-Bismarck" "em face da crescente influência legislativa do Parlamento". Agregue-se neste caldo a existência de duas correntes de juristas que advogavam, igualmente, a "maior liberdade dos juízes frente à lei", ou seja, "os teóricos do Direito Livre, definindo abertamente a possibilidade de decisão judicial baseada em norma jurídica positiva como exceção", operando um "juiz-rei", "que atua não somente *legibus solutus*, com também destaca-se por um tipo 'especial' de remuneração" e da outra banda aqueles "da Associação dos Juízes Alemães, que redefiniram o conceito de vinculado à lei, colocando esta à disposição da ambicionada flexibilização do direito"(MAUS, 1989).

4. Um pouco da gênese da Assembleia constituinte brasileira

A Assembleia Constituinte brasileira de 1987 foi convocada pela Mensagem nº 330 do Presidente da República José Sarney, — enquanto vigia a Constituição Federal de 1967 —, e encaminhada ao Congresso Nacional, que a instrumentalizou pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro 1985, e que, por seu turno, se auto convolou em Assembleia Constituinte, sendo instalada pelo Ministro presidente do Supremo Tribunal Federal (OLIVEIRA, 1983).

Porém, diante do impasse dos interesses contrários emperrando o andamento do processo legislativo, um grupo suprapartidário de Constituintes conservadores no final do primeiro ano da Assembleia Constituinte se formou sob o epiteto de "Centrão", impulsionando o curso legislativo no escopo de atender aos interesses do então presidente da República José Sarney. O Centrão foi "responsável pela reviravolta no processo de elaboração constitucional ao conseguir alterar, por meio de um projeto de resolução, as normas regimentais que organizavam os trabalhos constituintes." (NOGUEIRA, 2009).

A previsão dos Direitos Sociais se espraia pelo Texto Constitucional nos incisos do disposto no artigo 7º, assim como no disposto no *Preambulo* e no disposto no IV do artigo 1º, deixando claro que na tensão dialética com direitos subjetivos de outra natureza os primeiros devem sobrepujar.

De igual sorte se distingue da Revolução Mexicana, capitaneada por Francisco Madero e que eclodiu no fim de 1910, produzindo a queda do Presidente da República Porfírio Díaz em 25 de maio de 1911 e a ascensão dos camponeses liderados ao sul por Emiliano Zapata e ao norte por Pascual Orosco e Francisco "Pancho" Villa, bem como dos operários, dos burgueses e dos anarquistas. "A Revolução transformou-se num emaranhado de forças políticas e sociais, e Madero não conseguiu ter um controle efetivo sobre os vários grupos que se uniram à sua causa. Em todo o país os grupos revolucionários se multiplicaram, principalmente na fronteira norte, desencadeando vários movimentos heterogêneos entre si." (BARBOSA, 2010). Richard Löwenthal sintetiza:

> A Revolução Mexicana de 1910 trouxe a primeira penetração histórica dos pobres do campo na atividade política. Sua posterior consolidação institucional por um grande partido popular fundamentado em uma aliança entre cooperativas rurais que tinham surgido com a reforma agrária revolucionária, os sindicatos dos trabalhadores e os novos estratos de classe média intelectual-burocrática das cidades, ocorreu em nome de um programa que combinava a garantia de mudança regular na chefia do Estado, com a continuação da reforma agrária, o início de um sistema de

> previdência social e um esforço para a integração cultural entre a maioria indígena e a minoria hispânica que governava anteriormente, em uma nova conscientização nacional mexicana.

.

Como um elemento distintivo entre as três Constituições é que as duas últimas foram partejadas no bojo de revoluções sociais, com a assunção parcial e temporária ao poder por grupos de Esquerda, enquanto a brasileira, não.

Conclusão

A imputação à inserção dos Direitos sociais na Constituição de Weimar como causa da erupção do nazismo é desarrazoada, posto olvidar as condições especialíssimas reinantes no contexto em que se deu, como já declinado.

Porém, reacendeu-se esta questão no Brasil em razão da comparação deste estágio governamental legal administrativo anterior à ascensão do nazismo na Alemanha pelo Ministro Celso de Mello, então decano do Supremo Tribunal Federal, que acumula as funções de Corte Constitucional, quando disse que "o ovo da serpente parece estar prestes a eclodir no Brasil". Tal significou que o país vive um processo semelhante ao que viveu a Alemanha pouco antes de Adolf Hitler ascender ao poder por meio de um Partido político legalizado e apoiado por algumas empresas, contando com sufrágio popular e implementar o nazismo (SOUZA, 2020)[5]. Focando-se apenas no gradiente do Direito, perquire-se sobre a possibilidade de se encontrar, na comunidade jurídica nacional de intérpretes, juristas ou membros que possam advogar, interpretar ou aquiescer tacitamente em silêncio eloquente com o exercício de supremacia voluntariosa na edição de atos administrativos governamentais e legislativos, como o é a Medida Provisória, afrontando o conteúdo principiológico dos Direitos Sociais Fundamentais inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesta senda, a repetição em *leitmotiv* de que o posicionamento topográfico na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dos Direitos Sociais Fundamentais também possibilita a ascensão de governos bárbaros de tendência

[5] Correio Brasiliense. Celso de Mello: "é preciso resistir à destruição da ordem democrática". SOUZA, Renato. 31/05/2020. Disponível:< https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/31/interna_politica,859843/celso-de-mello-e-preciso-resistir-a-destruicao-da-ordem-democratica.shtml>. Acesso em: 20/06/2020.

totalitária nos moldes midiáticos nazistas é destinada à vala de mera reverberação de *senso comum,* posto que desprovida de racionalidade cientifica. Como a história tedesca comprova, são os interesses conflitantes de uma elite egoística, que para manter-se rica e no poder conduz teleologicamente a população ignara por meio propagandístico, manipulando medos e crenças infundados, o que possibilita, isso sim, gestar o ovo da serpente, na metáfora de Ingmar Bergman e que, sob o aviso de Ana Arendt e do Ministro Celso de Mello, devemos evitar.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Die Verfassung des Deutschen Reiches ("Weimarer Reichsverfassung")* Constituição alemã de Weimar.

ALMEIDA, Ângela Mendes de. *A República de Weimar e a Ascensão do Nazismo.* 2ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1987.

AUAD, Denise. *Os Direitos Sociais na Constituição de Weimar como Paradigma do Modelo de Proteção Social da Atual Constituição Federal Brasileira.* São Paulo: 2008. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 337 - 355 jan./dez. 2008.

Disponível: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67809>. Acesso em: 13/04 /2020.

BARBOSA, Carlos Alberto Sampaio. *A Revolução Mexicana.* São Paulo: Editora UNESP, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito.* 12ª edição. São Paulo: Atlas. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Mexicana de 1917*. DHnet. Direitos Humanos na Internet. Disponível:<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm> . Acesso em: 20/06/2020.

ELIAS, Norbert. *Os Alemães: A Luta Pelo Poder e A Evolução dos Habitus nos Séculos XIX e XX*. Traduzido por Álvaro Cabral, revisto por Andrea Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. Traduzido de *Studien über die deutschen.*

FERRAZ, João Grinspum. *Ordem e Revolução na República de Weimar*. 2009. Dissertação (Mestrado no PPG de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas). Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-22022010-

115028/publico/JOAO_GRINSPUM_FERRAZ.pdf.>. Acesso em: 21/06/2020.

FRIEDE, Reis. *Que Não se Culpe a Constituição de Weimar!*. Revista de Direito, *[S. l.]*, v. 11, n. 02, p. 146-164, 2020. DOI: 10.32361/201911028812. Disponível em: https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/8812. Acesso em: 13 dez. 2020.

HAYEK, F.A. *O Caminho da Servidão*. Traduzido por Ana Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 6ª edição. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Traduzido de *The Roud to Serfdom*.

LÖWENTHAL, Richard. *A Social-Democracia Alemã: Da Segunda Internacional aos Nossos Dias. Ideias Básicas e Experiências*. Traduzido por Maria Rosinda Ramos da Silva. Capítulo. In: *A Social-Democracia Alemã e o Trabalhismo Inglês*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, IEPES, 1982.

LOUREIRO, Isabel. *A Revolução Alemã, 1918-1923*. São Paulo: editora UNESP, 2005.

MAUS, Ingenborg. *O Judiciário Como Superego Da Sociedade - Sobre O Papel Da Atividade Jurisprudencial Na "Sociedade Órfã". Justiz als gesellschaftliche Über-Ich - Zur Funtion von Rechtsprechung in der 'vaterlosen' Gesellschaft*, *in* Werner Faulstich e Gunter Grimm (orgs.): Sturz der Götter. Frankfurt am Main: Suhkamp, 1989, p. 121-149. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque.

MENNELL, Stephen; DUNNING, Eric. *Prefácio à edição inglesa*. ELIAS, Norbert. *Os Alemães: A Luta Pelo Poder e A Evolução dos Habitus nos Séculos XIX e XX*. Traduzido por Álvaro Cabral, revisto por Andrea Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. Traduzido de *Studien über die deutschen*.

NOGUEIRA André Magalhães. *Centrão*. Fundação Getúlio Vargas 2009 - CPDOC. 2009. Disponível: < http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/centrao>. Acesso em: 13/04/2020.

OLIVEIRA, Mário Márcio. *Fontes de Informações Sobre a Assembleia Nacional Constituinte de 1987*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1983.

RAMOS, Diogo. *Franz Neumann e O Nazismo Como a Destruição do Estado*. Artigo. Florianópolis-Santa Catarina: 2012. Ethic@ - V. 11, n. 3, p. 299 – 327, Dez. 2012. Disponível: < https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/download/1677-… · Arquivo PDF>. Acesso em: 13/04/2020.

SANTOS Rogério Dultra dos. *O Conceito de Totalitarismo em Azevedo Amaral*. Capítulo. In *TEMAS DE HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: Anais do II Seminário Internacional de História e Direito*. Siddharta Legale Ferreira, Edson Alvisi, Gilvan Luiz Hansen (Organizadores). Niterói: Editora Light, 2013.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição.* Traduzido por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Traduzido de *Der Hüter der Verfassung.*

SOUZA, Renato. *Correio Brasiliense*, Brasília, 31 maio 2020. Disponível: < *https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/31/interna_politica, 859843/celso-de-mello-e-preciso-resistir-a-destruicao-da-ordem-democratica.shtml*>. *Acesso em: 20/06/2020.*

JUSTIÇA DO TRABALHO NO SÉCULO XXI:
obstáculos e desafios para a garantia jurisdicional dos direitos sociais

Malu Medeiros Cortasio
Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela UCAM; Pós-graduanda em Direito Processual Contemporâneo pela UFRRJ-ITR; Assessora jurídica no MP-RJ; Graduada em Direito pela UFRRJ-ITR

Renata da Silva Santos
Graduada em Gestão de Recursos Humanos pelo CESVA; Graduanda em Direito pela UFRRJ-ITR; servidora pública do TRT 1ª Região.

Thais Miranda de Oliveira
Doutora em Direito PPGSD, da UFF; Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora; Mestre em Direito pela Universidade Vale do Rio Verde. Professora Adjunta de Direito e Processo do Trabalho da UFRRJ-ITR; Advogada.

INTRODUÇÃO

A Justiça do Trabalho revela-se um importante vetor de promoção do acesso à justiça, eis que proporciona o alcance de caros direitos trazidos pela Constituição Pátria Brasileira, além de contribuir para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Tais apontamentos são identificados desde a exposição de motivos do Decreto que a instituiu, em 1939, segundo o qual a criação da Justiça do Trabalho estaria pautada na necessidade de um processo ditado pela oralidade, pela concentração e pela simplicidade, bem como, na premência de uma reação à lentidão, a complexidade e ao formalismo do processo comum.

Com base nessas premissas, a Consolidação das Leis do Trabalho foi editada em 1943 e encontra-se ainda vigente, embora, na última década, o diploma legal venha sofrendo inúmeras alterações.

Inegavelmente a transposição do Direito ao Trabalho pela Constituição de 1988 (CF/88) do capítulo Ordem Econômica para o capítulo de Direitos Fundamentais e para o rol de fundamentos da República Federativa do Brasil revela uma mudança de paradigma do Direito do Trabalho no país, que passou a

ser considerado elemento para dignidade humana, esta invocada na CF/88 e nos diplomas internacionais.

Não obstante essas conquistas, nas últimas décadas tem-se procurado legislativamente reduzir a atuação da Justiça do Trabalho, sob a justificativa de necessária "modernização" do Direito do Trabalho, privilegiando a liberdade de negociação e a não intervenção estatal.

No campo do direito material, a flexibilização de direitos, tais como, terceirização da atividade fim e trabalho intermitente, ilustram a influência do sistema político-econômico no cenário laboral. No campo processual, entre outras medidas, tem-se a desnaturação do instituto da gratuidade de justiça, tornando o processo custoso ao trabalhador visando desestimular a judicialização.

Nesse contexto, objetiva-se investigar os impactos gerados pelo liberalismo econômico na atuação da Justiça do Trabalho no Brasil e identificar quais perspectivas futuras a esperam.

Desafios do Judiciário Brasileiro para a garantia dos Direitos Sociais

A Justiça do Trabalho, conforme a exposição de motivos do decreto que a instituiu, Decreto 1.237 de 02 de maio de 1939, surgiu como uma reação "contra a lentidão, a complexidade e o formalismo do processo comum", bem como da necessidade de criação de um processo ditado pela oralidade, pela concentração e pela simplicidade.

Nas lições de Valdete Souto Severo[1], o pressuposto da Justiça do Trabalho é justamente a facilitação do acesso à justiça àqueles que não tem espaço para deduzir suas pretensões na chamada "justiça comum".

Destarte, sendo certo que o processo deve guardar adequação com a natureza dos direitos que nele se controvertem, e sendo as controvérsias e conflitos trabalhistas intrinsecamente distintos das controvérsias comuns, é

[1] SOUTO MAIOR, Jorge Luiz e SEVERO, Valdete Souto. *Resistência: Aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. 1ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Expressão popular, 2017, pp. 480 e 501-502.

indispensável a existência de um direito processual que, atento a essa finalidade, seja adequado à natureza e caracteres daqueles.[2]

A Constituição Federal de 1988, que constitui a bússola do ordenamento jurídico e teve grande relevância na leitura das relações jurídicas privadas.

A Carta Maior elencou como fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho, consoante o disposto no seu art. 1º, IV. Ademais, o constituinte originário dedicou um capítulo específico para tratar dos direitos dos trabalhadores rurais e urbanos no art. 7º da CRFB/88.

Dessa forma o constituinte originário dedicou diversos dispositivos para traçar o patamar mínimo a ser observado quando da edição dos demais diplomas normativos no tocante aos direitos dos trabalhadores.

Na esfera infraconstitucional, a principal fonte normativa dos direitos trabalhistas é o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT), que desde sua edição vem sendo interpretado pela doutrina, bem como pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Diferentemente do que ocorre no Direito Comum, onde a hierarquia das leis está estruturada de acordo com a pirâmide kelseniana, segundo a qual o vértice é ocupado pela Constituição Federal e que dá fundamento de validade para todas as outras leis, no Direito Laboral o vértice da pirâmide será ocupado pela norma mais vantajosa ao trabalhador.

Trata-se de uma interpretação de todo o sistema jurídico trabalhista sob o viés protetivo, visando atender aos anseios idealizados pelo legislador constitucional, desse modo, nasce o principal alicerce do Direito do Trabalho, o princípio da proteção, que visa equilibrar a relação frente à disparidade existente entre empregado e empregador, sobretudo, no aspecto econômico.

Esse cenário perdurou até a 13 de julho de 2017, quando foi aprovada a Lei 13.467/2017, denominada Reforma trabalhista, que, apesar de vender uma proposta de modernização e aprimoramento, trazendo uma valorização das negociações coletivas, uma maior flexibilidade no processo de contratação de trabalhadores, acabou por precarizar relações de emprego, desprotegendo o

[2] PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho*. Revisão técnica de Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 1997. p. 51.

trabalhador, além de desregulamentar situações, por nítida convicção política e ideológica.

Mauricio Godinho pontua que a Lei da Reforma trabalhista traz uma direção completamente oposta à arquitetada há quase três décadas antes de sua aprovação, destoando da constituição pátria.

Apesar de o governo dizer que o objetivo da reforma era combater o desemprego e a crise econômica no país, o que de fato ocorreu foi uma flexibilização de direitos, modificações realizadas no instituto da gratuidade de justiça, que acabou por desestimular o trabalhador a demandar em prol dos seus direitos, demonstrando uma triste realidade diante das conquistas já realizadas.

Além disso, temos tido muitas alterações das formas de realizar o trabalho, que não foram regulamentadas e com isso há uma necessidade de uma nova leitura dos pressupostos da relação de emprego, ou seja, analisar os elementos da relação à luz das circunstâncias que a permeiam, de forma profunda, a fim de não excluir determinados grupos de trabalhadores do sistema de proteção trabalhista

Diante dessas relações modernas e ainda pendentes de regulamentação, já que o legislativo se mantém inerte sobre alguns assuntos, a justiça do trabalho tem um papel muito importante nesse contexto, a fim de interpretar a lei de forma a melhor solucionar o caso, diante do vácuo legislativo.

Entretanto, o Judiciário mesmo ciente das inovações e do crescente emprego de mecanismos tecnológicos no controle das relações de emprego, permanece utilizando a concepção de relação clássica industrial como parâmetro para verificação dos elementos dessa relação, que se frise, possui traços distintivos da relação desenvolvida dentro do ambiente industrial.

Essa dificuldade pode ser observada, por exemplo, no caso dos motoristas por aplicativo, como se nota na decisão unânime 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, publicada no dia 11/09/2020, que negou provimento a agravo de instrumento em recurso de revista interposto por um motorista da Uber contra acórdão do TRT-3 (MG).

Na ocasião o TST entendeu que o trabalho prestado com a utilização de plataforma tecnológica de gestão de oferta de motoristas-usuários e demanda de clientes-usuários não se dá para a plataforma e não atende aos elementos

configuradores da relação de emprego previstos na CLT. Assim, para a Corte Trabalhista, não existe relação de emprego entre o motorista profissional e a desenvolvedora de aplicativo.

Sobre a temática, importa salientar alguns traços distintivos entre os elementos da relação de emprego nas relações clássicas industriais e as relações da pós modernidade.

Se por um lado a concepção industrial pressupõe a realização de trabalho predominantemente ou exclusivamente em ambiente interno, por outro, as relações modernas se desenvolvem predominantemente no ambiente externo.

Da mesma forma, o controle de jornada, na relação industrial se dá por marcação de ponto e com jornada pré-definida, por sua vez, nas relações modernas o controle se dá por produtividade x demanda de trabalho e até mesmo por algoritmo.

Um terceiro traço distintivo é a transferência dos custos com os meios de produção para o trabalhador, que na relação industrial é um encargo do empregador e nas relações modernas, em alguns casos são totalmente repassados ao trabalhador.

Quanto a esse terceiro traço distintivo é importante ressaltar o reflexo direto na autonomia do trabalhador, uma vez que, no momento em que esse trabalhador absorve os custos de produção, seja através do aluguel de carro, moto ou qualquer outra ferramenta de trabalho, ele atrai para si a obrigação de trabalhar mais, logo, se antes ele trabalhava para obter rendimentos, agora ele também precisa trabalhar para cobrir os custos de produção.

Nesse cenário, o principal desafio que se coloca para a Justiça do Trabalho é no sentido de superar essa visão clássica industrial, compreender que nesse momento emerge uma forma de exploração de mão de obra que é diferente da exploração de mão de obra industrial, mas que possui o mesmo objetivo, que é a mais valia.

Como se nota, estamos diante de uma relação capitalista sim e, ao que nos parece, uma relação de mais valia até mais grave do que a clássica, porque além de explorar a mão de obra, ainda transfere os custos da produção para o trabalhador, nesse raciocínio a empresa lucra duas vezes, porque além de não ter

custos com o empregado, encargos trabalhistas e previdenciários, ela também não tem custos com os meios de produção.

O trabalhador por outro lado, além de não ter nenhuma proteção, ainda absorve os custos com os meios de produção, dessa forma, a autonomia do trabalhador fica bastante comprometida, vez que este, já inicia o mês sabendo do custo com os meios de produção que precisa cobrir e, dessa forma, se obriga a passar mais horas conectado na plataforma e trabalhar mais.

Considerações finais

Nesse cenário, o principal desafio que se coloca para a Justiça do Trabalho é o superar a interpretação clássica industrial criada por ela mesma e compreender que nesse momento emerge uma forma de exploração de mão de obra que é diferente da exploração de mão de obra industrial, mas que possui o mesmo objetivo, que é a mais valia.

Diante do exposto, cientes da inércia do Poder Legislativo, espera-se que a Justiça do Trabalho, em conjunto com o Ministério Público do Trabalho, assuma o protagonismo dessa mudança de paradigma e até mesmo impulsione a regulamentação da matéria.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Editora Almedina, 1998.

CAPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____ e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco, Teoria Geral do Direito. Tradução de Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Livraria e Editora Jurídica Senador, 2000.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de novo Código de Processo Civil: Breves Considerações acerca dos artigos 1 a 12 do PLS 166/10*. Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. VI.

DIDIER JR., *Três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo. Vol. 198. Agosto de 2011, Ano 36. São Paulo. RT.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi-Ramia, CAMARA, Alexandre Freitas. *O Processo como "Comunidade de Trabalho" e o Princípio da Cooperação*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 70, p. 63-75, set-out. 2015.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: RT, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo Constitucional em Marcha. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda, 1985.

_____ . O Processo em sua unidade – II. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____ . Novas Tendências do Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____ . O Processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. V.1 4ªed. revista e atualizada.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO JÚNIOR, Adolpho C. de Andrade. *Processo judicial e efetividade da função – algumas reflexões.* Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dee66654-436f-4e8e-a767-d7e29c869bb3&groupId=10136>. Acesso em: 20.mai.20.

MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1988.

OLIVEIRA, Rui Barbosa de. Oração aos moços. Discurso de paraninfo da turma de Direito de 1920 da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Largo do São Francisco. São Paulo. mar de 1921.

OLIVEIRA. Thais Miranda de. Negócio Jurídico Processual. In: *Direito Processual em Movimento*. GAIO JUNIOR. Antônio Pereira. (Org.), Vol.VI, Curitiba: CRV, 2016: p. 163.

SCHIAVI, Mauro. *Nova leitura dos princípios do direito processual do trabalho*. Disponível em: < https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5779/1/Mauro%20Schiavi.pdf>. Acesso em: 20.mai.20.

TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos da lealdade processual.* Revista de Processo. Vol. 177, p. 153. Nov.2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA E OS ACORDOS EXTRAJUDICAIS:
discursos, essências e contradições

Carolina Pereira Lins Mesquita
Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ/FND),
Rio de Janeiro, Brasil.
clinsmesquita@direito.ufrj.com

Fernanda Pereira Esteves
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ/FND),
Rio de Janeiro, Brasil.
fe.esteves@hotmail.com

Resumo: O objetivo geral desta pesquisa consiste na análise das tensões entre o tempo presente juslaboral brasileiro (marcado pela reforma trabalhista) e os acordos extrajudiciais trabalhistas em contraste com a concepção de acesso integral à justiça, a efetividade das normas trabalhistas e o princípio da irrenunciabilidade de direitos. Os objetivos específicos, conforme plano de estruturação de tópicos, são: *i)* realizar uma abordagem do tempo presente juslaboral brasileiro, lançando notas relacionais sobre a reforma trabalhista, o acesso à justiça, a efetividade das normas trabalhistas e o princípio da irrenunciabilidade de direitos, e; *ii)* apresentar a análise dos treze primeiros acordos extrajudiciais distribuídos à 58ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, a fim de averiguar como os atores jurisdicionais têm se comportado diante do instituto. Sem pretensões de generalizações, este *paper,* estruturado em duas partes, conta com pesquisa bibliografia e empírica, especialmente, análise documental. Os resultados apontam a utilização dos acordos como mecanismo de fraude à legislação trabalhista, mediante quitações gerais de contratos de trabalho e com pagamento de valores ínfimos aos trabalhadores, tudo isto com o crivo da Justiça do Trabalho e na contramão da concepção de instrumentalidade do processo, da diretriz do princípio da irrenunciabilidade de direitos e da acepção de acesso à justiça integral. Por via oblíqua e em sentido latente, este trabalho lança luzes para a distância entre o direito escrito (normatizado e afirmado pela doutrina) e aquele praticado pela Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Reforma trabalhista brasileira; Acesso à justiça integral; Acordo extrajudicial (jurisdição voluntária).

INTRODUÇÃO

O cenário trabalhista brasileiro foi fortemente impactado pela chamada "Reforma Trabalhista" (Lei nº 13.467/2017), que modificou mais de 100 artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com subtração de direitos. O projeto de lei (PL nº 38/2017) que lhe deu origem foi aprovado em tempo recorde sob muitas críticas, inclusive quanto à ausência de diálogo social no processo legislativo, considerando as diversas mudanças estruturais implementadas. As alterações foram direcionadas à desestruturação do direito material do trabalho, em seu aspecto individual e coletivo, do direito processual do trabalho, além do esvaziamento das instituições trabalhistas (*e.g.*, Justiça do Trabalho, sindicatos e Ministério do Trabalho, este que acabou sendo extinto em janeiro de 2019[1]).

Dentre as diversas mudanças na CLT destaca-se a previsão de que acordos extrajudiciais poderão ser homologados pelas Varas do Trabalho (art. 652, "f", da CLT). Até então, tal instituto, oriundo do direito civil, não era aplicável às relações de trabalho no Brasil, muito embora a práxis trabalhistas apontassem a existência de lides simuladas e de acordos fraudulentos homologados pela Justiça, inclusive, em prejuízo do trabalhador, de terceiros e do próprio Estado.

A moderna concepção de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988; CAPPELLETTI, 1994), dentro de uma lógica tridimensional do direito (que considera não só a norma jurídica, mas os fatos e os valores, cf. REALE, 1984; 1994; 2009; LAFER, 2010), possibilita o estudo da ciência processual de forma contextualizada e interdisciplinar, conjugada com a antropologia e a sociologia. De acordo com Veronese (1997), este modo de abordagem propicia uma melhor reflexão sobre a expansão e complexidade dos novos litígios para, a partir daí, buscar alternativas de solução dos conflitos, com o fim de realização dos direitos materiais correlatos.

Deste modo, o objetivo geral desta pesquisa consiste na análise das tensões entre o tempo presente juslaboral brasileiro (marcado pela reforma trabalhista) e os acordos extrajudiciais trabalhistas em contraste com a acepção do acesso integral à justiça, a efetividade das normas trabalhistas e o princípio da irrenunciabilidade de direitos.

[1] O Ministério do Trabalho, órgão até então vinculado ao Poder Executivo, foi extinto pela Medida Provisória n. 870 de 1º de janeiro de 2019, posteriormente, convertida na Lei n. 13.844/2019.

Neste *paper*, nossos objetivos específicos, conforme estruturação do plano de ordenação dos tópicos, são: 1) realizar uma abordagem do tempo presente juslaboral brasileiro, lançando algumas notas relacionais sobre a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017), o acesso à justiça, a efetividade das normas trabalhistas e o princípio da irrenunciabilidade de direitos; 2) apresentar a análise dos treze primeiros acordos extrajudiciais distribuídos à 58ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, no período de fevereiro a junho de 2018, a fim de averiguar como os atores jurisdicionais têm se comportado diante do instituto.

Embora os acordos extrajudiciais submetidos à homologação da Justiça do Trabalho brasileira não sejam, tecnicamente, "conflitos", haja vista a sua caracterização doutrinária (e jurídica) como jurisdição voluntária (e não contenciosa), impossível abstrair do pressuposto de que a relação entre capital e trabalho é ontologicamente conflituosa, embora possa haver certos momentos de "pacificação".

A pesquisa em tela não se caracteriza como estudo interdisciplinar, não obstante conte com dados empíricos coletados pela segunda autora sob a orientação da primeira, durante a sua monografia de conclusão de curso (ESTEVES, 2019). Segundo Lima e Baptista (2014, p. 2), "a pesquisa empírica pressupõe justamente o direcionamento para o contexto fático".

Esta contribuição desvenda os bastidores de homologações de treze acordos extrajudiciais distribuídos à 58ª Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro, RJ), tendo por recorte a análise do modo pelo qual os operadores do direito, especialmente os magistrados, comportaram-se diante deste novo instituto. Sem pretensão de generalizações, acreditamos que esta análise possa servir como norte para outras catalogações e para uma abordagem interdisciplinar dos acordos extrajudiciais trabalhistas.

Mais além. Por via oblíqua e em sentido latente, este trabalho lança luzes para a distância entre o direito escrito (legislado, normatizado e afirmado pela doutrina) e aquele praticado pela Justiça do Trabalho.

O artigo é estruturado em duas partes e conta com pesquisa bibliografia e empírica, além de análise documental.

2 O TEMPO PRESENTE JUSLABORAL BRASILEIRO: algumas notas relacionais sobre a reforma trabalhista, o acesso à justiça integral, a irrenunciabilidade de direitos e a efetividade das normas trabalhistas

Os principais argumentos propostos pelos favoráveis à reforma trabalhista (Lei n. 13.746/2017) foram a "modernização das leis do trabalho", sob críticas à sua "rigidez" e a possibilidade de criação de novos postos de emprego. Na exposição de motivos do PL 6787/2016, de autoria do Deputado Federal Ronaldo Nogueira de Oliveira (PTB-RS), antes de receber 883 emendas e ser convertido na Lei n. 13.746/2017, são adotadas as seguintes expressões: *i)* "Aprimorar as relações do trabalho no Brasil"; *ii)* "Valorização da negociação coletiva"; *iii)* "Atualizar os mecanismos de combate à informalidade"; *iv)* "Atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974" (lei do trabalho temporário); *v)* "Amadurecimento das relações entre capital e trabalho"; *vi)* "Segurança jurídica das normas negociadas coletivamente" e; *vii)* "Maior flexibilidade no processo de contratação".

Em essência, trata-se, portanto, da antiga polarização entre direito ao trabalho ou direito do trabalho, como se a supressão deste propiciasse o aumento dos postos de trabalho, generalizando as oportunidades de ocupação, ainda que sem assegurar direitos fundamentais trabalhistas básicos.

Neste contexto, os discursos de desregulamentação e de flexibilização trabalhistas ganham hegemonia, inclusive normativa, de forma a implementar a diretriz neoliberal de abstinência estatal na intervenção nas relações de trabalho, bem como deixando tais regulamentações à mercê das regras do mercado e da autonomia privada das partes, seja coletiva ou individual. Em perspectiva mais ampla, significa a ruptura com projeto de democracia e de Estado de Bem-Estar Social na forma como fora delineado pela Constituição Federal de 1988.

Conforme Süssekind *et. al.*:

> A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada individual ou coletiva regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade (SÜSSEKIND *et. al.*, 1997, p. 211).

Souto Maior (2000, p. 139), por seu turno, sustenta que tanto a flexibilização quanto à desregulamentação, apesar de serem situações diversas, fundam-se na mesma ideia, porquanto ambas são "apoiadas no pressuposto da necessidade de alteração das relações de trabalho, para fins de satisfação do interesse econômico".

Em síntese, a Lei nº 13.467/2017 consubstancia-se em verdadeira colcha de retalhos das pautas dos diversos segmentos empresariais; representa o retorno a uma liberdade contratual fundada em falsa premissa de igualdade das partes; implica a desestruturação do Direito do Trabalho, bem como corrosão de seu sentido teleológico e de seus *princípios normativos estruturantes*.[2]

Dentre as alterações realizadas pela Lei n. 13.467/2017 direcionadas ao direito processual do trabalho, podemos citar: *i)* a competência da Justiça do Trabalho para homologar acordos extrajudiciais (jurisdição voluntária); *ii)* a possibilidade de pactuação de cláusula compromissória de arbitragem (resolução extrajudicial de conflitos), por iniciativa do empregado que percebe remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecidos para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não obstante a vedação legal da via arbitral para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais indisponíveis (art. 1º, Lei nº 9.307/96)[3]; *iii)* teto para custas da fase de conhecimento, fixadas em quatro vezes o teto do Regime Geral de Previdência Social; *iv)* restrição na concessão de gratuidade de justiça ao trabalhador; *v)* previsão de obrigação de pagamento de honorários periciais pela parte sucumbente do objeto da perícia, ainda que beneficiário da justiça gratuita; *vi)* a previsão de obrigação de pagamento de honorários advocatícios, mesmo que o trabalhador seja beneficiário da gratuidade da justiça e com possibilidade de resgate de créditos em processo judicial distinto; *vii)* criação de rombos jurídicos para as fraudes, como, por exemplo, pela restrição do conceito de grupo econômico, pela previsão de que o sócio retirante somente responde solidariamente caso comprovada a fraude; *viii)* além da possibilidade de prescrição intercorrente no prazo de dois anos.[4]

---

[2] Sobre a expressão "princípios normativos estruturantes", vide Mesquita (2012).

[3] Antes da aprovação da Lei nº 13.467/2017, o Tribunal Superior do Trabalho já havia se manifestado, no julgamento do Recurso de Revista nº 79500-61.2006.5.05.0028, que a arbitragem não se compatibiliza com o direito individual do trabalho, diante da restrição legal desta via extrajudicial aos "direitos patrimoniais disponíveis".

[4] O Tribunal Superior do Trabalho, desde 2003, possuía entendimento sumular no sentido de ser inaplicável a prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho (cf. Súmula 114).

As alterações relativas às restrições à concessão da gratuidade de justiça ao trabalhador estão sendo questionadas no Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5766. Esta ação, ainda em tramitação em agosto de 2020, contudo, já conta com o voto do Ministro Relator Roberto Barroso, com provimento parcialmente procedente, para fixar a seguinte tese jurídica:

> 1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento. (STF. ADI nº 5766. Voto do Ministro Relator Roberto Barroso. 10.05.2018 [com julgamento suspenso].

Mas não é só. A Justiça do Trabalho foi engessada em sua atividade hermenêutica de novos fatos sociais, na medida em que o art. 8º, §2º, da CLT, passa a prever que: "Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei". Além disso, foi estabelecido rito complexo e quórum qualificado para a alteração e edição de novas Súmulas (art. 702/CLT), o que afeta, inclusive, as suas adequações ao teor das recentes alterações normativas, aumentando ainda mais a insegurança jurídica; além de acrescer as possibilidades de interposição de recursos e, em última análise, fomentar a morosidade da justiça. Esta última matéria também está sendo objeto de questionamento do STF, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 62.

Ora, a concessão de direitos econômicos e sociais em sede constitucional tornou o acesso à Justiça um direito essencial à efetivação de outros direitos (ALMEIDA, 2003, p. 21). Conforme Cappelletti (1994), o acesso à justiça em sua moderna significação, repudia o formalismo jurídico, enquanto sistema que identifica o direito sob a perspectiva exclusivamente normativa; preconiza a inserção de outros componentes reais (*e.g.*, sujeitos, instituições e processos) sem desprezar a realidade e o contexto social; além de transmutar uma concepção

unidimensional (formalismo jurídico), para uma concepção tridimensional do direito (abarcando normas, fatos e valores).

Assim, acesso à justiça em um sentido integral consubstancia-se não só na garantia universal de que a via judiciária está franqueada para defesa de todo e qualquer direito, independentemente de capacidades econômicas (NALINI, s/a), mas em um "caráter mais consentâneo, não apenas com a teoria dos direitos fundamentais, mas, também, com os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo" (LEITE, 2011, p. 145).

Por esta razão, Leite expõe:

> No sentido integral, acesso à justiça significa também acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos e composição de conflitos, pois o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. Trata-se da participação de todos na gestão do bem comum por meio do processo, criando o chamado "paradigma da cidadania responsável". Responsável pela sua história, a do país, a da coletividade. Nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo instituinte de tomar a palavra, e ser escutado. É necessário, portanto, que também a jurisdição seja pensada com vários escopos, possibilitando o surgir do processo como instrumento de realização do poder que tem vários fins (LEITE, 2011, p. 147).

Desta maneira, Bedaque (2009 *apud* LEITE, 2011) apresenta uma concepção axiológica do processo, como instrumento de garantia de direitos: o "'processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra [...]. Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária 'identidade ideológica entre o processo e direito substancial', permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos".

Apesar das normas jurídico-trabalhistas incidirem sobre relações jurídicas privadas (estabelecidas entre empregado e empregador), elas são, em sua grande maioria, imperativas, obrigatórias, indisponíveis e marcadas pelo signo de ordem pública (*jus cogens*). A teleologia destes atributos normativos é de restringir a autonomia da vontade privada, em nome de interesse social maior: a tutela do trabalhador, a fim de garantir-lhe direitos fundamentais mínimos e de reequilibrar a relação estabelecida entre as partes contratuais trabalhistas. Nesse sentido, a imperatividade e a indisponibilidade das normas juslaborais atuam na guarita do nível de proteção abaixo do qual é inadmitido o trabalho humano com dignidade,

ganhando destaque o princípio da irrenunciabilidade ou indisponibilidade[5] de direitos (arts. 9º[6], 444[7], 468[8] da CLT).

Se, como regra, no direito comum verifica-se a presença do princípio da renunciabilidade, "como uma qualidade intrínseca ao direito subjetivo conjuntamente com a faculdade de gozo" (SILVA, 1999, p. 122); no direito do trabalho, observa-se a vigência do princípio oposto, o da irrenunciabilidade, isto é: "a impossibilidade de o trabalhador se privar dos direitos ou vantagens estabelecidos em proveito próprio, o que consiste em uma verdadeira limitação à sua autonomia da vontade, mormente em face de sua inquestionável hipossuficiência" (Mesquita, 2012, p. 185).

Já mencionamos (Mesquita, 2012, p. 185) que: "o princípio da irrenunciabilidade importa na exclusão da possibilidade de o trabalhador abdicar voluntariamente, de maneira válida e eficaz, de seus direitos normativamente estabelecidos, na fase pré-contratual, na fase de celebração do contrato, ao longo de sua vigência e após sua cessação (inclusive durante o processo judicial trabalhista)".

Apropriamos de reflexão de outrora:

> Em se considerando a renúncia efetuada após o término do contrato de trabalho, embora o vínculo e, consequentemente a subordinação jurídica, já estejam rompidos, deve-se examinar se houve ou não coação por parte do empregador, posto que em muitos casos persiste e, até mesmo, agrava o estado de inferioridade e dependência econômica do trabalhador. Ora, estas circunstâncias são fortes elementos a implicar a renúncia por parte do trabalhador a alguns de seus direitos, sobretudo para receber imediatamente outros que

[5] Para Delgado (2001, p. 47-8), o epíteto da irrenunciabilidade não lhe parece adequado para revelar a amplitude deste princípio, porquanto a renúncia é ato unilateral e o princípio em estudo abrange também os atos bilaterais de disposição de direitos que impliquem prejuízo ao trabalhador (transação). Para o autor, melhor seria a utilização do designativo "indisponibilidade" dos direitos trabalhistas.

[6] Dispõe o art. 9º, da CLT: "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

[7] Dispõe o art. 444, da CLT: "As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes".

[8] Dispõe o art. 468, da CLT: "Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia".

lhes são devidos. Também nessas hipóteses a renúncia deverá ser considerada nula. (Mesquita, 2012, p. 185-186).

Já no que se refere à transação e à renúncia perante a Justiça do Trabalho (amplamente praticadas e fomentadas pelo Judiciário Trabalhista, por meio da "conciliação judicial")[9], contam com a interveniência do juiz e costumam versar sobre pedidos objetos do processo judicial ou sobre todos os créditos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho (hipótese prática mais comum). Referida conciliação, contudo, seja na fase de conhecimento e, especialmente, na fase da execução do processo trabalhista, deve ser *a priori* refutada e apreciada com cautela.

Se, por certo, a conciliação é ótima para o advogado (que não precisa recorrer), para o juiz (que não precisa sentenciar e respeita às estatísticas para fins de promoção) e para o empregador-reclamado (que pagará menos e de forma parcelada), o mesmo raciocínio não é verdadeiro para o empregado. Sem dúvida o credor trabalhista vai receber mais rápido os seus direitos quando "concilia" (sem as notórias delongas processuais), entretanto, apenas parte deles. E a parte transacionada (a maior parte das vezes, renunciada) é motivada pela necessidade e urgência de o trabalhador de perceber os seus créditos e atender suas necessidades vitais básicas materiais.

São emblemáticos os dados e a perspectiva: a Justiça do Trabalho tem se sucumbido à diretriz da produtividade capitalista, em detrimento da efetividade de direitos fundamentais trabalhistas. Conforme notícia divulgada no sítio do CSTJ:

> **Produtividade**
>
> Juntos, o primeiro e o segundo grau julgaram 4.622.521 processos no ano passado. Segundo o Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus), que reúne, em um único valor, a produtividade e a eficiência de cada tribunal, a Justiça do Trabalho apresentou ótimos índices.
>
> Cinco tribunais (TRTs da 2ª, da 15ª, da 11ª, da 18ª e da 22ª Regiões) alcançaram 100% no IPC-Jus do primeiro grau. Outros 14 apresentaram índices acima de 80%. No segundo grau, sete tribunais atingiram 100% no índice: 3ª, 6ª, 8ª, 13ª, 15ª, 18ª e 24ª Regiões.
>
> No IPC-Jus, são levados em consideração a taxa de congestionamento, a produtividade de servidores e magistrados e a despesa total do tribunal.
>
> O índice de produtividade que considera o número de magistrados coloca São Paulo na liderança do ranking: cada magistrado julgou 1.601 processos

[9] Os CEJUSCs são órgãos que objetivam auxiliar a Justiça do Trabalho atuando nas ações judiciais em tramitação.

> no TRT da 2ª Região e 1.535 processos no TRT da 15ª Região. Em seguida, vêm os juízes da 3ª Região (MG), com 1.411, e da 1ª Região (RJ), com 1.333.
>
> Na Justiça do Trabalho, os servidores também aumentaram a produtividade deles em 8,8%, com uma média de 561 processos em 2017. Também nesse indicador, SP liderou o ranking. (CSJT, 2019).

Importante recordar o caráter alimentar das parcelas trabalhistas e o fato de que, na maioria das vezes, o trabalhador-autor encontra-se desempregado quando da propositura da ação judicial, o que potencializa a sua necessidade de recebimento das verbas e macula a livre manifestação da vontade na escolha do conteúdo conciliado.

Demais disto, a Emenda Constitucional n. 45 alterou a lógica do Judiciário Trabalhista, determinando que a Justiça do Trabalho, que era competente para "conciliar e julgar", deve, a partir de 2003, "processar e julgar", rompendo (ao menos normativamente), com a vinculação histórica da Justiça do Trabalho ao Poder Executivo (e não ao Judiciário). Não obstante, na contramão da EC n. 45, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), por meio da Resolução n. 174/2016, instituiu um plano nacional de estímulo à conciliação, no qual determina que todos os Tribunais Regionais do Trabalho criem estruturas físicas para a realização de audiências de conciliação e mediação, além de Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de disputas (CEJUSCs)[10], fomentando a celebração de acordos também no segundo grau de jurisdição.

Em síntese, coadunando com as diretrizes do direito material do trabalho e seus princípios normativo-estruturantes, com a exceção da conciliação judicial ou homologatória que versem sobre parcelas envoltas pela *res dubia* (principalmente quando sobre elas recai o ônus probatório do trabalhador), deve ser questionada e repelida a aclamada conciliação ou homologação judicial, essencialmente sob os auspícios do princípio da irrenunciabilidade de direitos fundamentais trabalhistas.

Não é demais mencionar que, não obstante o Brasil tenha ratificado a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho[11], por meio do

[10] A Justiça do Trabalho, prevista a primeira vez na Constituição de 1934, somente foi integrada ao Poder Judiciário pela Constituição de 1946 (cf. art. 94, V).

[11] A Convenção nº 158 da OIT estabelece a obrigatoriedade de motivação da dispensa do empregado pelo empregador, o que afasta a possibilidade de denúncia vazia ou dispensa desmotivada, criando a figura da dispensa motivada, mas sem juta causa. Conforme art. 13 da Convenção nº 158, términos da relação de trabalho devem ser fundados em motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

Decreto 2.100/1996, o então presidente Fernando Henrique Cardoso formalizou a denúncia da norma internacional, tornando público que deixaria de ser cumprida no Brasil a partir de novembro de 1997. Embora a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (CONTAG) tenha interposto a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1625 em 2003, questionando a validade formal da denúncia, até agosto de 2020 o julgamento desta ação ainda não foi finalizado. Diante deste quadro, o trabalhador brasileiro não está protegido contra a dispensa arbitrária (ou desmotivada), não obstante o teor do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988[12].

Sem a necessária proteção contra a dispensa arbitrária, com o contrato de emprego em curso, apresenta-se vantajoso para o empregador descumprir as normas trabalhistas, porquanto, sob a sombra do desemprego e com a incidência da prescrição, raros são os casos de ingresso do empregado na Justiça do Trabalho pleiteando por seus direitos. Conforme Álvares da Silva (2009, p. 22), "sem esta estabilidade, a proteção ao trabalhador não pode ser plenamente alcançada pela via judicial", demonstrando o cotidiano da Justiça do Trabalho que quem reclama é o desempregado, o demitido.

Neste mote, Cardoso e Lage constatam que:

> Entretanto, se aceitarmos, em caráter provisório, que o direito do trabalho define um subsistema de relações sociais modelado por expectativas de ação referenciadas pela própria norma jurídica e sua operação, então, em modelos legislados, a legitimidade da norma trabalhista é aspecto estruturante das ações recíprocas de capital e trabalho. É pelo fato de os trabalhadores terem expectativas normativas quanto à obediência dos capitalistas e vice-versa, expectativas que têm que ser confirmadas a cada momento das relações de classe, que o direito se legitima 'como' uma ordem supra individual de deveres, obrigações e recompensas com vigência real no mundo. A consequência lógica é o fato de que a negação sistemática daquelas expectativas normativas quer dizer, ao mesmo tempo, que o direito deixou de estruturar as relações de classe e que a ordem legal perdeu legitimidade. (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 18).

É neste contexto que será apresentado o acordo extrajudicial trabalhista regulamentado pela Lei nº 13.467/2017. Conforme dados do Tribunal Superior

[12] Dispõe o art. 7º, inciso I, da CF/88: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...]".

do Trabalho, nos doze meses anteriores à vigência da lei, foram processados 1.742 acordos extrajudiciais; um ano após a reforma, 33,2 mil, o que representa um acréscimo de 1.804%. Destes, quase 80% foram considerados procedentes na íntegra ou em parte (FERNANDES, 2019).

Não obstante a celeridade do processo de homologação dos acordos extrajudiciais e o estímulo para a redução da judicialização de conflitos, podemos apontar como críticas à homologação destes acordos pela Justiça do Trabalho: *i)* o parcelamento de verbas rescisórias na contramão do prazo fixado em lei; *ii)* o fomento a verdadeiras renúncias aos direitos fundamentais trabalhistas; *iii)* os prejuízos ao Estado, por meio da "caracterização" de verbas indenizatórias (e não trabalhistas), o que implica a não incidência de impostos e, *iv)* a quitação geral do contrato empregatício, sem levar em conta o feixe de direitos que lhe é decorrente.

A despeito do entendimento e das críticas aqui esposadas, a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, apreciando e julgando o Recurso de Revista 1000015-96.2018.5.02.0435, em 20 de setembro de 2019 e em acórdão de relatoria do ministro relator Ives Gandra da Silva Martins Filho, manifestou que a atuação da Justiça do Trabalho seria binária, isto é: homologar ou não homologar o acordo. Conforme o relator, não há competência da Justiça do Trabalho para averiguar os requisitos do negócio extrajudicial submetido ao crivo da Justiça do Trabalho, até mesmo no que concerne à validade da manifestação da vontade das partes ou ao conteúdo do acordo.

3 A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA E OS ACORDOS EXTRAJUDICIAS DISTRIBUÍDOS À 58ª VARA DO TRABALHO DA PRIMEIRA REGIÃO

Jurisdição voluntária é "a atividade de natureza jurisdicional exercida em processos cujo objeto seja uma pretensão à integração de um negócio jurídico" (CÂMARA, 2016, p. 25). Assim, a atuação do Poder Judiciário atribui validade e eficácia a um ato extrajudicial praticado pelas partes, ocupando o juiz um papel homologatório, de "administração pública de interesses particulares" (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 186).

Em face da compreensão da instrumentalidade do direito processual, a teleologia das normas de direito material do trabalho, seus princípios normativo-estruturantes (MESQUITA, 2012), contudo, compete ao magistrado atuar com independência, impessoalidade e, especialmente, observando os direitos e

garantias fundamentais dos trabalhadores. Caso contrário, conforme Leite (2017, p. 6), "a Justiça do Trabalho se transformará em mero órgão cartorário homologador de rescisões de contratos de trabalho em substituição aos sindicatos e aos órgãos do Ministério do Trabalho, Ministério Público, Defensoria Pública ou Juiz de Paz, como previam o §§ 1º e 3º do art. 477 da CLT" (dispositivos revogados pela Lei 13.467/2017).

No mesmo sentido, o entendimento de Feliciano:

> Nas ações de homologação, não há, aparentemente, lide entre as partes, mas há questões de interesse público que devem ser observados pelo juiz na decisão proferida. Dentre elas destaca-se: acordos simulados, acordos fraudulentos, acordos temerários e os acordos ruinoso, uma vez que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. (FELICIANO, 2017).

Embora até novembro de 2017, com a publicação da "reforma trabalhista", não houvesse previsão de homologações de acordos extrajudiciais na Justiça do Trabalho, esta prática acontecia em menores proporções, nas chamadas "lides casadas" (1.804% a menos, cf. FERNANDES, 2019), inclusive, em detrimento do interesse do trabalhador, de terceiros e do Estado.

A partir de 2017, com a previsão do art. 855-B e seg. na CLT, as partes, "em petição conjunta", com obrigatória representação por advogados, vedada a representação por advogado comum, e com o efeito de suspensão do prazo prescricional, podem pleitear a homologação de acordos extrajudiciais perante a Justiça do Trabalho.

O artigo art. 855-C da CLT é claro ao dispor que, diante de um acordo extrajudicial, não sofrerá prejuízo o prazo de dez dias para pagamento da rescisão, contados a partir do término do contrato de trabalho, tampouco a multa em caso de mora no valor equivalente ao salário do empregado (cf. art. 477, §§6º e 7º da CLT). Consequentemente, por dedução, não poderá ser objeto do negócio jurídico, as verbas rescisórias, haja vista que elas devem ser pagas no prazo legalmente estabelecido e sem possibilidade de parcelamento.

Contudo, caso elas não tenham sido quitadas no prazo legal e antes da distribuição da ação, deverão necessariamente constar no acordo, lembrando que, na maioria das vezes, não são envolvidas pela *res dubia* e, portanto, não poderão ser objeto de renúncia ou transação. Ademais, caso não previstas no acordo, poderá o juiz incluí-las de ofício, considerando o não cumprimento da obrigação por parte do empregador em momento tempestivo.

Por seu turno, o art. 855-D da CLT estipula o prazo de quinze dias para que o magistrado analise o acordo e, caso entenda necessário, poderá designar audiência antes de proferir a sentença. Aqui, ao estipular o curto prazo e estabelecer a facultatividade da realização de audiência, o legislador revela que um dos objetivos de prever o instituto da jurisdição voluntária na seara trabalhista é "desafogar" a Justiça do Trabalho, bem como conferir celeridade ao rito. Porém, a possibilidade de homologação sem a realização prévia de audiência para a oitiva das partes, pode gerar prejuízos ao trabalhador. Ora, como poderá o juiz averiguar se a transação é válida ou se o trabalhador está ciente das consequências jurídicas da decisão homologatória sem sequer escutar as partes? Neste cenário, entendemos que o recomendável é a realização de audiência, sendo imprescindível que o magistrado exerça papel jurisdicional a fim averiguar as circunstâncias fáticas do contrato de trabalho que culminaram no acordo e em qual contexto este foi pactuado.

Os acordos e conciliações realizados no judiciário possuem natureza jurídica de transação, e, como tal, constituem negócio jurídico bilateral pelo qual os pactuantes, mediante concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas duvidosas (TARTUCE, 2016, p.798-799; e cf. art. 840 do Código Civil). Em consequência, diante do imperativo do princípio da indisponibilidade de direitos, não será válido acordo que caracterize renúncia, tampouco aquele que tenha por objeto parcelas incontroversas.

Além disso, o acordo para ser válido deve observar os requisitos gerais de validade do negócio jurídico, quais sejam: *i*) agentes capazes; *ii*) vontade livre e desembaraçada; *iii*) objeto lícito, determinado ou determinável e; *iv*) forma prescrita por lei ou não vedada por ela.

Em relação às decisões que homologam ou não o acordo, elas têm natureza de sentença e, portanto, deverão ser fundamentadas, além de irrecorríveis (cf. art. 502 do CPC[13] c/c parágrafo único do art. 831 da CLT[14]), o que lhes outorga a qualidade de coisa julgada. Deste modo, o acordo transitará em julgado

[13] Cf. art. 502 do CPC "Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso".

[14] Dispõe o parágrafo único do art. 831 da CLT: "No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas".

na data de sua homologação, sendo a ação rescisória a única via para a sua desconstituição (Súmula 259 do TST)[15].

Na hipótese da sentença que denega a homologação, as partes não poderão impetrar mandado de segurança, pois não há direito líquido e certo, consubstanciando-se em faculdade do juiz homologar ou não o acordo (cf. Súmula 418 do TST)[16]. Em caso de homologação parcial, abre-se espaço para a interposição de recursos, haja vista o interesse e a legitimidade das partes para recorrer. Em ambos os casos, a única alternativa das partes é a interposição de recurso ordinário para instância superior.

Apresentados, em linhas gerais, os acordos extrajudiciais como delimitado na lei e na doutrina, passamos, então, à análise dos treze primeiros acordos extrajudiciais distribuídos de fevereiro a junho de 2018, à quinquagésima oitava Vara do Trabalho da 1ª Região, após a implementação da reforma trabalhista. A análise destes acordos teve por norte a verificação do modo pelo qual os operadores do direito comportam-se diante da inovação legislativa, especialmente os juízes do trabalho. Como critérios analíticos complementares, eles foram apreciados nos quesitos de forma, conteúdo e fundamentos das decisões, além de outras particularidades identificadas.

Além da análise documental dos treze processos, algumas audiências trabalhistas foram acompanhadas. Esteves (2019) observou que, apesar do papel fiscalizatório e garantidor de direitos, os juízes estão a chancelar renúncias a direitos indisponíveis. A título exemplificativo, citamos o processo 0100871-86.2019.5.01.0206, no qual foi homologado acordo que afasta o reconhecimento do vínculo de emprego entre as partes. Vale destacar um trecho do acordo proposto:

> [...] Reconhece neste ato, o RECLAMANTE, que não estiveram presentes os requisitos do vínculo de emprego, notadamente: habitualidade (os serviços prestados eram esporádicos, descontínuos, eventuais); pessoalidade (tem plena consciência de que os serviços aos quais se dispunha a prestar podiam e eram praticados por qualquer outra pessoa); salário (percebia diárias de acordo com os dias em que efetivamente prestava os serviços); subordinação (tinha plena liberdade de, conforme sua

[15] Dispõe a Súmula 259 TST: "Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT".

[16] Dispõe a Súmula 418 TST: "A homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança".

> conveniência e disposição, prestar o serviço diário ou recusar-se sem qualquer penalidade e/ou necessidade de justificar sua recusa). Declara, o RECLAMANTE, pois, que não estava subordinado exclusivamente à RECLAMADA, podendo prestar serviços à outras pessoas jurídicas e físicas, não tinha obrigação de comparecimento e subordinação à carga horária (jornada diária/semanal), e percebia suas remunerações através de diárias negociadas no ato da aceitação. [...]

Conforme anotações feitas em caderno de campo (ESTEVES, 2019), o juiz perguntou qual era a função exercida pelo reclamante e a resposta foi que era "ajudante de caminhoneiro". Em seguida, o magistrado questionou quantos dias da semana o obreiro laborava. Este afirmou que trabalhava "de segunda a sábado", o que evidencia a habitualidade na prestação de serviços ao contrário dos termos do transcrito acordo. Posteriormente, o juiz disse que se ele aceitasse o acordo, não poderia "mais reclamar sobre nada" e que o reclamante não teria direito ao INSS deste período. O reclamante afirmou que estava ciente e o acordo foi homologado no valor de R$3.000,00 (três mil reais) a serem pagos em três parcelas. Contudo, estas informações não estão na ata de audiência, na qual consta, paradoxalmente, que "as partes declaram que o valor total do acordo se refere *a serviços eventuais prestados*, sendo verbas de natureza indenizatória, inexistindo recolhimento previdenciário." (destacou-se).

A audiência seguinte observada tinha por objeto outro acordo extrajudicial e como parte a mesma empresa do caso citado. A petição inicial apresentada pouco se diferencia da petição do processo anterior, deixando expresso, novamente, a inexistência do vínculo empregatício. Dessa vez, nada foi perguntado pelo juiz ao trabalhador, apenas informando-o que "não poderia reclamar mais nada na Justiça do Trabalho". O obreiro acenou que "sim" com a cabeça e o acordo foi homologado em R$ 2.000,00 (dois mil reais) a serem pagos em duas parcelas.

Salienta-se que o magistrado, mesmo após a evidência dos vínculos empregatícios, não solicitou nenhum tipo de documento, sequer fez perguntas ao preposto da empregadora. O magistrado simplesmente chancelou a renúncia do direito ao reconhecimento do vínculo de emprego e consectários, além de todos os encargos trabalhistas e previdenciários decorrentes da relação.

Nestes dois casos, não houve tutela jurisdicional, tampouco proteção ao trabalhador, mas sim o crivo do Poder Judiciário ao homologar atrocidades contra àqueles que, na maioria das vezes, desconhecem seus direitos e, por serem vulneráveis, acabam por concordar com a renúncia de direitos.

Quanto ao conteúdo dos acordos propostos, observou-se que três[17] deles não informavam sequer a função exercida pelo trabalhador, seu horário de trabalho, tampouco o local da prestação de serviço, o que impede que o magistrado verifique se há normas que estão sendo desrespeitadas como, por exemplo, o pagamento dos adicionais de periculosidade e noturno, ou até mesmo se a ele é competente para apreciar o caso. Três[18] outros acordos sequer apresentavam a assinatura das partes, o que demonstra ser imprescindível a realização de audiência para averiguação da manifestação das vontades, além de seus conhecimentos sobre seus efeitos da celebração do acordo.

Nos treze acordos, a relação empregatícia já havia se findado, revelando que o instituto da homologação de acordos extrajudiciais tem sido utilizado para quitação geral do contrato de trabalho e não sobre valores controversos no curso da relação de emprego.

Observou-se, ainda, que o conteúdo dos acordos se dividia basicamente em dois grupos: *i)* sobre o parcelamento das verbas rescisórias[19], dando quitação geral ao extinto contrato de trabalho, o que impede o trabalhador de ingressar com ação trabalhista posterior e; *ii)* sobre a declaração da inexistência de vínculo de emprego, conferindo às verbas a natureza estritamente indenizatória[20].

Em cinco dos treze acordos houve declaração de prestação de serviço, contudo, sem a anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social. Como exemplificação, o processo 0100223-02.2018.5.01.0058 narra que a prestação de serviço ocorreu desde 2001 (isto é, por dezoito anos!), não sendo informado que tipo de serviço era prestado, tampouco em qual habitualidade ele ocorria. No caso, o trabalhador pode ter sido prejudicado não só por não receber devidamente as verbas decorrentes da relação empregatícia (*e.g.*, adicionais de periculosidade, insalubridade e noturno e horas extras), como também por não ter esse período de trabalho computado para fins de sua aposentadoria.

Ademais, nestes acordos, a natureza das verbas foram todas consideradas como indenizatórias. Porém, em nenhum deles foi informado o ato lesivo praticado pela empresa, podendo ser caso típico onde verbas de natureza salarial são declaradas como verbas indenizatórias para que não haja incidência da

[17] 01000381-57.2018.5.01.0058, 0100602-40.2018.5.01.0058 e 0100519-24.2018.5.01.0058
[18] 0100177-13.5.01.0058, 0100169-36.2018.5.01.0058 e 0100455-14.2018.5.01.0058
[19] Tal característica foi observada em 5 dos 13 acordos analisados.
[20] Tal característica foi observada em 8 dos 13 acordos analisados.

contribuição previdenciária, o que gera também prejuízos a terceiro, no caso, para o Estado e toda sociedade, uma vez que as respectivas contribuições não são quitadas.

Ainda, como exemplo, citamos o processo de n. 0100223-02.2018.5.01.0058 que entabulou um acordo de R$ 1,5 milhão (um milhão e meio de reais) em que "a totalidade das verbas diz respeito ao pagamento de indenização ao requerente [...], com natureza indenizatória" e que "as partes, por meio da transação, resolvem toda e qualquer controvérsia existente no tocante à relação anteriormente mantida". Não foi expresso qual ato ilícito foi cometido para que pudesse gerar indenização num valor tão alto, tampouco as verbas foram discriminadas. Além disso, não se sabe qual era natureza do serviço prestado, somente tendo sido informando que "o requerente prestou serviços à empresa requerente a partir de julho de 2001" e que "a relação foi rescindida pelo requerente".

Esse processo chama atenção também, pois houve interposição de Recurso Ordinário e a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região considerou o acordo proposto como "válido à luz da ordem jurídica", homologando-o. Percebeu-se que não só os juízes de primeiro grau, como também o Tribunal, têm chancelado renúncias a direitos e garantias, ao afirmar, no caso, que "o acordo extrajudicial apresentado reflete a vontade de ambos os interessados", sem, contudo, sequer ter havido audiência para verificar a procedência de tal afirmação, homologou-se o acordo e encerrou-se a possível relação empregatícia mascarada de prestação de serviço.

Necessário dizer que o pagamento das verbas rescisórias deve ocorrer em até dez dias e que não há previsão legal de parcelamento destas verbas (art. 477, §6º da CLT). O parcelamento, sob o argumento de que o empregador não dispõe do valor, pois enfrenta crise financeira, fere a legislação e transfere ao trabalhador o ônus da atividade econômica, além de violar o princípio da alteridade (art. 2º da CLT). Neste sentido, os acordos referentes aos processos n. 0100169-36.2018.5.01.0058 e 0100168-51.2018.5.01.0058 são emblemáticos. Neles, as empresas alegaram, respectivamente, que:

> [...] A **Reclamada ficou sem poder trabalhar** em razão da FALTAS REITERADAS DE PAGAMENTO ou REPASSE DOS SERVIÇOS JÁ PRESTADOS, logo em seguida, teve paralização pelas festas natalinas e do ano novo, desta maneira, deslanchou num amontoado de cobranças em cima de cobranças, pois além dos empregados, **a reclamada sem trabalhar** paga aluguel, energia elétrica, telefone, internet e outros encargos, como

> aluguel de carro; enfim, sem trabalho os problemas e as dívidas amontam-se e se, não pedir ajuda, as coisas ficam ainda piores. (grifos acrescidos).
>
> [...] vem sofrendo uma redução considerável em seus faturamentos e diante da crise econômica que assola o país e ante a despensa imotivada ocorrida em 06.03.2018, a Empresa XX E XXX,[21] acordaram em proceder ao pagamento na modalidade parcelada, referente à integral rescisão contratual da empregada com a quitação e a extinção do contrato de trabalho de todo o período contratual.

Ora, o epíteto "trabalho" é utilizado tecnicamente para aquela obrigação de fazer realizada por pessoa humana; pessoas jurídicas prestam serviços.

Merece destaque ainda, o verificado no processo n. 0100455-14.2018.5.01.0058, onde o valor do acordo foi pago integralmente antes mesmo da decisão do magistrado. As partes transacionaram a inexistência de vínculo de emprego, tratando-se de contrato de transporte rodoviário autônomo de carga que ocorria desde 2013 (ou seja, a cinco anos do ajuizamento da ação!). Além disso, foi dada "plena, geral e irrevogável quitação do contrato de prestação de serviços firmado entre as partes, contemplando todo o período acima descrito, nada mais tendo a reclamar seja a que título for". O acordo foi homologado em audiência e não há informações na ata sobre perguntas realizadas pelo magistrado que pudessem verificar os termos do acordo ou a realidade do contrato de trabalho.

Quanto à decisão dos juízes da 58ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, foi possível perceber que o único critério utilizado pelos magistrados para a homologação dos acordos restringiu-se ao requisito formal estipulado no art. 320 do Código Civil[22]. Isto é, de acordo com estes dois juízes (titular e substituto), o valor do acordo não pode tratar de "cláusula genérica de quitação ampla e irrestrita", devendo as verbas serem discriminadas.

Assim, nos casos em que não foi obedecido o critério formal adotado pelos magistrados (discriminação das parcelas), gerou a extinção do processo sem resolução do mérito, com indeferimento da petição inicial (cf. art. 485, I do CPC). Contudo, a não observação do conteúdo material do acordo acarreta a possibilidade de recurso ordinário ou de outro ajuizamento da ação homologatória, caso as partes discriminem os valores em novo acordo. Esta última

[21] Optamos pela supressão do nome das partes do processo.

[22] Dispõe o art. 320 do CPC: "A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante".

prática foi constatada em dois dos processos analisados (0100168-51.2018.5.01.0058 e 0100177-13.2018.5.01.0058).

Exatamente pela observação apenas do requisito formal, observou-se que nestes dois processos, após a decisão que denegou a homologação, as partes preferiram não interpor recurso, mas, após o trânsito em julgado da decisão, ajuizaram nova ação discriminando as verbas. Como havia dependência entre os processos (art. 286, II, do CPC), as novas ações foram direcionadas novamente para a 58ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro. Assim, como as partes alteraram o acordo, passando a discriminar as verbas, ambos os acordos foram homologados em audiência. Contudo, não foi observado que as novas petições tinham como objeto verbas decorrentes da rescisão contratual entre as partes, em desobediência ao estipulado no art. 477 da CLT, bem como tinha prevista indenização por danos morais.

Dos treze acordos analisados, sete[23] cumpriam o requisito formal estabelecido no art. 320 do Código Civil e foram homologados em audiência, ainda que versasse integralmente sobre verbas resilitórias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados da pesquisa apontaram a utilização dos acordos extrajudiciais como mecanismo de fraude à legislação trabalhista, mediante quitações gerais de contratos de trabalho, com pagamento de valores ínfimos aos trabalhadores e de forma parcelada, tudo isto com o crivo da Justiça do Trabalho e na contramão da lei, da concepção de instrumentalidade do processo, da diretriz do princípio da irrenunciabilidade de direitos e da acepção de acesso à justiça integral.

Sem pretensão de generalizações, acreditamos que esta análise possa servir como norte para outras catalogações e para uma abordagem interdisciplinar dos acordos extrajudiciais e dos próprios efeitos da reforma trabalhista.

Por fim, este *paper* aponta o abismo entre o direito escrito/legislado/normatizado e o direito praticado; põe em xeque discursos face

[23] A saber: processos 0100221-32.2018.5.01.0058, 0100455-14.2018.5.01.0058, 0100519-24.2018.5.01.0058, 0100587- 71.2018.5.01.0058, 0100602-40.2018.5.01.0058, 01000381-57.2018.5.01.0058, 0100514-02.2018.5.01.0058.

às essências, lançando luzes sobre algumas contradições. Fazemos nossas as palavras de Lima e Baptista:

> Por mais eventualmente indecorosa que seja a imagem refletida no espelho do Judiciário, a partir das pesquisas empíricas a serem realizadas, é preciso enfrentar, sem criminalizar nem estigmatizar, a descrição de suas práticas, pois é sua explicitação que permitirá aos operadores do campo ver aquilo que estão fazendo e, a partir dessa consciência, optar se querem continuar fazendo mais do mesmo ou se querem seguir na direção de novas perspectivas de atuação (LIMA; BAPTISTA, 2014, p. 13).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Selene Maria de. *O paradigma processual do liberalismo e o acesso à justiça*. Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça, Brasília, n.22, p. 20-24, jul./set. 2003, p. 21.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Cinco estudos de Direito do Trabalho***.** São Paulo: LTr Editora, 2009.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em 02 nov 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 out 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

_____.*Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de Processo*, ano 19, nº 74, p. 82-97, 1994.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª Edição. Atlas. 2016.

CARDOSO, Adalberto Moreira; LAGE, Telma. *As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil.* Rio De Janeiro: Editora FGV, 2007.

CSJT – Conselho Superior da Justiça do Trabalho. "Justiça em número 2018: Justiça do Trabalho lidera ranking de conciliações em 2017". Disponível em: http://www.csjt.jus.br/web/csjt/noticias3/-/asset_publisher/RPt2/content/justica-do-trabalho-lidera-ranking-de-conciliacoes-em-2017?inheritRedirect=false. Acesso em 30 de julho de 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* - v. 1 - reescrito em conformidade com o novo CPC. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 1. 786p

ESTEVES, Fernanda Pereira. *Os acordos extrajudiciais na Justiça do Trabalho: um estudo sobre a jurisdição voluntária*. Monografia (graduação em Direito). Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo***.** Revista Nacional de Direito do Trabalho, v. 107, p. 15-33, 2007.

_____. Fala proferida na Audiência Pública do CSJT, Brasília – DF, (25 out. 2017) Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=K3keqk7cCwA&feature=youtu.be> Acesso em 20 out 2019.

✓ FERNANDES, Anaïs. *Acordo extrajudicial salta de 1,7 mil para 33,2 mil após reforma da CLT*. Folha de São Paulo [on line]. 04 fev. 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/02/acordo-extrajudicial-salta-de-17-mil-para-332-mil-apos-reforma-da-clt.shtml. Acesso em 20 ago. 2020.

LAFER, Celso. *Miguel Reale (1910-2006) uma homenagem. Revista USP*, São Paulo, n. 70, p. 110-119, jun./ago. 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. 9ª ed. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

LIMA, Roberto Kant; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Como a antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico*. Anuário Antropológico [online], I 2014, 01.10.2014.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho com instrumento de justiça social.* São Paulo: LTR, 2000.

MESQUITA, Carolina Pereira Lins. *Teoria Geral do Direito do Trabalho; pela progressividade sociojurídica do trabalhador.* São Paulo: LTr, 2012.

NALINI, José Renato. *Novas Perspectivas no acesso à justiça.* s/a. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/lex/acesso/textos/perspec_justica.html>. Acesso em 30.08.2020.

PEDREIRA DA SILVA, Luiz de Pinho. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 1999.

REALE, Miguel. *Direito natural/Direito positivo.* São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Fontes e modelos do Direito*; para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ . *Lições preliminares de Direito*. Ed. 27. São Paulo: Saraiva, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segalas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 17ª Ed, São Paulo: LTR,1997, v. I.

TARTUCE, Flávio. *Manual do Direito Civil – volume único*. 6. ed. São Paulo: Método, 2016. v.1. 1717p.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *"Laboratório e gerente conseguem homologação de acordo extrajudicial para encerrar contrato"*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/laboratorio-e-gerente-conseguem-homologacao-de-acordo-extrajudicial-para-encerrar-contrato>. Acesso em 30.08.2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente.* Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

PROCESSOS JUDICIAIS CONSULTADOS

BRASIl. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade n.62*. Relator: Ministro Neri da Silveira.

BRASIl. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5766*; Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. DOU 10.05.2018.

BRASIl. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1625*. Relator: Ministro Maurício Corrêa;

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100105-26.2018.5.01.0058. Rio de Janeiro. 23.02.2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100168-51.2018.5.01.0058. Rio de Janeiro. 14.03.2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100177-13.5.01.0058. Rio de Janeiro. 15.03.2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100169-36.2018.5.01.0058. Rio de Janeiro. 14.03.2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100221-32.2018.5.01.0058. Rio de Janeiro. 27.03.2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100223-02.2018.5.01.0058. Rio de Janeiro. 27.03.2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100381-57.2018.5.01.0058. Rio de Janeiro. 08.05.2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100455-14.2018.5.01.0058. Rio de Janeiro. 24.05.2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100514-02.2018.5.01.0058. Rio de Janeiro. 08.06.2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100519-24.2018.5.01.0058. Rio de Janeiro. 09.06.2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100583-34.2018.5.01.0058. Rio de Janeiro. 26.06.2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100587-71.2018.5.01.0058. Rio de Janeiro. 26.06.2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Homologação de Transação Extrajudicial* n. 0100602-40.2018.5.01.0058. Rio de Janeiro. 28.06.2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista*. Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho; RELATOR. 1000015-96.2018.5.02.0435. DOU 20.09.2019.

TRABALHO E CAPITAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: uma falsa dicotomia

Pedro Paulo Carneiro Gasparri
Universidade Federal Fluminense. Doutorando PPGDIN/UFF. RJ. Brasil
pedrogasparri@id.uff.br

Resumo: Trabalho e capital são objeto de conflito imemorial, devendo, contudo, encontrarem meios de coexistirem de forma a ganharem dinâmicas complementares. A globalização reacende cada vez mais o velho antagonismo, sendo necessário procurar no ordenamento jurídico pátrio formas de compatibilizar ditos meios de produção, com escopo de promover bem-estar, desenvolvimento econômico e emprego. O presente estudo, desenvolvido em três seções, por primeiro, traçou o tratamento que o constituinte de 1988 deu ao trabalho e à livre iniciativa, procurando demonstrar que, a todo tempo, buscou-se um equilíbrio, muitas vezes, inclusive, tratando-os em um mesmo dispositivo, a revelar que, sob o aspecto de uma escala de valores, não se poderia prestigiar nenhum destes meios de produção, ainda que, o trabalho seja um direito social. Em verdade, sem livre iniciativa, não existirá trabalho. Em um segundo passo, ajustou-se a lente da pesquisa para os fatos da vida, mapeando-se o atual estado do mundo do trabalho, com o fito de analisar o quão efetivo o tratamento legal tem se revelado no campo social. Finalmente, procurou-se analisar se, no quadro constitucional atual, é possível ajustar o tratamento legal para a relação capital e trabalho que os desafios da contemporaneidade estão a exigir, sem incidir em afronta à Constituição, fundamento de validade que é de todo ordenamento jurídico. A metodologia empregada foi a bibliográfica, inserindo-se na vertente jurídico-sociológica.

Palavras-chave: Trabalho – Livre – Iniciativa – Compatibilização

INTRODUÇÃO

No mundo globalizado em que se vive e, muito particularmente no Brasil contemporâneo, capital e trabalho estão se pondo em grande tensão novamente, em um movimento que está a produzir enorme fricção. Urge, pois, buscar-se um meio de suavizar tais atritos e evitar as consequências sociais e econômicas de suas sequelas. Porém, o polimento capaz de diminuir a força deste atrito já existe e se trata da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Realmente, a Constituição brasileira trata de envolta o trabalho e a livre iniciativa, desafiando, tanto o Estado quanto o particular a orientarem-se para

a sua compatibilização.

O presente estudo, por primeiro, traçou o tratamento que o constituinte de 1988 deu ao conflito trabalho e livre iniciativa, procurando demonstrar que, a todo tempo, buscou-se um equilíbrio, muitas vezes, inclusive, tratando-o em um mesmo dispositivo, a revelar que, sob o aspecto de uma escala de valores, não se pode prestigiar nenhum destes meios de produção, ainda que, o trabalho seja tratado como um direito social. Em verdade, sem livre iniciativa, não existirá trabalho.

Tendo presente a realidade tal como ela se apresenta, cuidou-se, em um segundo passo, adaptar a lente da pesquisa para os fatos da vida, mapeando-se o atual estado do mundo do trabalho, com o fito de analisar o quão efetivo o tratamento legal tem se revelado no campo social.

Finalmente, procurou-se analisar se, no quadro constitucional atual, é possível ajustar o tratamento legal para a relação capital e trabalho que os desafios da contemporaneidade estão a exigir, sem incidir em afronta à Constituição, fundamento de validade que é de todo ordenamento jurídico.

1. A Constituição de 1988, o trabalho e a ordem econômica

Pode-se afirmar que a Constituição da República de 1988 foi incisiva em contemplar os direitos dos trabalhadores. De fato, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT - Decreto-Lei nº 5452, de 01 de maio de 1943), diploma que nos seus quase 1.000 artigos disciplinava minuciosamente as relações trabalhistas, foi consagrada pelo constituinte, uma vez que a então Comissão da Ordem Social na Assembleia de 1987/1988, antes de inová-la ou alterar seu espírito e modelo, logrou ratificá-la, dando-lhe a especial proteção que a rigidez constitucional confere (SASSE, 2018, p. 107).

Nesse passo, conquanto a Constituição da República de 1988 tenha assumido um viés capitalista, cuidou de, no relacionamento específico entre capital e labor, tratar com especial cuidado este, mesmo frente aquele. E isso parece claro quando se cotejam os dispositivos atinentes à matéria no Texto constitucional, seja na sua topografia, sejam nas suas – certamente propositais - reincidências.

Realmente, já no preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988, mesmo que se possa alegar sua falta de força normativa, mas cujo texto há de orientar a interpretação dos seus princípios e do próprio articulado que se lhe segue, extrai-

se que o constituinte originário estabeleceu um Estado Democrático de Direito, com vistas a assegurar, dentre outros, o exercício dos direitos sociais, o bem-estar e o desenvolvimento, fazendo-se constar logo a seguir, no dispositivo inaugural, que são fundamentos da República brasileira, especialmente, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Constituição da República de 1988, art. 1º.), amalgamando, em um mesmo inciso, aquilo que vem a ser objeto imemorial de conflito, a saber, o capital e o trabalho.

Ainda na parte introdutória da Carta Constitucional, constituíram-se como objetivos fundamentais da República o de construir uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Constituição da República de 1988, art. 3º).

Reforçando a proteção do trabalho de envolta com um feixe de direitos e garantias fundamentais, foi lhe dado o timbre de direito social (Constituição da República de 1988, art. 6º), inclusive sendo determinado, dentre outras, a edição de normas que visem a redução dos riscos inerentes ao trabalho, no campo da saúde, higiene e segurança e a proteção em face da automação, na forma da lei (Constituição da República de 1988, art. 7º, XXII e XXVII).

Por sua vez, também em sede magna, mas no capítulo voltado para a economia, há expressa previsão de que: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados como alguns de seus princípios, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego." (Constituição da República de 1988, art. 170).

O tema da inter-relação entre capital e trabalho, como não poderia deixar de ser, é agitado de controvérsia. Na doutrina, diversas opiniões disputam posição, como a de José Afonso da Silva:

> A liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. (SILVA, 2004, p. 282)

Entendimento esse que também é acompanhado por Eros Roberto Grau, ao afirmar que há "a prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica", sendo "a livre iniciativa um modo de expressão do trabalho e, por isso, corolária da (do princípio da) valorização do trabalho" e, portanto, a conclusão é a de que a "livre iniciativa não é tomada ... como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso". Ademais, tal autor dissocia explicitamente a livre-iniciativa da Constituição da liberdade econômica: "não se pode reduzir a livre-iniciativa meramente à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica." (GRAU, 2000, p. 157).

Já Marçal Justen Filho oferece um outro ponto de vista, aparentemente mais conciliador, relevando uma guarida constitucional balanceada entre capital e trabalho:

> a relevância jurídica reconhecida pela CF/88 à livre-iniciativa é evidenciada por sua inclusão como fundamento da República, no art.1º, que sintetiza os pilares da ordem jurídica nacional. A consagração em um mesmo dispositivo da livre-iniciativa e do trabalho, tal como a qualificação de ambos como 'valores sociais', demonstra a inviabilidade de estabelecer hierarquia entre eles. (JUSTEN FILHO, 2019, p.27).

Entretanto, por outro giro, a livre iniciativa chega a ser tida por alguns até como um direito fundamental, como, sustenta, por exemplo, Luciano Benetti Timm:

> A Lei de Liberdade Econômica surge com o fito de promover a desburocratização e assegurar a concretização do princípio da livre iniciativa e o seu caráter de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, buscando recuperar o seu significado e sua importância dentro de um sistema econômico capitalista umbilicalmente ligado ao direito em sentido lato (e, mais especificamente, às liberdades econômicas). (TIMM, 2020, p. 298)

Seja como for, não parece haver campo para uma interpretação maniqueísta, uma vez que, realmente, o constituinte originário mostrou-se preocupado tanto com o trabalho quanto com o capital, talvez a reconhecer que um complementa o outro. Aqui, como em tudo o mais na vida, a virtude está no meio, e o balanço há de ser dado por fórmulas encontradas na constituição brasileira e não na realidade jurídica estrangeira, ainda que o direito comparado possa sempre contribuir, no que couber. A ordem constitucional estadunidense, por exemplo, não acoberta sequer garantias sociais e econômicas mínimas, tendo sido rechaçada a proposta do presidente Franklin Delano Roosevelt de uma

Segunda Declaração de Direitos, contemplando, dentre o seu catálogo, o direito para todos ao trabalho (HOLMES, 2019, p. 95), de forma distinta da existente no Brasil.

2. Retórica e realidade

Conforme conhecida passagem de Adam Smith, "não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses. (SMITH, 1985, p.127). Tal afirmação, em toda sua crueza, revela a natureza da lógica econômica.: ninguém estará inclinado a arriscar-se em um empreendimento caso os riscos envolvidos não ofereçam razoáveis chances de lucros.

Empreender é o resultado complexo de uma combinação de fatores de produção: terra, capital e trabalho. Porque finitos, a complexidade reside justamente na arte de alocá-los da melhor maneira possível, signo que destaca aqueles que conseguem sobreviver em um mercado cada vez mais competitivo. E, assim, essa capacidade de otimizar recursos, o tirocínio empresarial, também é algo a ser reconhecido e incentivado.

No campo das relações de trabalho, a realidade contemporânea tem-se mostrado impiedosa, uma vez que as revoluções tecnológicas, cada vez mais ágeis, vêm introduzindo no processo produtivo mecanismos automatizados, controlados, muitas vezes, remotamente através de rede mundial de computadores (internet), propiciadas por telecomunicações sofisticadas e por computadores dotados até da chamada inteligência artificial, uma sofisticada tecnologia que permite a máquina, em certa medida, "pensar", tudo a gerar uma potencial exclusão social, sob os auspícios dos ideólogos do neoliberalismo, aparentemente desvinculados do compromisso ético de revalorização da cidadania.

Ainda que se possa afirmar que quantitativamente o trabalho dos assalariados continue a formar um grande contingente, parece certo reconhecer que a economia moderna volta-se gradualmente para o uso da tecnologia de informação e consequentemente para a automação, privilegiando a força de trabalho intelectual e, em consequência, alijando uma grande massa de trabalhadores, já despossuída de acesso à educação de qualidade e de chances a uma requalificação profissional efetiva, fadada, portanto, à marginalização. Por excluídos do processo civilizatório, esses trabalhadores, para garantir sua sobrevivência, acabam no setor informal da economia, aproveitados para a

prestação de serviços temporários. Os dados divulgados em 30 de outubro de 2020, pela Fundação Instituto de Geografia e Estatística (IBGE), da Pesquisa Nacional de Amostras por Domicílios (PNAD Contínua), no trimestre encerrado em agosto de 2020, valem ser transcritos para registro e análise, e corroboram o que vem de ser afirmado:

> A taxa de desocupação (14,4%) no trimestre de junho a agosto de 2020 foi a mais alta da série histórica iniciada em 2012, crescendo 1,6 ponto percentual (p.p) em relação ao trimestre de março a maio (12,9%) e 2,6 p.p. frente ao trimestre junho a agosto de 2019 (11,8%). A população desocupada (13,8 milhões de pessoas subiu 8,5% (mais 1,1 milhão de pessoas) frente ao trimestre móvel anterior (12,7 milhões) e subiu 9,8% (1,2 milhão de pessoas a mais) em relação mesmo trimestre de 2019 (12,6 milhões). A população ocupada (81,7 milhões, a menor da série) caiu 5,0% (menos 4,3 milhões de pessoas) em relação ao trimestre anterior e 12,8% (menos 12,0 milhões de pessoas) frente ao mesmo trimestre de 2019. O nível de ocupação (46,8%) também foi o mais baixo da série, caindo 2,7 p.p. frente ao trimestre anterior e de 7,9 p.p. contra o mesmo trimestre de 2019. A taxa composta de subutilização (30,6%) foi recorde na série, crescendo 3,1 p.p. em relação ao trimestre móvel anterior (27,5%) e 6,2 p.p. frente ao mesmo trimestre de 2019 (24,3%). A população subutilizada (33,3 milhões de pessoas) também foi recorde, subindo 9,7% (mais 3,0 milhões de pessoas) frente ao trimestre anterior e de 20,0% (mais 5,6 milhões de pessoas) contra o mesmo trimestre de 2019. A população na força de trabalho (95,5 milhões de pessoas) caiu 3,2% (menos 3,2 milhões) frente ao trimestre anterior e 10,1% (menos 10,7 milhões de pessoas) em relação ao mesmo trimestre de 2019. A população fora da força de trabalho (79,1 milhões de pessoas) foi recorde da série, com altas de 5,6% (mais 4,2 milhões de pessoas) em relação ao trimestre anterior e de 21,9% (mais 14,2 milhões de pessoas) frente ao mesmo trimestre de 2019. A população desalentada (5,9 milhões) foi recorde, com altas de 8,1% (mais 440 mil pessoas) em relação ao trimestre anterior e 24,2% (mais 1,1 milhão de pessoas) frente ao mesmo trimestre de 2019. O percentual de desalentados em relação à população na força de trabalho ou desalentada (5,8%) também foi recorde, crescendo 0,6 p.p. frente ao trimestre anterior e de 1,5 p.p. contra o mesmo trimestre de 2019. O número de empregados com carteira de trabalho assinada no setor privado (exclusive trabalhadores domésticos), estimado em 29,1 milhões, foi o menor da série, caindo 6,5% (menos 2,0 milhões de pessoas) frente ao trimestre anterior e de 12,0% (menos 4,0 milhões de pessoas) ante o mesmo trimestre de 2019. O número de desempregados sem carteira assinada no setor privado (8,8 milhões de pessoas) caiu 5,0% (menos 463 mil pessoas) em relação ao trimestre móvel anterior e 25,8% (menos 3,0 milhões) ante o mesmo trimestre de 2019. O número de trabalhadores por conta própria (21,5 milhões de pessoas) caiu em ambas as comparações: -4,0%

(ou menos 894 mil) contra o trimestre móvel anterior e -11,4% (ou menos 2,8 milhões de pessoas) frente ao mesmo período de 2019.[1]

Mesmo que existam diversas normas constitucionais que expressamente se preocupam com os trabalhadores, seus direitos sociais, a proteção de sua saúde e dignidade, plasmando na Constituição normas de proteção e regulação da vida laboral, a eficácia em si destes direitos parece perder força frente à realidade econômica, sendo de afirmar-se, também, que o cenário favorável às causas laborais no momento da Assembleia Constituinte de 1987/1988 veio por arrefecer, perdendo-se o ímpeto de se levar a cabo as constantes atualizações que a legislação trabalhista, tanto na sua parte ordinária, quanto na constitucional, estava a demandar para tornar-se rente aos novos tempos e às constantes e velozes mudanças, inclusive tecnológicas, que afetam o mercado de trabalho e passam a exigir ajustes nesta especial relação capital e trabalho. Ilustrativo, portanto, o registro do juiz Guilherme Feliciano, presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), ao afirmar que "ao contrário de outras dimensões de direitos, os direitos sociais não nascem sem luta. Isso cria uma dinâmica maior de contestação permanente deles. Há sempre resistência e tentativas de retroceder. A correlação de forças sempre conseguiu estagnar possíveis avanços, independentemente de governo." (SASSE, 2018, p.109).[2]

Merece ser destacado que o próprio constituinte originário cometeu ao Estado o papel de atuar na economia, já que "como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado." (Constituição da República de 1988, art. 174).

Vale relevar, por exemplo, a recente edição da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) que tem por preocupação primeira, consoante

[1] Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29322-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-14-4-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-30-6-no-trimestre-encerrado-em-agosto-de-2020. Acesso em: 30 out 20, 09:24:00

[2] A CLT foi sendo sempre atualizada ao longo de sua vigência, pontualmente, por vezes sucessivamente. Durante o Governo do Presidente Michel Temer, entretanto, foi promovida uma ampla reforma, em vigor desde julho de 2017, que provocou inovações em todo o corpo da CLT, até mesmo criando figuras jurídicas novas como o contrato intermitente e o teletrabalho. (SASSE, 2018, p.110). Tal reforma não é objeto direto desta pesquisa.

extrai-se da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, que se converteu na referida lei, desatar a economia de supostos empecilhos que estariam a impedir a retomada do crescimento econômico brasileiro, e que causam, em particular, o desemprego. Com efeito, as alterações trazidas pelo novo diploma teriam vocação para elevar a livre iniciativa da condição de princípio subsidiário da ordem econômica para ficar em condição de igualdade com os princípios da justiça social e da valorização do trabalho. Dessarte, deseja-se ressaltar a segurança jurídica e prestigiar a autonomia privada como norte a ser seguido pelas decisões judiciais que, então, deverão considerar as suas consequências, em proveito do bem-estar social (JUSTEN FILHO, 2019, p.15).

3. A vontade constitucional brasileira

Como sabido, a Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, razão pela qual todos os atos normativos devem com ela guardar compatibilidade. São, portanto, os parâmetros constitucionais que subordinam formal, procedimental e substancialmente todas as espécies normativas, sendo o paradigma do controle vertical de compatibilidade entre as leis e atos normativos e a constituição. Mas o que compõe os padrões de controle já é tema que desafia os estudiosos.

Consoante José Joaquim Gomes Canotilho, ou se defende que o parâmetro de controle é a constituição escrita ou as leis com valor constitucional, de forma que a higidez dos atos normativos somente pode ser controlada, quanto sua constitucionalidade, conforme estes paradigmas, ou, de forma mais alargada, sustenta-se que o padrão constitucional dos atos normativos não é composto unicamente por normas e princípios inscritos nas leis constitucionais, mas também engloba princípio não expressos, mas que integram a ordem constitucional global . (CANOTILHO, 1999, p. 53).

Talvez seja o caso até mesmo de se acrescer ao modelo para o controle de constitucionalidade um eventual costume constitucional. Mas, diante de uma Constituição da qual se diz "cidadã", criar um costume supostamente contra os trabalhadores é, no mínimo, extravagante. Realmente, a eclosão de um costume contra a Constituição já é, por si só, de difícil ocorrência, uma vez que vocacionada a Constituição formal a regular o processo político, mas dotada de força jurídica, aquele eclodirá, amiúde, pelo desacato pelos órgãos do poder das normas constitucionais escritas, verdadeira desconsideração da constitucionalidade.

> Como quer que seja, para que, através de costume, caia em desuso uma norma constitucional ou para que seja substituída por outra, tem de haver a consciência de que não se trata de simples derrogação por momentânea necessidade; tem de haver a consciência de que um novo sentido genérico ou generalizante não tem ou já não tem a marca da inconstitucionalidade, e essa consciência não pode ser apenas entre os titulares dos órgão do poder, tem de se manifestar, outrossim, entre os cidadãos e traduzir-se num mínimo de aceitação por parte deles. (MIRANDA, 2016, p. 282).

O Estado de Bem-Estar Social – relembre-se sempre - é uma das mais importantes conquistas civilizatórias do mundo ocidental, fruto de renhidas lutas no campo da história social, política e econômica, que lograram fundir os espíritos de liberdade, democracia, valorização da pessoa humana e do trabalho, justiça social e bem-estar dos cidadãos.

A primazia do trabalho e do emprego na sociedade capitalista começa a fazer-se sentir neste contexto, revelando, de forma objetiva e clara, a ideia de liberdade, tanto formal, quanto material, com o escopo de propiciar igualdade de oportunidade, de consecução de renda e de possibilidade de afirmação pessoal de bem-estar para grande parte das populações das sociedades capitalistas. Trabalho e emprego passam a ser, portanto, fonte de poder para quem é desprovido de riquezas e, assim, um vetor de distribuição de renda em uma sociedade desigual.

Para Mauricio Delgado, "o individualismo prevalecente no liberalismo originário vai sendo fustigado pelas ideias de intervenção da norma jurídica nos contratos privados, especialmente no mais genérico e importante deles, o contrato de emprego" (DELGADO, 2011, p. 585), de modo que o Direito do Trabalho vai sendo permeado de justiça social, através da intervenção estatal, e tudo isso de forma amplamente compatível com as exigências econômicas do sistema capitalista. Com efeito, estudos mostraram que as políticas sociais se revelaram um meio de proteger os mercados de trabalho interno e os cidadãos contra a exposição a uma economia internacional cambiante, além de incentivar o 'capital humano', gerando estabilidade social e econômica, como assinalou, por exemplo, o autor norueguês Stein Kuhnle (DELGADO, 2011, p. 586).

Após os desequilíbrios econômicos dos Estados, principalmente a partir das crises do petróleo da década de 1970, surgiram críticas ultraliberais contra o Estado do Bem-Estar Social:

> Neste contexto, ganhou hegemonia a fórmula ultraliberalista de interpretação da realidade do capitalismo desta época: em um quadro de acentuadas mudanças tecnológicas e de gestão de empresas, tendentes a eclipsar o emprego e mesmo o trabalho, e de agravamento da concorrência

> internacional, teria se tornado irracional – porque inadequado – um tipo de estruturação do Estado e da sociedade baseado na valorização do trabalho e do emprego, na concessão de políticas sociais e assistenciais universais e generosas, na distribuição do poder e da riqueza através de políticas de intervenção estatal. (DELGADO, 2011, p. 587)

Procura-se, portanto, no campo neoliberal, criar uma estratégia comunicacional de que o Estado do Bem-Estar Social teria se tornado ultrapassado, atrasado, inconciliável com as novas exigências de uma economia capitalista globalizada, causador de atraso econômico, desemprego e mazelas sociais.

Mesmo diante das dificuldades encontradas em diversos países da órbita ocidental para implementarem o desmonte do Estado do Bem-Estar Social, conseguindo-se apenas algumas adaptações pontuais, como na calibragem demográfica do sistema previdenciário, devido, justamente, ao próprio sucesso das políticas sociais que acabaram por elevar o nível etário da população, é nos organismos internacionais e multilaterais de gestão do capitalismo, tais como o Banco de Compensações Internacionais (BIS), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Banco Mundial (BIRD), e em alguns círculos universitários e da burocracia estatal, que se encontram as propostas mais ultraliberais. Mauricio Delgado sustenta, a respeito, que: "Neste contexto, curiosamente, os países que de modo mais ortodoxo se submeteram à crítica e às propostas ultraliberalistas foram os que sequer haviam construído efetivos Estados de Bem-Estar Social – caso típico dos latino-americanos Argentina, Brasil e México nos anos de 1980 e 1990." (DELGADO, 2011, p.589).

Contudo, em países como o Brasil, em que a sociedade e a economia já se encontram com algum grau de inserção no sistema capitalista atual, afora as dimensões de seu território e população, o processo de desenvolvimento socioeconômico parece não prescindir da intervenção estatal nos moldes de um Estado de Bem-Estar Social. Somente o Estado seria capaz de calibrar medidas para o crescimento econômico e desenvolvimento com justiça social, conforme, aliás, lhe comete a Constituição da República. Demitir-se deste papel é, antes e acima de tudo, desrespeitar a Constituição, falhar no planejamento e faltar por omissão.

Nessa linha, como sustenta Mauricio Delgado, os dispositivos da Lei n. 13.874/2019 devem ser lidos em harmonia e conformidade com a Constituição de 1988, afastando-se, em consequência, a ideia de ruptura que o texto literal da nova

legislação em certas passagens, pode precipitadamente induzir. (DELGADO, 2019: 606)

O Estado deve, ao tempo que abre campo para uma maior latitude para a livre iniciativa e liberdade contratual, cuidar de promover a justiça social, garantindo meios para que os trabalhadores atingidos pela obsolescência, possam reencontrar um novo começo. Em primeiro, a garantia de uma educação básica sólida e a promoção de cursos profissionalizantes e de requalificação aptos a permitirem, por exemplo, que um cortador de cana que tenha perdido seu posto de trabalho possa transformar-se em um operador de colheitadeira ou, quiçá, um mecânico de trator, é uma tarefa impostergável e que não deve ser vista como utópica em um país que, para além de querer inserir-se na modernidade, deseja garantir crescimento econômico, dignidade, renda e equilíbrio psíquico para os seus cidadãos. O ser humano não pode ser descartado como um objeto inservível, sob pena de desrespeitar-se frontalmente o postulado maior da Constituição da República de 1988, a saber, o da dignidade da pessoa humana (art1º, III, da Constituição da República). Eis uma das tarefas do Estado brasileiro: proteger o trabalhador, coadunar trabalho e livre iniciativa, ao mesmo tempo que dá cobro à sua obrigação de prestar educação e saúde.

Hannah Arendt, que como sabido estudou as circunstâncias a envolverem a sociedade alemã durante o holocausto nazista, perplexa de constatar como, naquela Alemanha dos anos 1920/1930, tão avançada e culta, parte significativa da população concordou em colaborar com um regime em que horrores eram perpetrados contra os mais comezinhos valores humanos, avaliou a condição humana e a aceitação de menoscabo de garantias sociais (ARENDT, 2016, *passim*).

Nos tempos atuais, o trabalho, como fator de produção, voltou a ser um grande tema de preocupação no seio da sociedade, podendo-se afirmar que a crise do emprego é considerada como uma fatalidade, comparável a uma epidemia, mas que tem levado a uma postura de resignação. Com efeito, verifica-se uma adesão ao discurso economicista e tal se dá, ao que parece, também pela eclosão silenciosa e paulatina de um processo qual o da "banalização do mal" (DEJOURS, 2007, p. 20).

A banalização do mal é um processo de reforço recíproco entre relações de trabalho, sofrimento e prazer que, em algumas situações, deriva de pressões sociais, do ambiente do trabalho, da competitividade e animosidade entre os próprios trabalhadores, dentre outros fatores, como as próprias anomalias do sistema técnico. Atualmente, em muitas sociedades, a principal fonte de injustiça

e sofrimento é o desemprego, o grande palco de sofrimento é o trabalho, tanto para os que dele estão excluídos, quanto para os que nele permanecem.

Pode-se afirmar que, além do óbvio intuito do lucro, o que caracteriza uma empresa não é mais sua produção, não é mais seu labor, mas sim sua organização, sua gestão, seu gerenciamento. O tema da organização (da empresa) substitui o do trabalho nas práticas discursivas do neoliberalismo. Há, pois, uma revolução sendo posta em curso: o trabalho deixaria de ser tema central, teria perdido a sua importância. Neste campo, as teses do neoliberalismo podem ser resumidas em que: a) não existe mais trabalho, ele é raro, já que foi substituído pela automação; b) o trabalho não traz mais problema científico, uma vez que pode ser substituído pela máquina, sendo a atual questão a ser enfrentada a da concepção e da gestão e c) como perdeu seu mistério, o trabalho não cumpre mais um papel importante na realização das pessoas nas sociedades pós-modernas. Há que se encontrar outro mediador da subjetividade, da identidade e do sentido. (DEJOURS, 2007, p. 42)

Quando as situações de trabalho sofrem os efeitos de métodos de gestão especificamente associados ao neoliberalismo econômico, surgem as formas típicas da manipulação da informação: há uma "estratégia de distorção comunicacional". Conforme Christophe Dejours:

> Para que o discurso encontrado por um seja o mesmo para todos, é preciso que ele tenha adquirido o *status* inequívoco de discurso ou opinião *dominantes*. Isso é o que faz a estratégia da distorção comunicacional cujo papel é decisivo, diga-se mais uma vez, na banalização do mal. A racionalização economicista é um dispositivo sem o qual o medo das pessoas de bem ante a ameaça da adversidade social gerada (a precarização) não poderia alimentar as estratégias defensivas que vão dar na banalização do mal. (DEJOURS, 2007, p. 125).

Tal campo é fértil para a instabilidade social, já que os trabalhadores passam a viver como nômades, sujeitos às estafas, com crises familiares, dissolução de casamentos e uniões, alcoolismo, abuso de drogas, prostituição, contaminação por doenças sexualmente transmissíveis e toda sorte de mazelas compatíveis com a segregação. Tais signos acabam por criar estigmas que incentivam a injusta ideologia defensiva do realismo econômico, desde já infiltrada de psicologia e de sociologia espontaneamente pejorativas, sinal de darwinismo social.

O que se tem por novidade neste contexto, não são as práticas de exploração do homem pelo homem, tantas vezes denunciadas e historicamente conhecidas. O que é inusitado é a falta de mobilização coletiva contra este estado

de coisas, acompanhada da percepção que se quer generalizar que um tal sistema possa passar por razoável e justificado, que seja considerado realista e racional, que seja aceito e até tolerado pela maioria dos cidadãos, que seja defendido abertamente como um modelo a ser seguido em prol do bem, da justiça e da verdade. Consoante anota Carla Appollinario de Castro:

> A tentativa de exploração e precarização desse trabalhador vem sob o véu de que é muito melhor ser dono do seu próprio negócio, e que a liberdade experimentada de poder fazer seu horário ou o que bem quer seria melhor que ser explorado por um empregador típico. Ora, por mais que este trabalhador possa determinar o horário em que irá trabalha, se manhã, tarde ou noite, essa mínima expressão de autonomia não é suficiente para descaracterizar a subordinação a qual esse trabalhador está submetido, com tantas regras e punições. (CASTRO; BELFORT, 2020:39).

Mas esse estado de coisas pode ser reescrito. Basta redirecionar o Estado para o lado de promotor do bem-estar social e da proteção do trabalhador, com o escopo de procurar o pleno emprego, tendo como dado da realidade o de que as mudanças no processo de produção, trazidas pela globalização, é inexorável. Só o Estado tem capacidade de gerenciar o processo e elaborar políticas públicas para, detectado o problema, mapeados os gargalos e as falhas, planejar políticas públicas para ressignificar a vida das pessoas que, não sendo através de mecanismos de educação, profissionalização e reinserção no mercado de trabalho, ou, em casos extremos, talvez mesmo pela via da seguridade social, estarão fadadas ao ostracismo, ao desemprego e a integrarem um amplo contingente de desiludidos e marginalizados.

Afinal, tudo o que está na Constituição tem consequência e força, mormente aquelas disposições com o selo de direito fundamental. Urge, pois, que o poder público atue de forma a lhe dar maior eficácia. Conforme ilustra Clèmerson Merlin Clève, em passagem que bem calha ao objeto que se está a debruçar:

> Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais emergem determinadas consequências. Uma linha de crédito do BNDES, por exemplo, que favoreça a busca de maior produtividade nas indústrias brasileiras não poderá, em princípio, ser tida como inconstitucional. Mas se essa política de crédito supõe alcançar produtividade crescente por meio de substituição de trabalhadores por máquinas sem a previsão de nenhum mecanismo de preparação do trabalhador para enfrentar novamente o mercado de trabalho, é provável que a política creditícia esteja em desacordo com a normativa constitucional, especialmente com o princípio constitucional do pleno emprego e com o direito ao trabalho. Neste caso, aceitando-se ser

> discutível possibilidade de um trabalhador ameaçado aforar medida judicial contra o banco, cumpre aceitar a possibilidade de ações coletivas, especialmente manejadas pelo Ministério Público, para deter a política inconstitucional ou para compelir a autoridade responsável a reorientá-la. (CLÈVE, 2011, p. 239).

Tal estado de coisas encontra-se em perfeita sintonia com a Constituição da República eis que, tal diploma, expressamente nomeia o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, devendo exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (Constituição da República de 1988, art. 174). É isso ou estaremos fadados ao retorno ao antigo sistema em que o Estado aceitava como normal e sagrado a política da não intervenção, à moda do que preconizava, nos idos do séc. XVIII, Vincent de Gournay, sintetizada na famosa expressão: "*Laissez faire, laissez passer*" (GOURNAY, 2017, p. 58).

CONCLUSÃO

A Constituição é incisiva ao tentar compatibilizar tanto os direitos do trabalho quanto a livre iniciativa, lógica que é de grande valia para enfrentar os desafios que a globalização e as mudanças no mundo do trabalho estão a impor.

De fato, a realidade econômica tem sido impiedosa com as relações tradicionais de emprego, impondo ajustes e atualizações no campo do trabalho. E é no Estado que se encontra a pedra de toque para planejar políticas públicas capazes de proporcionar o bem-estar almejado pelo constituinte, ao tempo que incentiva o setor privado a agir de forma socialmente responsável, sem abrir mão de seu papel de ente fiscalizador.

Bem examinada, interpretada e, portanto, devidamente aplicada, a Constituição da República contém, em potência, a sabedoria para dar solução ao quadro tão tormentoso pelo qual passa a relação capital e trabalho na contemporaneidade. Basta dar-se ao trabalho de valer-se de tão precioso capital.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah *A Condição Humana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina: 1994.

BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº. 881, de 30 de Abril de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf. Acesso em: 30 out 20/20, 09:09:00.

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

CASTRO, Carla Appollinario de; BELFORT, Simone Cortes. Breves Notas sobre a Recepção da Lógica da Organização do Trabalho por Aplicativos e Algoritmos pelo Judiciário Trabalhista. In. SANDES, Fagner (org.). *Direito do Trabalho e Temas Controvertidos.* Rio de Janeiro: Autografia, 2020.

CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História:* origem e reforma. Rio de Janeiro: REVAN, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In. GARCIA, Maria (Org.) *Direitos Humanos*. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CRUZ, M. BRAGA DA. *Teorias Sociológicas.* Os fundadores e os clássicos (antologia de textos). Vol. I. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

COASE, R. H. (Ronald Harry). A firma, o mercado e o direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.*

_____. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. 5ed. São Paulo: Cortez – Oboré, 1992.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social no Capitalismo Contemporâneo. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (Orgs.) *Direito Constitucional:* teoria geral do Estado. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Malheiros: 2000.

GOURNAY, Vincent de. *Mémoires et Lettres*. Paris: Institut Coppet, 2017. Disponível em: https://editions.institutcoppet.org/ebooks/Gournay-MemoiresLettres.pdf. Acesso em: 30 out 2020, 09:45:00.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.*

HOLANDA, Marcus Mauricius. *Análise Constitucional do Acesso ao Trabalho Digno, como Instrumento do desenvolvimento Econômico e Social.* 2ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Abrangência e incidência da lei. In MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.) *Comentários à Lei da Liberdade Econômica:* Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LOEWENSTEIN, KARL. *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Editorial Planeta, 2018.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de Metodologia Jurídica – Teses, Monografias e Artigos.* 3 ed. São Paulo: YK Editora, 2017.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*: Lei 13.874, de 2019. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MENDES, Gilmar; MORAIS, Carlos Blanco de. *Mutações Constitucionais.* São Paulo: Saraiva, 2016.

NR 12 - SEGURANÇA NO TRABALHO EM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS. Disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-12.pdf. Acesso em: 30 out 2020, 10:07:00.

MIRANDA, Jorge. Caducidade de normas constitucionais. In. MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco (Org.) *Mutações Constitucionais.* São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense: 2003.

MORAIS, Carlos Blanco (Org.) *Mutações Constitucionais.* São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

NUNES, António José Avelãs Nunes. Noção e Objeto da Economia Política. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERCACIONAL DO TRABALHO (OIT). *As plataformas digitais e o futuro do trabalho: Promover o trabalho digno no mundo digital.* Bureau Internacional do Trabalho – Genebra: BIT, 2020.

Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf. Acesso em: 20 nov 2020, 09:37:00.

_____.*Trabalhar para um Futuro Melhor* – Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho Organização Internacional do Trabalho – Lisboa: OIT, 2019.

Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/ilolisbon/documents/publication/wcms_677383.pdf Acesso em: 20 nov. 2020, 11:05:00.

QUELHAS, Ana Paula do Canto Lopes P. Santos. *A Refundação do Papel do Estado nas Políticas Sociais* - a alternativa do movimento mutualista. Coimbra: Almedina, 2001.

SALOMÃO, Luis Felipe; Ricardo Villas Bôas Cueva; Ana Frazão. (Coord.) *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANDES, Fagner. (Org.) *Direito do Trabalho e temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Autografia, 2020.

SASSE, Cintia. 30 anos, Constituição da cidadania. Reportagens de Cintia Sasse e Guilherme de Oliveira. Brasília: Senado Federal, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações.* São Paulo: Nova Cultural, 1985.

TIMM, Luciano Benetti. *Artigos e Ensaios do Direito e Economia.* 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de Economia.* 3 ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NA CADEIA PRODUTIVA DA MODA: correntes invisíveis em um mundo nada *fashion*

Carla Sendon Ameijeiras Veloso
Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida.
carlaameijeiras@gmail.com

Renata Meda Vieira
Doutoranda em Direito pela Universidade Federal Fluminense.
renatameda@hotmail.com

Leonardo Rabelo de Matos Silva
Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho.
leonardorabelodematos@gmail.com

Resumo: A escravidão ainda se encontra presente em nossa sociedade, apesar de todos os esforços para combatê-la. O número aproximado de escravos contemporâneos no mundo ultrapassa os 40 milhões. O presente trabalho abordou a exploração do trabalho escravo contemporâneo na indústria da moda brasileira e a sua afronta aos direitos humanos, assim como a nossa responsabilidade social, como consumidores, para combatermos a continuidade dessa prática extremamente abusiva. O Brasil adotou a democracia a partir da Constituição Federal de 1988, portanto, garantir que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana seja respeitado acima de tudo é o seu maior dever como Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Escravos; Exploração; Trabalhador; Moda; Direitos.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará sobre a exploração da mão de obra escrava na indústria da moda, haja vista o número de pessoas encontradas em situação análoga a de escravo estar velozmente em expansão na indústria de vestuário brasileira.

Existem inúmeros exemplos de pessoas que são resgatadas de situações degradantes no local de trabalho. Diante disso, há um problema: qual a eficácia da

legislação vigente e das políticas públicas do Brasil no combate a essa exploração dos trabalhadores e qual a nossa responsabilidade social, como consumidores, para prevenirmos a continuidade dessa prática extremamente abusiva?

A linha que difere a escravidão de antigamente do presente hoje é muito tênue, os escravos contemporâneos têm sua mão de obra explorada a fim de gerar lucro para seus novos "senhores", mas em uma escala global.

O Brasil é o país da América Latina que tem os maiores índices de escravidão contemporânea, cerca de 369 mil pessoas vivem essa situação, conforme a Fundação *Walk Free*, em seu relatório *Índice Global de Escravidão 2018*.

Como este trabalho tem como objetivo aproximar-se de a realidade para melhor analisá-la e, subsequentemente, produzir transformações, a discussão sobre os impactos do uso de mão de obra escrava no mundo reveste-se de importância para o meio acadêmico.

Os objetivos deste trabalho são, além de analisar a incidência de casos de exploração do trabalho humano na indústria da moda, avaliar dados e denúncias acerca desse problema a fim de conhecer quais são suas causas e buscar reflexões sobre como combatê-las, considerando os fatores que desencadeiam ou predispõem as crescentes ocorrências de trabalhadores escravizados; avaliar a realidade socioeconômica e o que acaba levando os trabalhadores a envolverem-se nessas situações; assim como conhecer as principais causas e possíveis soluções para a sua erradicação.

Para a abordagem da pesquisa, considerando o problema proposto, será utilizado o método indutivo.

O método comparativo, por confrontar elementos levando em consideração seus atributos, pois a comparação promove o exame simultâneo para que eventuais diferenças e semelhanças possam ser constatadas e as devidas relações estabelecidas.

E o método estatístico, por efetuar predições com base nos dados coletados.

O trabalho será dividido em três capítulos, sendo o primeiro sobre a história do trabalho, o segundo capítulo versa sobre a exploração do trabalho escravo na indústria na moda abarcando desde a exploração do trabalho infantil e

da mulher, o terceiro trata das possíveis soluções para o combate da escravidão contemporânea na indústria da moda.

O levantamento dos dados será efetuado por meio de pesquisa bibliográfica.

A presente temática, por possuir grande relevância social, tem como intuito mostrar o quanto é necessário expormos os horrores praticados pela indústria da moda aos seus trabalhadores, noticiando tanto os abusos sofridos por essas pessoas como também divulgando as marcas que exploram o trabalho humano na indústria de vestuário.

1 BREVE HISTÓRIA DO TRABALHO E DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

A história do trabalho humano é uma história de terror, sendo marcada por precárias condições de trabalho, desemprego e exploração da classe operária. Os trabalhadores começaram a se reunir em busca de melhores condições de trabalho no período da Revolução Industrial. O Estado dá início timidamente as primeiras formas de intervenção, podendo ser afirmado, que se inicia do Direito do Trabalho.

Posteriormente, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que motivou os povos a adotarem certas garantias fundamentais pertencentes à figura humana.

No Brasil, a Constituição do Império de 1824, acompanhando os conceitos da Revolução Francesa, aboliu as corporações de ofício, propiciando independência ao trabalho. Posteriormente, a Constituição da República de 1934 em seu art.121 assim também o determinou.

Após as Constituições brasileiras seguintes, finalmente foi promulgada a de 1988, que exaltou os direitos dos trabalhadores e suas condições sociais dignas.

Mesmo após a vigência da Lei 13467/2017, que estabeleceu possibilidades de flexibilização das relações de trabalho e a pejotização, não há qualquer referência a possibilidade de existência do trabalho escravo. O Código Penal do artigo 149 estabelece, inclusive, penalidades para a prática.

A Portaria MTB 1.293/2017 oferece uma nova deliberação de jornadas exaustivas e condições degradantes, trazendo o entendimento de que é desnecessária a coação direta da liberdade de deslocar-se para que haja de fato o trabalho escravo.

É possível asseverar que a violação do direito ao trabalho digno, com impacto na capacidade da vítima de fazer escolhas segundo a sua livre determinação, também significa reduzir alguém a condição análoga à de escravo.

1.1 A Exploração do Trabalho Escravo no Brasil

Lamentavelmente, referir-se sobre o trabalho escravo no Brasil como se fosse parte do passado é um erro. O problema ainda perdura, ainda que se manifeste de uma forma distinta da que acontecia no século XIX.

Para a Fundação Instituto de Direitos Humanos (1969), um aspecto ainda bastante negativo em relação ao Brasil é o total desrespeito à dignidade humana, no que tange ao trabalho em condição análoga a de escravo, mesmo que a Convenção Americana de Direitos Humanos (em seus artigos 3°, 4° e 5°), juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, estabeleçam que ninguém poderá ser submetido à escravidão.

Os exploradores dos escravos urbanos se aproveitam da fragilidade desses trabalhadores, distantes de casa e, geralmente, em situação irregular no Brasil, para pagar salários irrisórios por jornadas de trabalho extensas, oferecendo condições sub-humanas de residência e alimentação.

Atualmente, estamos recebendo vários venezuelanos que entram no país – na maioria vezes ilegalmente – em busca de uma situação de vida melhor do que a que encontram em seu país, o qual é palco de uma enorme e crescente crise social e econômica.

Além dos imigrantes no Brasil, os caminhoneiros e trabalhadores marítimos também podem ser considerados categorias vulneráveis às condições de trabalho degradantes, pois trabalham excessivamente e, diversas vezes, ficam isolados do resto da população devido à grande exigência e produtividade.

Uma das formas de escravidão mais encontradas no Brasil é a da servidão por dívida.

Segundo Leonardo Sakamoto (2003), "a escravidão contemporânea é diferente daquela que existia até o final do século 19, quando o Estado garantia que comprar, vender e usar gente era uma atividade legal". Ele rotula esse ato como uma atividade perversa aos trabalhadores, já que, além de roubar a sua liberdade, fere também a sua dignidade. Na escravidão contemporânea, não importa se o indivíduo é negro, amarelo ou branco, idoso ou criança, todos são tratados como insignificantes, descartáveis, independentemente de sua raça ou idade.

No nosso dia a dia, parece impossível haver escravos em um país no qual tanto se fala em seu crescente desenvolvimento e modernização como o nosso. Porém, no dia 27/11/2014, os auditores fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) resgataram trabalhadores que produziam para as lojas Renner e que eram mantidos em condições análogas às de escravidão. A Renner está sendo investigada por cometer *dumping social*, quando se obtém proveito financeiro ao desvalorizar a mão de obra para obter lucro, sonegando os direitos dos trabalhadores, explorando-os para seu próprio benefício.[1]

1.2 A Exploração do Trabalho Escravo na Indústria da Moda Brasileira

O Brasil possui a quinta maior indústria têxtil e a quarta maior indústria de confecção do mundo. Contudo, devido à alta competitividade nesse setor e à busca incessante por lucro, as empresas são pressionadas pela globalização e, também, como refere Fernando Caulyt (2017): "[…] pela concorrência traiçoeira de alguns países asiáticos que utilizam da mão de obra escrava, o que acaba tendo um efeito perverso sobre as condições de trabalho no Brasil".

Em 2014, o Ministério Público do Trabalho entrou com uma ação civil pública contra a marca M. Officer, já que no ano de 2013 foram descobertos imigrantes bolivianos e paraguaios morando em uma oficina que produzia exclusivamente para a marca e tinham uma jornada de trabalho que começava às

[1]AGENCIA Brasil. **Fornecedoras da Renner terão de pagar R$ 1 milhão por uso de trabalho escravo**. 2014. Disponível em: https://www.correio24horas.com.br/ noticia/ nid/fornecedoras-da-renner-terao-de-pagar-r-1-milhao-por-uso-de-trabalho-escravo/ [24/05/2019].

7 horas e ia até às 22 horas, sendo remunerados conforme o número de peças que produziam.

Atualmente, no final de 2017 e durante o ano de 2018, foram descobertos mais casos de trabalhadores em situação análoga ao de escravo na indústria da moda brasileira.

As jornadas de trabalho, segundo o Ministério do Trabalho, aproximavam-se de 70 horas semanais, sendo constatado o trabalho escravo devido às condições degradantes e às jornadas exaustivas, o que caracteriza o crime, conforme o Código Penal.

2 A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO FEMININO E INFANTIL NA INDÚSTRIA DA MODA

O processo de industrialização foi marcado por explorar as chamadas "meias-forças", referentes à mão de obra feminina e infantil. No dizer de Barros (2017, p. 705) : "[...] a mão de obra da mulher e do menor foi solicitada na indústria têxtil, tanto na Inglaterra, como na França, porque menos dispendiosa e mais 'dócil'".

Como as mulheres e crianças são o laço mais frágil na relação de trabalho, com o tempo foram pensadas normas exclusivas que objetivam tutelá-las, tanto na nossa Constituição, quanto pela Organização Mundial do Trabalho. As questões socioculturais que pesam sobre a mulher são as maiores responsáveis pela necessidade de normas especiais, destinadas a reverter as opressões sociais, mas também de qualquer eventual limitação física.

Amauri e Sônia Mascaro Nascimento (2014, p. 927) conceituam que:

> A proteção aos menores, diz Mario de la Cueva, é o ato inicial do direito do trabalho, pois foi o *Moral and Health Act*, expedido por Robert Peel, em 1802, a primeira disposição concreta que corresponde à ideia contemporânea do direito do trabalho. Ao manifesto de Peel, traduzido no protesto 'Salvemos os menores', lema de campanha pela proteção legal, culminou a redução da jornada diária de trabalho do menor, para 12 horas.

A crise econômica em que as famílias se encontram tem sido a grande causadora da exploração do trabalho infantil.

No Brasil, conjuntamente com o Ministério Público do Trabalho, OIT e o Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI), há o movimento *Fashion Revolution*, o qual realiza campanhas com o fito de conscientizar e tecer iniciativas para erradicação do trabalho infantil na indústria da moda, tendo como principal objetivo fazer os consumidores repensarem a origem de seus produtos.

Os efeitos do trabalho das crianças e dos adolescentes são vários, prejudicando a aprendizagem da criança, a pondo em situação de vulnerabilidade em múltiplos pontos, englobando a saúde, exposição ao abuso, assédio sexual, esforços físicos impetuosos, incidentes com maquinários, entre outros, elucidado pela Campanha ANA - Aliança Nacional dos Adolescentes.

2.1 O Trabalho da Mulher e a Desigualdade de Gênero no Trabalho Escravo Contemporâneo: A Influência da Discriminação Feminina no Mundo do Trabalho

Outrora, o trabalho feminino era destinado às atividades domésticas, como a tecelagem, preparo de alimentos, agricultura e vestuário. Historicamente, o trabalho da mulher sempre apresentou uma importância menor do que o exercido pelo homem.

Um relatório da OIT, de 2018, dispõe que mulheres e meninas são as vítimas predominantes do trabalho escravo e, geralmente, em condições desumanas e suscetíveis ao abuso moral, físico e sexual. Conforme Beatriz Camargo (Reporter Brasil, 2018): "Das cerca de 12 milhões de pessoas que realizam trabalhos forçados, 56% dos explorados economicamente por meio de coação física ou psicológica são mulheres ou meninas, segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT)".

Por mais que se lute pela igualdade entre os gêneros no mercado de trabalho, é incontestável que a mulher necessita de um amparo legal maior, e não se trata de preconceito ou discriminação, mas de uma adequação à estrutura física e psíquica da mulher. Daí a necessidade de uma legislação diferencial que as ampare em seus direitos.

Desde a Constituição Federal de 1932 até a Constituição Federal de 1988, podemos perceber a evolução da legislação quanto à proteção do trabalho da mulher, sendo que a nossa Carta Magna atual nos traz direitos como o da licença

gestante de 120 dias, sem prejuízo do emprego ou salário, vedação de diferenças salariais, consignação de preceitos de admissão e desempenho de função pelo gênero e igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. Esses foram alguns dos avanços basais que a nossa Constituição atual proporcionou às mulheres, sem contar as normas estabelecidas pela CLT e, sobretudo, pelas Convenções da OIT, mas, infelizmente, mesmo sendo direitos básicos, ainda não são respeitados.

Embora tenha existido grandes avanços no mercado de trabalho nos últimos tempos, isso se aplica mais na prática do que na realidade, já que é notável a disparidade entre homens e mulheres.

Para Britto (2016), "a indústria da moda escraviza a mulher que consome e, mais fortemente, a mulher que produz [...]. Dos 40 milhões de empregados na indústria da moda em todo o mundo, 85% são mulheres".

No ano de 2013, o desabamento do edifício Rana Plaza, em Bangladesh, ocasionou um alvoroço internacional, pois o prédio abrigava fábricas autônomas, com aproximadamente 5.000 trabalhadores – em sua maior parte, mulheres – que manufaturavam para marcas como *Zara, H&M, Primark, Benneton, Walmart, Carrefour, The Children's Place*, dentre outras. Os empregados permaneciam em condições análogas à escravidão. (BRITO, 2016)

No Brasil, o ocorrido impulsionou a Marcha Mundial das Mulheres a organizar um protesto nas portas da Riachuelo, devido às acusações de trabalho escravo sofridas pela marca.

Importante salientar que a instituição do Dia Internacional da Mulher foi motivada pela morte brutal de centenas de operárias em uma fábrica têxtil de Nova York, nos Estados Unidos, quando elas entraram em greve a fim de exigir seus direitos, tais como a licença maternidade e a redução da jornada de trabalho.

Para Brito (2016) "O feminismo marxista de autoras como Alexandra Kollontai preconizava a liberdade das mulheres ligada à do proletariado. August Bebel, um dos fundadores do Partido Social Democrata da Alemanha, escreveu: 'A mulher e o trabalhador têm ambos em comum o fato de serem oprimidos'".

Conforme asseverou Ricardo Antunes (2009, p.109):

> As relações entre gênero e classe nos permitem constatar que, no universo do mundo produtivo e reprodutivo, vivenciamos também a efetivação de uma construção social sexuada, onde os homens e as mulheres que trabalham são, desde a família e a escola, diferentemente qualificados e capacitados para o ingresso no mercado de trabalho. E o capitalismo tem sabido apropriar-se desigualmente dessa divisão sexual do trabalho.

Conforme dados da Organização Internacional do Trabalho, aproximadamente 21 milhões de trabalhadores no mundo estão expostos a trabalhos forçados. Dentre eles, 11,5 milhões são mulheres. Com isso, podemos perceber o quão importante é a repercussão e a exposição dos abusos sofridos pelas mulheres na indústria da moda, para que se possa punir as empresas que propiciam essa forma de usurpação e inibir suas ocorrências no futuro.

3 AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O COMBATE E PREVENÇÃO DA ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

Ante todo o exposto, podemos observar que todo trabalhador possui garantias mínimas, como jornada de trabalho limitada, salário-mínimo, horas extras, período de descanso, higiene, saúde e segurança no ambiente de trabalho, adicional de insalubridade, entre outras, garantias essas que são inexistentes no dia a dia vivenciado pelos trabalhadores escravizados nas fábricas de vestuário, haja vista trabalharem, por exemplo, por até aproximadamente 70 horas semanais, sem períodos de descanso e em condições desumanas.

É inaceitável que essa prática persista, que seres humanos em busca de uma vida melhor sejam tratados como objeto descartável quando perdem a "serventia" para seus patrões, que sejam subjugados a fim de gerar lucro, já que o trabalho escravo é mais fácil do que garantir ao trabalhador carteira assinada para que possa dispor de direitos mínimos, como salário digno, descanso e liberdade.

O Brasil avançou em relação à criação de políticas públicas visando evitar novas ocorrências de trabalho escravo pelo país, mostrando a preocupação do Estado com esse problema social, mas está muito longe do efetivo combate.

Segundo informações do site do Senado Federal (2011), foram libertados 40 mil brasileiros de trabalho análogo a de escravo desde a criação do grupo Especial de Fiscalização Móvel e do Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado, os dois de 1995. No ano de 2003, foi lançado o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, que teve sua segunda edição no ano de 2008 e,

para o seu acompanhamento, foi criada a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae), contando com instituições da sociedade civil que são pioneiras nas ações de combate ao trabalho escravo no país.

Em informação retirada do Setor de Comunicações do Tribunal Superior do Trabalho (2014): "Segundo a OIT, o país já cumpriu quase 70% das metas estabelecidas. Dentro disso, a Justiça do Trabalho atua para que se garantam os direitos dos trabalhadores assegurados pela Constituição Federal e pela Consolidação das Leis do Trabalho".

No mês de dezembro de 2003, o Congresso aprovou uma mudança no Código Penal para melhor identificar o crime de "reduzir alguém à condição análoga a de escravo", que começou a ser estipulado como aquele em que há submissão a trabalhos forçados, jornada exaustiva ou condições degradantes e restrição de locomoção em razão de dívida contraída, a chamada servidão por dívida. Esse crime pode ser punido com prisão de 2 a 8 anos, e a pena pode chegar a 12 anos se tratar de criança ou por preconceito. Todavia a situação não teve progressos, inclusive, com a PEC do Trabalho Escravo, e, o Brasil foi condenado em 2017 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Prática da Escravidão em nosso território.

Hoje em dia, já existe um aplicativo que foi desenvolvido pela ONG *Made In a Free World*, conhecida pelo combate contra a escravidão. Segundo a jornalista Débora Spitzcovsky, o aplicativo, chamado *Slavery Footprint*, contém um teste, no qual consiste algumas perguntas que questionam o consumo diário da pessoa e a partir das respostas mensura, aproximadamente, o quanto de mão de obra escrava utilizamos em nosso dia a dia, e não é pouca.

Sakamoto (2003), em sua palestra *Diagnóstico do Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil*, diz que: "um papel fundamental no combate ao trabalho escravo é o do consumidor: na medida em que ele tem acesso à informação e rejeita produtos provenientes do trabalho análogo à escravidão, a prática é desestimulada". Ele dirige a ONG Repórter Brasil, fundada em 2001, a qual tem a finalidade de promover um movimento para a reflexão sobre os abusos sofridos pelos trabalhadores brasileiros e a violação de seus direitos fundamentais.

Devemos procurar nos informar e incentivar outros a mudarem seus hábitos de compra, buscando verificar se o que cada um consome provém de trabalho escravo. E não é muito difícil já que, além da Lista Suja, existem

aplicativos que ajudam nesse quesito, como mencionado anteriormente. Uma das organizadoras brasileiras do *Fashion Revolution*, organização que opera com a conscientização do consumo da moda, Eloisa Artuso, fala que: "Quando o consumidor tem acesso a informações, ele se torna mais responsável e escolhe para qual marca quer dar seu dinheiro".

Quando se é exigido pelos consumidores uma maior transparência acerca da produção dos produtos, as empresas são forçadas a mostrar o que ocorre por trás da sua produção e, para que isso aconteça, devemos repensar as roupas e demais acessórios que escolhemos usar, afinal, se nós, como consumidores, não contribuirmos comprando dessas marcas que exploram os trabalhadores, as chances de a indústria da moda mudar nesse quesito irão aumentar ao passar por mutações efetivas para diminuir o trabalho forçado.(TANJI, 2016)

A Conatrae elaborou o 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, o qual traz uma gama de instruções para a luta contra a escravidão moderna. As denúncias são essenciais para que possa haver fiscalizações e, consequentemente, identificação dos responsáveis e adequada punição.

Para Ronaldo Lira, vice coordenador da Coordinfância - Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho de Crianças e Adolescentes –, o boicote e o consumo consciente são as principais ferramentas para o combate à escravidão, o que resta facilitado pelo surgimento de aplicativos que acusam as marcas flagradas promovendo a exploração do trabalho análogo a escravidão, como é o caso do Moda Livre, lançado recentemente.

Além do exposto, há também a necessidade de proporcionar à população uma maior quantidade de conteúdos e debates visando à conscientização do seu consumo, repensando o uso das marcas acusadas de utilização da mão de obra escrava e, sobretudo, planejar boicotes a essas marcas, já que a única linguagem que elas compreendem é a do lucro acima de qualquer coisa, inclusive da vida e da dignidade humana.

CONCLUSÃO

Como a liberdade e a dignidade da pessoa humana são pressupostos de nosso Estado Democrático de Direito, o trabalho análogo ao de escravo é originador de diversos problemas, ferindo princípios constitucionais, e nós, como cidadãos, devemos reforçar e garantir a efetividade desses direitos, auxiliando para

exterminar com o sofrimento de milhares de homens, mulheres, idosos e crianças encontrados em situações tão precárias e desumanas, não tolerando tratamentos cruéis infligidos a eles, buscando, assim, um mundo melhor para todos e o fim desse problema jurídico, social e econômico, nos livrando das amarras da escravidão de uma vez por todas.

Desse modo, podemos verificar que, para o meio acadêmico, a abordagem do assunto é essencial, haja vista que, até então, a forma mais eficaz ao combate do trabalho forçado – mais até que as leis, comumente negligenciadas - é a conscientização da população a respeito do assunto, motivo pelo qual o debate acerca da exploração da escravidão contemporânea deve ser fomentado.

Primeiramente, vimos a história do trabalho humano, analisando como ocorreu seu desenvolvimento e a evolução do direito do trabalho, visando proteger os trabalhadores da exploração de sua mão de obra, passando pela história do trabalho escravo no Brasil e seus episódios na indústria da moda brasileira.

Após, no segundo capítulo, foi tratada através de uma breve passagem pela história a exploração da mão de obra escrava feminina e infantil na indústria têxtil, trazendo um breve apanhado das principais leis regulamentadoras dos seus direitos, já que são a parte mais frágil nas relações de emprego.

No último capítulo, frente ao problema proposto, foram expostas as atividades que buscam dirimir a exploração do trabalho forçado na indústria da moda, passando pelas possíveis soluções e formas de combate.

Quanto aos objetivos propostos, foram concluídos plenamente, uma vez que compreendiam, principalmente, em aproximar-se de a realidade vivenciada pelos trabalhadores escravizados para melhor analisá-la e, através dos dados de incidência e casos expostos no decorrer do trabalho - notadamente acerca da exploração da mão de obra escrava da mulher, crianças e adolescentes - propiciar o conhecimento dos fatores que predispõem as ocorrências e apontamentos de sugestões para sua erradicação e prevenção.

Outrossim, é oportuno compreender que todo conteúdo exposto no transcurso do trabalho importa em propiciar uma maior reflexão social acerca do tema, através da expansão da temática para as pessoas que terão acesso a esta obra.

REFERÊNCIAS

AFP (Agence France-Presse). Existem mais de 40 milhões de escravos no mundo. **Revista Eletrônica Carta Capital**. 2017. Disponível em: <https:// www.cartacapital. com.br/diversidade/existem-mais-de-40-milhoes-de-escravos-no-mundo> [17/06/2019].

AGENCIA BRASIL. **Fornecedoras da Renner terão de pagar R$ 1 milhão por uso de trabalho escravo**. 2014. Disponível em: https://www.correio24horas.com.br/noti cia/nid/fornecedoras-da-renner-terao-de-pagar-r-1-milhao-por-uso-de-trabalho-escravo/ [24/05/2019].

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho.** 1 ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.

BARROS, Alice Monteiro. Cidadania, relações de gênero e relações de trabalho. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg**., Belo Horizonte, v.47, n.77, jan./jun.2008, p.67-83.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. Atualizada por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017.

BERTÃO, Naiara. Chega da moda cafona do trabalho escravo. **Exame**. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/revista-exame/chega-de-risco/> [25/05/2019].

BIGNAMI, Renato. In: CAULYT, Fernando. A lógica perversa de exploração na indústria têxtil. **Carta Capital**. 2017, s/p. Disponível em: https://www.cartacapital. com.br/economia/a-logica-perversa-de-exploracao-na-industria-textil [28/05/2019].

BODART, Cristiano. **Origem da Palavra "Trabalho"**. 2010. Disponível em: < https://cafecomsociologia.com/origem-da-palavra-trabalho/>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

BRASIL, Presidência da República. II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília: SEDH, 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm> [25/05/2019].

BRASIL. Senado Federal. Escravos urbanos estão em grandes cidades. **Revista Eletrônica em Discussão**. Edição de 03 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/trabalho-esc ravo-atualmente/escravos-urbanos.aspx> [14/06/2019].

BRASIL. Senado Federal. Escravos de hoje são descartáveis. **Revista Eletrônica em Discussão**. Edição de 03 fev. 2011. Disponível em: <https://www.senado.gov.br /noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/trabalho-escravo-atualmente/escravos-de-hoje-sao-descartaveis.aspx> [08/06/2019].

BRASIL. Senado Federal. Trabalho Escravo Atualmente. **Revista Eletrônica em Discussão**. Edição de 03 fev. 2011. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/notici as/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/trabalho-escravo-atualmente.aspx> [14/05/2019].

BRASIL. Senado Federal. PEC que torna trabalho escravo imprescritível será analisada na CCJ. **Senado Notícias.** 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ noticias/materias/2018/01/05/pec-que-torna-trabalho-escravo-imprescritivel-sera-analis ada-na-ccj> [28/05/2019].

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região TRT-15 - Recurso Ordinário: RO 10029 SP 010029/2010. Ano 2010. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18960972/recurso-ordinar io-ro-10029-sp-010029-2010/inteiro-teor-104213277?ref=juris-tabs> [22/06/2019].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Erradicação do Trabalho Escravo. TST. Rio Grande do Sul, em 13 de jan. de 2014. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/ guest/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101 [20/05/2019]

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. O número de trabalhadores resgatados do trabalho escravo é o menor em 16 anos. TST. Em 27 de jan. de 2017. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/web/guest/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101 [28/05/2019].

BRITTO, Rafaella. **Exploração de mulheres na indústria da moda**: um mal histórico. 2016. Disponível em: <http://www.imperioretro.com/ 2016/06/explora cao-de-mulheres-na-industria-da.html> [28/05/2019].

CALIL, Lea Elisa Silingowschi. **História do direito do trabalho da mulher**: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século. São Paulo: LTr, 2000.

CAMARGO, Beatriz. Mulheres são mais vulneráveis à exploração sexual e ao trabalho forçado. **Reporter Brasil.** Disponível em:

<http://reporterbrasil.org.br/2006/09/mulh eres-sao-mais-vulneraveis-a-exploracao-sexual-e-ao-trabalho-forcado/> [28/05/2019].

CAMARGO, Orson. **Trabalho escravo na atualidade**. Disponível em <https://bra silescola.uol.com.br/sociologia/escravidao-nos-dias-de-hoje.htm> [20/06/2019].

CASTRO, Brunna Rafaely Lotife. **A Evolução histórica do Direito do Trabalho no Mundo e no Brasil**. 2013. Disponível em <https://brunnalotife.jusbrasil.com.br/art igos/111925458/a-evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil> [19/06/2019].

CAULYT, Fernando. A lógica perversa de exploração na indústria têxtil. **Carta Capital**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/economia/a-logica-perversa-de-explo racao-na-industria-textil> [28/05/2019].

DIAS, Guilherme Soares. **Trabalho infantil na indústria têxtil de SP atinge principalmente migrantes**. 2018. Disponível em: < http://www.chegadetrabalhoinfantil .org.br/noticias/materias/trabalho-infantil-na-industria-textil/> [20/05/2019].

FONTENELE, Augusto. ALVIM, Rafaela. **Justiça do Trabalho apoia aprovação da PEC do Trabalho Escravo**. TST. Rio Grande do Sul, 26 de maio de 2012. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/web/guest/ home?p_p_id=101 &p_p_lifecyc le=0&p_p_sta te=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2 Fview_content&_101. [13/06/2019].

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Direitos Trabalhistas Constitucionalizados**: De 1824 a 1988 e 25 anos depois**.** Belém, 03 de nov. de 2013. Disponível em http://www.lex.com.br/doutrina_25388279_direitos_trabalhistas_constitucionalizados_de_1824_a_1988_e_25_anos_depois.aspx [18/06/2019].

FREYRE, Gilberto. **Em torno de Joaquim Nabuco**. São Paulo: A Girafa, 2010.

G1. Ministério confirma trabalho escravo em oficina que costurava para lojas. **Jornal Eletrônico Globo**. São Paulo, 27 nov. 2014. Disponível em: <http://g1.glo bo.com/econo mia/noticia/2014/11/ministerio-confirma-trabalho-escravo-na-renner-em-sp-e-no-rs .html> [30/05/2019].

G1. MTE divulga fotos de situação precária em oficina que costurava para lojas. **Jornal Eletrônico Globo.** São Paulo, 28 nov. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/11/ministerio-do-trabalho-e-

emprego-divulga-fotos-de-situacao-pr ecaria-em-oficina-que-costurava-para-lojas.html> [30/05/2019].

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Trabalho Escravo, Forçado e Degradante**: Trabalho Análogo à Condição de Escravo e Expropriação da Propriedade. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_23931020_trabalho_escravo_forcado_e_degradante [28/05/2019].

GARCIA, Maria Fernanda. **Escravizados**: Brasil é líder na América Latina em escravidão moderna. 2018. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/ escravizados-brasil-e-lider-na-america-latina-em-escravidao-moderna/> [18/05/2019].

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LAPORTA, Taís. Fiscais flagram trabalho escravo em oficinas que fabricavam peças da Animale e A.Brand. **G1**. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/ fiscais-flagram-trabalho-escravo-em-oficinas-da-animale-e-abrand.ghtml>[28/05/2019].

MACHADO, Sidnei. **O Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil**: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa. São Paulo: LTr, 2001.

MAGALHÃES, Ana. Medo, fome, noites ao relento e trabalho escravo: a travessia dos venezuelanos na fronteira norte do Brasil. **Reporter Brasil**. 2018. Disponível em: <http:// reporterbrasil.org.br/2018/05/medo-fome-noites-ao-relento-e-trabalho-escravo-a-traves sia-dos-venezuelanos-na-fronteira-norte-do-brasil/> [17/06/2019].

_____. Reforma trabalhista dificulta combate ao trabalho escravo. **Reporter Brasil**. 2017. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2017 /07/ reforma-trabalhista-dificulta-combate-ao-trabalho-escravo/> [20/05/2019].

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. **A escravidão no Brasil:** ensaio histórico, jurídico, social. 4. ed. 2 v. Petrópolis/Brasília: Vozes/INL, 1976.

MARCHÃO, Talita. **Salário retido e moradia precária**: venezuelanos são resgatados de trabalho escravo em RR. São Paulo, 2018. Disponível em: https://noticias .uol.com.br/internacional/ultimas-

noticias/2018/04/26/trabalho-escravo-venezuelanos-roraima.htm [25/05/2019].

MARQUES, Raquel. **O trabalho infantil e o lado obscuro da indústria da moda**. 2018. Disponível em: <http://www.chegadetrabalhoinfantil.org.br/noticias/materias/o-trabalh o-infantil-e-o-lado-obscuro-da-industria-da-moda/> [20/05/2019].

MELO, Ana Maria Aparecida Mendonça Toscano. **Legislação do direito do trabalho da mulher uma perspectiva de sua evolução.** Disponível em: < https://www.jurisway .org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6254> [22/06/2019].

MIRANDA, Cíntia Clementino. OLIVEIRA, Lourival José de. Trabalho Análogo ao de Escravo no Brasil: necessidade de efetivação das políticas públicas de valorização do trabalho humano. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 5, n. 3. p. 150-170, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOMURA, Leandro. **Mulheres são face oculta do trabalho forçado na moda, dizem especialistas**. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsoci al/2017/10/1926291-mulheres-sao-face-oculta-do-trabalho-forcado-na-moda-dizem-esp ecialistas.shtml> [02/05/2019].

ONG Repórter Brasil. Dados sobre trabalho escravo no Brasil. **Reporter Brasil**. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/dados/trabalhoescravo/> [14/06/2019].

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Perspectivas sociales y del empleo en el mundo:** Avance global sobre las tendencias del empleo femenino 2018. Disponível em: <http://www.observatoriolaboral.gob.mx/static/estudios-publica ciones/tendencias-empleo-femenino-2018.pdf> [28/05/2019].

PE. Portal Educação. **Direito do trabalho**: história, surgimento e evolução. Disponível em <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/direito-do-trabalho-hi storia-surgimento-e-evolucao/49633> [19/06/2019].

REDE BRASIL ATUAL. **Mulheres protestam contra trabalho escravo na Riachuelo**. RBA. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2018/04/mulheres-protestam-contra-trabalho-escravo-na-riachuelo> [28/05/2019].

REPÓRTER BRASIL. **As marcas da moda flagradas com trabalho escravo.** Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2012/07/especial-flagrantes [24/06/2019].

_____. **Dados sobre trabalho escravo no Brasil.** Disponível em:< http://reporterbrasil.org.br/dados/trabalhoescravo/> [24/06/2019].

RIBEIRO, Beatriz Augusta Barrozo. As diferenças entre o trabalho escravo e o trabalho análogo ao de escravo. **Saber Digital**, v.9, n.1, p. 39-54, 2016.

ROVER, Tadeu. **Ministério do Trabalho publica nova portaria sobre trabalho escravo**. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-dez-29/ministerio-trab alho-publica-portaria-trabalho-escravo [20/04/2018].

SAKAMOTO, Leonardo. Nova Escravidão é mais Vantajosa para Patrão que a da Época Colonial. **Reporter Brasil**. 2003. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2003/12/ nova-escravidao-e-mais-vantajosa-para-patrao-que-a-da-epoca-colonial/> [19/11/2020].

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

_____. **Trabalho Escravo:** a abolição necessária. São Paulo: LTr, 2008.

SENRA, Ricardo. **Fiscalização Flagra Trabalho Escravo e Infantil em Grife de Luxo em SP**. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/06/17 83488-fiscalizacao-flagra-trabalho-escravo-e-infantil-em-grife-de-luxo-em-sp.shtml>. [28/05/2019].

SERRANO, Rita. **Mulheres na Caixa, uma trajetória de avanços e desafios.** Disponível em: <http://www.fenae.org.br/portal/to/informacoes/noticias-fenae/ mulheres-na-caixa-uma-trajetoria-de-avancos-e-desafios.htm>. [28/05/2019].

SILVA, Cássia Cristina Moretto**. A proteção ao trabalho na Constituição Federal de 1988 e a adoção do permissivo flexibilizante da legislação trabalhista no Brasil.** Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf> [15/06/2019].

SPITZCOVSKY, Débora. Quantos escravos trabalham para você (indiretamente)? Faça o teste. **Revista Eletrônica *The Greenest Post***. Disponível em: <http://theg reenestpost.bol.uol.com.br/quantos-escravos-trabalham-para-voce/> [06/05/2019].

TANJI, Thiago. Escravos da moda: os bastidores nada bonitos da indústria fashion. **Revista Eletrônica Galileu**. Junho/2016. Disponível em: <http://revistagalileu.globo. com/Revista/noticia/2016/06/escravos-da-moda-os-bastidores-nada-bonitos-da-industria-fashion.html> [02/06/2019].

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Palais de Chaillot, Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources10133.htm> [10/06/2019].

VALADA, Matheus Malta. **Proteção do Trabalhador no Brasil – Legislação Atual**. Disponível em: <https://matheusvalada.jusbrasil.com.br/artigos/178744302/ protecao -do-trabalhador-no-brasil-legislacao-atual> [27/05/2019].

VENTURA, Deisy. **Monográfica Jurídica:** Uma visão prática. 2. ed. Livraria do Advogado. Disponível em: <https://2002.-de-trabalho-escravo-na-industria-textil-no-br asil/> [20/05/2019].

WERBER, Rosa. In: ROVER, Tadeu. **Ministério do Trabalho publica nova portaria sobre trabalho escravo**. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-dez-29/ministerio-trabalho-publica-port aria-trabalho-escravo [20/04/2018].

ELIMINAÇÃO SEGURA DO AMIANTO NO BRASIL: uma dialética entre o papel regulador do Estado e as condições de defesa e proteção os consumidores e usuários de serviços públicos

Claudia Márcia Costa
Universidade Presbiteriana Mackenzie e Universidad de Deusto
claudia.costa@mackenzie.br

Viktor Ruppini Prado
Universidad de Deusto
vruppini@opendeusto.es

Resumo: O uso do amianto em larga escala pela indústria da construção civil ao longo do Século XX resultou em uma proliferação deste mineral cancerígeno de maneira difusa nos espaços urbanos. Os parâmetros produtivos de sustentabilidade reconhecidos no início do Século XXI implicam no reconhecimento do Estado como agente estruturante da ordem econômica, por força das garantias e instrumento constitucionalmente estabelecidos no Estado Democrático de Direito. A partir dessa perspectiva, a eliminação do asbesto surge como dever intrínseco do Poder Público no caso brasileiro, seja pela via legislativa, seja pela necessidade de adequação da infraestrutura pertencente à Administração Pública ou mesmo pela adoção de políticas públicas que promovam estímulo aos agentes privados na eliminação do asbesto e educação aos consumidores para que estes reconheçam a importância de alteração dos parâmetros produtivos que empreguem o uso desse tipo de mineral.

Palavras-chave: Poder Público; consumo; saúde e segurança; amianto.

INTRODUÇÃO

A consolidação da Segunda Revolução Industrial causou alteração estrutural sem precedentes nos processos produtivos da atividade econômica, impactando diretamente a organização social das comunidades políticas, redesenhadas em sua estrutura produtiva e interativa com o advento da Modernidade.

Ao final do Século XIX, há um rol de características diferentes aos trabalhadores, em relação a outros períodos históricos, cuja participação

econômica também como consumidores-finais é refletida no ambiente político de reconhecimento de seus direitos garantidos por uma Constituição, conforme desenhado o modelo de sociedade moderna a partir das Revolução Liberais do Século XVIII e XIX. O trabalhador é um consumidor, símbolo discursivo de sua condição como cidadão.

Nesse ponto, os movimentos de rápida industrialização do Ocidente miraram processos produtivos que assegurassem matéria-prima de baixo custo e facilidade de manipulação, cuja reprodução técnica pudesse se dar em escalas de abastecimento internacional da infraestrutura.

No caso de indústrias com necessidade de materiais de alta resistência no produto, como a indústria automobilística, construção civil, naval e de produtos químicos, a utilização do amianto – ou asbesto -, em qualquer de suas formas, foi um ponto central para seu desenvolvimento, especialmente a partir da adoção de políticas estruturais de intervenção do Estado na economia a partir da segunda década do Século XX.

O uso progressivo do amianto nos processos produtivos correlaciona-se também com o patenteamento do fibrocimento no início do Século XX e com uma "extensão geográfica dos locais de exploração do mineral: além de Canadá, e da ex-União Soviética, novas jazidas começarão a ser exploradas na América do Sul, África e na Austrália" (LACOMBLEZ e LEITÃO, 2020, p. 2).

Logo nas primeiras décadas do Século XX se iniciaram movimentos científicos e de trabalhadores questionando a segurança do uso do mineral nos processos produtivos, com o aparecimento, na literatura médica, de casos indicando a relação causal entre a exposição ao amianto e o surgimento de doenças como asbestose e câncer de pulmão, a partir de 1935, no Reino Unido, seguido de normatização expressa nesse sentido na Alemanha, em 1938 (MCCULLOCH e TWEEDALE, 2008, p. 8). Apesar desses movimentos, não houve uma crítica efetiva aos parâmetros produtivos que empregavam o mineral até o final da década de 1960.

Mesmo com a identificação de riscos à saúde dos trabalhadores por estudos do Estado japonês a partir da década de 1930 e até após a Segunda Guerra Mundial, o próprio Japão promoveu o uso do asbesto no processo produtivo para garantir o desenvolvimento de sua indústria e infraestrutura, tomando medidas legislativas para restringir seu uso somente a partir da década de 1960 (MORI, 2011, p. 2).

Situação similar ocorreu na Espanha, notadamente no período sucessivo à sua Guerra Civil (1936-1939), vez que "los problemas de salud laboral ligados al amianto tuvieron uma tardía atención durante el régimen franquista" (MENÉNDEZ-NAVARRO, 2012, p. 13).

No começo do Século XX, em especial na Primeira Guerra Mundial, Itália assistiu a um *tsunami* no emprego do amianto na indústria bélica, sendo que o amianto é "un materiale prezioso e non bisogna lasciarlo in mane al nemico" (BIANCHI e BIANCHI, 2015, p. 7), sendo, no entanto, um dos palcos das "tragédias" causadas pelo mineral, o triste caso da cidade de Casale Monferrato, comune na região do Piemonte, implicando na derrocada de seu uso posterior em todo o mundo.

A partir do final dos anos 1960, o mundo assistiu a um movimento de restrições legislativas crescentes ao emprego do amianto em processos produtivos, inicialmente com restrições mínimas quanto às condições de trabalho, seguindo-se da proibição do uso de algumas variáveis do mineral, como o tipo anfibólio (amianto marrom, azul e outros) e, somente em meados da década de 1990, com a proibição também da substância sob a forma de serpentinas (amianto branco ou crisotila), impondo um banimento completo de dezenas de países sob o mineral.

A linha do tempo do uso do asbesto no Brasil possui um início muito similar ao resto do mundo, mas conta com alguns decursos muito distintos do resto do planeta, ao ponto de ser tido, no início do Século XXI, como uma nação caminhando na "contramão da História" (CASTRO, GIANNASI e NOVELLO, 2003, p. 4).

O território brasileiro assiste, até os dias de hoje, a uma exploração e profunda utilização do amianto em sua infraestrutura. Inserida no país desde o final da década de 1930, com a instalação de fábricas (e.g. Eternit na cidade de Osasco) e exploração de jazidas do mineral, o país ainda não atingiu um banimento do mineral.

Apesar de signatário da Convenção n° 162 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, somente com a Lei federal n° 9.055, de 01 de junho de 1995, o Brasil promoveu a proibição do uso e exploração do amianto das variedades de anfibólios, impondo algumas restrições mais severas – mas permissivas – à utilização do amianto sob a variação serpentina (amianto branco ou crisotila).

Em que pese a existência de legislações municipais no Brasil visando o banimento completo do amianto no Brasil, sob todas as suas formas, não houve

atualização do Congresso Nacional nesse sentido. A verdade é que, apesar do Supremo Tribunal Federal reconhecer a inconstitucionalidade da permissão do uso do amianto crisotila no Brasil, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.937/SP em 16 de agosto de 2017, não houve efetiva proibição ou banimento no território nacional.

Exemplo claro da inexistência banimento ao asbesto é a total vigência da Lei n° 20.514, de 16 de julho de 2019, do Estado de Goiás, que autoriza, em seu território, extração e beneficiamento do amianto sob a variação crisotila, notadamente em benefício à mina ativa na cidade de Minaçu/GO, voltado prioritariamente à exportação. Mesmo que tenha ocorrido a contestação judicial da validade do diploma legislativo, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 6.200/GO, até agora a Corte Constitucional brasileira não se pronunciou sobre o tema, inexistindo grandes movimentações por parte dos demais poderes constituídos visando finalizar os conflitos sobre essa temática.

Entre a efetividade das teses de jurisdição constitucional discutidas na cúpula do Poder Judiciário e a tomada de decisões no cotidiano da Administração Pública brasileira, os desafios inerentes à adequação da produção e do consumo em padrões de sustentabilidade, relativos ao uso do amianto, permanecem distantes de uma organização pormenorizada, tanto do ponto de vista científico como da perspectiva regulatória do Estado.

Esses critérios e paradigmas de ação, inclusive, são objetos de preocupação já há muito ventilada por países que já promoveram o completo banimento do amianto sob todas as formas. Um retrato dessa preocupação pode ser extraído das discussões em voga na União Europeia que, após a proibição integral de qualquer atividade econômica que exponha trabalhadores às fibras de amianto (Diretiva 2009/148/CE).

O Comitê Econômico e Social Europeu (CESE) e o Comitê das Regiões Europeu (CR) promoveram uma conferência ("Freeing Europe safely from asbestos") justamente com a proposta de atualizar os parâmetros sobre o uso do asbesto na Europa, bem como desenhar critérios para direcionar uma "desamiantização" na infraestrutura da União Europeia.

Se é verdade que as condições da infraestrutura europeia possuem um norte próprio de atuação pública na eliminação segura do amianto em seus países, o mesmo já não pode ser dito do Brasil: as condições estruturais da formação socioeconômica do Brasil indicam uma resistência na posição o Estado na adoção

de políticas públicas que promovam a eliminação do amianto empregado em larga escala em sua infraestrutura pública (e.g. sistemas de saneamento básico e prédios públicos), como também no âmbito privado, onde boa parte dos consumidores do passo – e ainda do presente – do fibrocimento de amianto se encontram em regiões periféricas dos grandes assentamentos urbanos.

Iniciativas tímidas, como a Lei n° 16.775, de 22 de junho de 2018, promulgada pelo Estado de São Paulo, visam dar um espaço de atuação preventivo à Administração Pública, ao impor restrições expressas em instrumentos convocatórios de compras públicas quanto à proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de asbesto. Essa legislação complementa o disposto anteriormente na lei estadual paulista (Lei n° 12.684, de 26 de julho de 2007) que proibiu a Administração Pública direta e indireta do Estado de São Paulo quanto á aquisição, utilização ou instalação em suas edificações em suas dependências de quaisquer materiais que contenham amianto.

A atuação do Poder Público também se configura na realização e operações de fiscalização, promovidas especialmente por órgãos vinculados às agências municipais e estaduais de vigilância sanitária, bem como por órgãos licenciamento e preservação ambiental e da segurança ao consumidor. A legislação brasileira, no entanto, não estabelece parâmetros claros para trabalhar com ações significativas do Poder Público que promovam uma eliminação do amianto já instalado em boa parte da infraestrutura pública e privada pelo Brasil.

É nesse contexto que esse artigo busca viabilizar elementos de discussão relativos ao reconhecimento de particularidades materiais e ambientais no comportamento das cadeias produtivas e da necessidade de educação dos próprios consumidores no processo de eliminação do asbesto, consoante a necessidade de se adequar os parâmetros das atividades econômicas em atenção aos princípios do desenvolvimento sustentável, simbolizados pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, agenda adotada pela Cúpula da Organização das Nações Unidas – ONU – e pela própria ordem econômica insculpida da Constituição do Brasil.

Para isso, este trabalho revisitou literatura historiográfica, jurídica e de saúde e segurança do trabalhador ao examinar as dimensões de atuação do Estado Democrático de Direito quanto á alteração dos processos produtivos envolvendo o uso e exploração do amianto, abordando seu dever legislativo, regulador, planejador e educador, sob a perspectiva da defesa e proteção dos consumidores e dos usuários de serviços públicos.

1. O papel regulador e normatizador do Estado brasileiro na proteção do consumidor: sustentabilidade, uso e exploração do amianto no processo produtivo

A exemplo da ordem política e constitucional ocidental, o Brasil, no final do Século XX, adotou um pacto constitucional compromissório com a dignidade humana e com valores democráticos, assegurando ao Estado brasileiro não só objetivos programáticos à sua população, como instrumentos jurídicos para a consecução desses fins, incluindo extensa regulação sobre a ordem econômica, com especial proteção aos consumidores.

O poder constituinte brasileiro remeteu à organização política nacional objetivos expressos no Art. 3° da Constituição da República, incluindo o desenvolvimento nacional, em concomitância com a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, problemas crônicos da realidade brasileira. Para atingir a esses fins, o constituinte originário estabeleceu que o Estado deverá promover, por meio da legislação, a defesa do consumidor (Art. 5°, XXXII, da Constituição da República).

A defesa do consumidor, em concomitância com outros princípios, como a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente, foi elencada como parâmetro estrutural na organização da ordem econômica brasileira, expressamente posta no Art. 170 da Constituição do Brasil.

Essa preocupação geral do reconhecimento da posição necessária de defesa e proteção do consumidor, por sua vez, teve reflexo direto na produção legislativa do Congresso Nacional, culminando na promulgação da Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominada de "Código de Defesa e Proteção do Consumidor - CDC". O destaque também se dá na organização da defesa dos interesses dos usuários de serviços públicos (Art. 175, Parágrafo único, II da Constituição da República), expressa legislativamente na Lei n° 13.460, de 26 de junho de 2017, o "Código de Defesa do Usuário do Serviço Público - CDUSP".

A atuação multidimensional do Poder Público na ordem econômica pressupõe que o Estado será um agente normativo e regulador da atividade econômica, promovendo fiscalização, incentivo e planejamento para estes fins (Art. 174 da Constituição). Significa dizer que, não obstante seu dever legislativo geral na proteção do consumidor – como no caso das Leis n° 8.078/1990 e 13.460/2017 – o Estado foi incumbido do dever-poder de atuar na regulação

intrínseca dos processos produtivos, visando atender aos princípios eleitos pela ordem econômica.

Por um lado, o Estado assegurou o direito dos consumidores a "proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos" (Art. 6°. I da Lei n° 8.078/1990) e um regime diferenciado de proteção à saúde e segurança dos consumidores, inclusive com formas próprias de responsabilização civil pelos danos causados.

Igualmente, o Brasil também se compromete a garantir aos usuários de serviços públicos a "adoção de medidas visando a proteção à saúde e a segurança dos usuários" e "manutenção de instalações salubres, seguras, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço e ao atendimento" (Art. 5°, VIII e X da Lei n° 13.460/2017, respectivamente).

Por outro lado, a União Federal tem se mostrado omissa a adequar esses preceitos no tocante à disponibilização de produtos contendo amianto no mercado nacional: conforme reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n° 3.937/SP, o Estado brasileiro incorreu em uma omissão inconstitucional ao não revisar sua legislação em relação ao uso e exploração do amianto.

De acordo com a Corte Constitucional, o "estado da arte" científico e da legislação internacional já deveria ter implicado na proibição do uso e exploração de todas as formas de amianto no Brasil, sendo que o permissivo da Lei n° 9.055/1995 tornou-se incompatível com a Constituição no decorrer dos anos, tornando plenamente legítima a legislação dos Estados membros que bania por completo a todas as formas de amianto em seu território.

Verifica-se que as rédeas do poder "regulador e normativo" do Estado na atividade econômica envolvendo o uso e exploração do amianto traz à tona um comportamento comissivo por parte do Poder Público brasileiro: ao não legislar ativamente para proibir todas as formas de amianto no Brasil, o Estado brasileiro não cumpriu com seu dever de trazer proteção suficiente aos seus cidadãos, trabalhadores e ao próprio meio ambiente.

Ainda que a regra geral para o livre exercício de atividades econômicas no Brasil dispense autorização de órgão público, salvo por disposição legal (Parágrafo único do Art. 170 da Constituição), o papel de agente normatizador e regulador do Estado nas atividades econômicas permite que o Poder Público estabelece

parâmetros produtivos com fins de preservar os princípios da ordem econômica, notadamente no que versa sobre os processos produtivos que empregam substâncias perigosas ou mesmo letais, como o asbesto.

Não obstante o regime constitucional incumbir ao Poder Público o dever-poder de se encarregar, até por competência constitucional administrativa e legislativa, de regular atividades com impactos ambientais, bem como determinar diretrizes de política urbana, envolvendo o uso e ocupação do solo, é bem verdade que a própria extração de um mineral, pelas normas constitucionais brasileiras, já depende de aval do Estado (Art. 176 da Constituição). Não há, juridicamente, qualquer impedimento ao Congresso Nacional para deliberar sobre a matéria e adequar o processo produtivo aos índices de proteção suficiente.

Sob esta perspectiva, e à luz da proteção insuficiente e omissão inconstitucional já reconhecidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a atuação do Estado brasileiro, enquanto regulador da atividade econômica em relação ao uso e exploração do amianto, diz respeito diretamente à elaboração de legislação tratando, imediatamente, sobre a total proibição do asbesto no Brasil, em todas as suas variações, ao revés do permissivo sobre o amianto crisotila, constante do Art. 2° da Lei n° 9.055/1995 e julgado inconstitucional de forma incidental na ADI n° 3.937/SP.

Aqui, deve-se ressaltar que a legislação ambiental e urbanística deverá incorporar essa proibição em todos os níveis federativos, incluindo uma nova sistemática na concessão de licenças ambientais e em todo o processo de licenciamento de novos empreendimentos, devendo o uso e ocupação do solo e planejamento urbano obedecerem às novas diretrizes, de forma especial.

Implica dizer que a legislação local deverá estabelecer condições proibitivas expressas ao uso e exploração de qualquer material que contenha amianto, como condição mínima de aprovação das licenças de construção, ocupação e funcionamento de empreendimentos, devendo a exigência de eliminação segura de quaisquer materiais ou vestígios nas edificações que contenham o mineral ser característica essencial de adaptação a qualquer mudança na característica de licenciamento já aprovado previamente. Em outras palavras, na hipótese de uma edificação, devidamente licenciada, possuir em si estruturas que contenham amianto antes do banimento do mineral, qualquer modificação nessa edificação deverá ser condicionada à eliminação segura do asbesto.

Entretanto, a atividade reguladora e normatizadora do Estado no bojo das atividades econômicas não poderia se limitar à simples proibição do emprego do mineral nos processos produtivos, devendo também abranger seus efeitos sobre o emprego do asbesto já constante da realidade nacional.

Por sua vez, ao regular as atividades econômicas e disciplinar parâmetros e critérios mínimos de segurança e saúde aos consumidores e usuários de serviços públicos, o Estado precisa delimitar diretrizes de atuação para a eliminação total e retirada dos produtos contendo amianto não só do mercado, mas também da infraestrutura e cotidiano brasileiro. Para além de um veto *ex nunc* ao uso e exploração do amianto, o Poder Público deve promover política pública para guiar a "desamiantização" das cidades brasileiras de forma sustentável.

Além da estipulação de critérios proibitivos ao uso e exploração do amianto, o papel do Estado, nos termos da Constituição, também se reveste na promoção de incentivo à adoção de substitutivos viáveis nos processos produtivos, devendo o Estado formular regulamentação de políticas setoriais que garantam a adoção desse tipo de produtos, até como forma de auxílio à sua disseminação à população. Apesar dos perigos e restrições, "pelo baixo custo, verifica-se pela população brasileira, a preferência por caixas d'água e imóveis com telhados com fibras de amianto sem laje ou forro protetor" (BRUM *et al*, 2020, p. 5).

Sob essa perspectiva reguladora, a fiscalização contínua também se demonstra essencial no papel do Estado. Iniciativas como o Programa de Vigilância em Saúde do Trabalhador exposto ao amianto (VISAT-Amianto), promovido no âmbito do Sistema Estadual de Vigilância Sanitária de São Paulo, que busca controlar o risco sanitário nos locais de trabalho onde se manipulam fibras de amianto, devem ser adotados no âmbito do próprio Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, sendo integrado ao marco regulatório federal e ampliado a todo o país.

Há, ainda, uma terceira dimensão do aspecto normativo e regulador do Estado na atividade econômica que merece exame próprio, em relação ao aspecto do planejamento, cujo regime constitucional impôs obrigatoriedade ao Estado e mera faculdade à iniciativa privada. Nesse ponto, o planejamento estatal possui grande vetor também de incentivo à promover a mudança do patamar de sustentabilidade no processo produtivo, eliminando a adoção do amianto e promovendo sua retirada segura.

2. Planejamento estatal e o direito à proteção dos direitos básicos dos usuários de serviços públicos na eliminação do amianto de espaços públicos

Um dos desdobramentos do direito fundamental à defesa e proteção do consumidor, no regime do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição de 1988, decorre justamente do reconhecimento de um dever do Poder Público em não apenas promover a prestação de direitos fundamentais no âmbito social, como educação, saúde, moradia, trabalho, transporte, previdência, e assistência social, mas também incumbindo à Administração Pública a garantia de direitos básicos aos usuários desses serviços públicos.

Nesse patamar, as disposições da Lei n° 13.460/2017 são marcos essenciais para guiar a formulação de políticas estruturais ao Poder Público na promoção de um planejamento estatal sob as atividades de impacto econômico do Estado, visando a eliminação do amianto dos espaços públicos, em especial nas edificações e bens públicos.

Não obstante a cláusula geral de saúde adoção de medidas visando a proteção de saúde dos usuários (inciso VIII do Art. 5° da Lei n° 13.460/017), o Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos emprega obrigação expressa à Administração Pública a manutenção de instalações que sejam salubres e seguras (inciso X do Art. 5° da Lei n° 133.460/2017), importando em um dever ao Poder Público de adequar seu atendimento aos usuários.

Sob este ângulo, o questionamento crítico a se fazer é: pode o Estado brasileiro construir, reformar ou manter qualquer instalação que possua produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de fibra de amianto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição? Considerando que se trata de mineral altamente perigoso e letal e o dever maior de proteção à saúde dos usuários de serviço público, bem como a obrigação de manutenção de instalações salubres e seguras, a resposta é, definitivamente, negativa.

Implica dizer que, com a obrigação do Poder Público na manutenção e instalações seguras e salubres, bem como de proteção à saúde e segurança dos usuários dos serviços públicos, é certo que o papel do Estado brasileiro não pode ser de mero agente repressivo ou condescendente com o atual estado de coisas.

Na realidade, a Administração Pública deve sim, por sua vez, estabelecer um planejamento efetivo, contendo metas e políticas setoriais, que a habilitem a eliminar todo o asbesto em suas instalações e bens públicos, de forma segura.

Vislumbra-se, nesse ponto, dever inerente à Administração Pública na formalização de profundo planejamento estatal visando a eliminação o asbesto em quaisquer instalações públicas, sendo necessária a adoção de investimento direto na realização de obras, reformas e substituição de produtos, materiais e artefatos que contenham asbesto ou qualquer outro mineral que, acidentalmente, tenha sido contaminado com fibras de amianto em sua composição.

Portanto, há de se reconhecer uma função essencial do Estado enquanto planejador de suas atividades que impliquem impactos na ordem econômica, como a inserção de obrigatoriedade da eliminação do asbesto em edificações e instalações da Administração Pública, o que, por sua vez, exige representação jurídica em termos de direito financeiro, ou seja, em previsões orçamentárias para investimentos de verba pública para este fim, bem como na própria aquisição de obras, serviços e produtos pelo Poder Público, através de compras diretas.

Significa dizer que, para além da iniciativa legislativa que determine a proibição de quaisquer produtos, materiais ou artefatos contendo amianto nos instrumentos convocatórios de certames públicos – como bem incorporado pela Lei Estadual n° 16.775/2018 de São Paulo -, incentivando a alteração dos processos produtivos pela iniciativa privada, o Poder Público deverá promover uma série de aquisições de obras, bens e serviços, buscando alterar seu paradigma estrutural de escolas, hospitais, prédios públicos e, no caso brasileiro, o relevante aspecto do saneamento básico.

A tubulação de saneamento básico foi uma das grandes utilizações do amianto na infraestrutura brasileira, como pode se verificar de estudo formulado sobre a cidade de Princesa Isabel, no Estado da Paraíba, onde "a rede possui aproximadamente 20.000m de tubulação. Deste total, aproximadamente 10.510 é de material de cimento-amianto", sendo que as maiores quebras "ocorrem na rede de amianto" (SANTOS, DOMINGOS e FIRMINO, 2014, p. 3).

Vale mencionar que no contexto dessa particularidade da rede de saneamento básico nacional, o novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, estruturado pela Lei n° 14.026, de 15 de julho de 2020, não impôs nenhuma obrigação específica quanto a este fim, mantendo a omissão legislativa na proteção dos usuários dos serviços públicos.

Indica-se, portanto, que o Estado brasileiro deve adotar medidas diretas na promoção de mudanças significativas quanto à infraestrutura de suas instalações e edificações, através de previsões orçamentárias específicas e autorização de processos licitatórios que vislumbrem a efetivação da eliminação do amianto dos espaços públicos.

Indiretamente, a busca pelo Estado na obtenção de materiais alternativos possui efeito indicativo à infraestrutura econômica das atividades econômicas privadas, trazendo um novo tipo de demanda competitiva entre agentes particulares para que supram as necessidades do interesse público não só pela saúde dos trabalhadores envolvidos, mas também pela saúde, segurança e salubridade relativa aos usuários dos serviços públicos, conforme estipulação legal.

3. Aspectos regulatórios do Estado brasileiro na defesa indireta do consumidor quanto aos processos produtivos e para a eliminação do amianto

Além da determinação de proibições e na criação de demandas pela reestruturação da infraestrutura pública, o Poder Público, como agente econômico regulador, também possui importante papel direcionador à atividade privada visando a eliminação do asbesto já empregado em boa parte da infraestrutura doméstica nacional, para além das competências tipicamente administrativas.

Nesse sentido, não obstante a possibilidade de incentivos tributários específicos à atividade econômica e desembaraço regulatório para promover o emprego de substitutivos viáveis no processo produtivo envolvendo o asbesto, o uso de parâmetros de sustentabilidade e prevenção imperam ao Poder Público, em conjunto com sua obrigação imanente de defesa e proteção aos consumidores, que estimule aos particulares à eliminação segura do amianto.

A ação coordenada passa também pela criação de uma política nacional de eliminação do amianto que inclua a iniciativa privada, estimulando um programa de adesão voluntária que permita vantagens regulatórias e fiscais para empreendimentos dedicados ou acessórios que visem a substituição e gestão dos materiais contendo amianto, cuja destinação deverá ser de extremo cuidado pelo Estado brasileiro, ainda que de forma indireta.

Em sentido contrário ao histórico do passivo laboral causado pela indústria do amianto no brasil, sem resolução até a presente data, as iniciativas

coordenadas do Estado-normatizador deverão conter previsão regulatória específica para a criação de um Fundo específico para a indenização de eventuais contaminações que venham a se dar no âmbito da eliminação do asbesto, em razão da exposição decorrente das atividades no meio ambiente laboral, com previsão expressa de reconhecimento presumido do nexo de causalidade.

Em que pese a necessidade constante do uso progressivo do poder de polícia para fiscalizar e sancionar empreendimentos que permaneçam com o uso do amianto, mesmo após um banimento nacional, é bem verdade que o Poder Público deve viabilizar uma política pública voltada aos consumidores do mineral no Brasil, notadamente populações periféricas em grandes centros urbanos.

Além de retirar o produto do mercado, é dever do Estado brasileiro a criação de parâmetros reguladores do setor financeiro, incentivando e condicionando a aprovação de financiamentos a particulares, seja por instituições públicas ou privadas, contando com linhas de crédito diferenciadas, para que haja o estímulo à substituição de telhas, caixas d'água e demais produtos, materiais ou artefatos que contenham amianto.

Esses contratos de financiamento desse tipo de empreendimento às populações de baixa renda deve ser acompanhado de obrigações acessórias facilitadas pelo próprio Poder Público, como a disponibilização de mão de obra especializada na manipulação e retirada dos materiais, oferecida direta ou indiretamente pela Administração Pública, que se encarregará da disposição e gestão desses resíduos sólidos, bem como a contratação de seguros, em condições especiais, relativos à saúde e segurança dos trabalhadores envolvidos, em conjunto com o Fundo específico direcionado às empresas.

Em qualquer caso, a adesão a esse tipo de financiamento deve ser estimulada em razão da adoção de legislação proibitiva à aprovação e quaisquer modificações ou reformas em edificações particulares e empreendimentos que possuíam asbesto em sua infraestrutura em momento anterior à proibição pela legislação local. No caso das periferias do Brasil, reconhece-se muitas construções sem qualquer tipo de licenciamento, sendo imperioso esforço de política urbana visando a regularização fundiária dessas regiões ou realocação das populações em programas habitacionais sustentáveis.

4. O papel do próprio consumidor na modificação dos processos produtivos envolvendo o uso e exploração do amianto no caso brasileiro.

Por fim, a última dinâmica abordada nesse artigo reconhece a faceta e importância do próprio consumidor enquanto agente causador de demandas em face dos processos produtivos, ainda que esse movimento não se dê de forma racionalizada ou estrutural em primeiro momento.

Como indicado previamente, apesar das proibições parciais, é bem verdade que o asbesto ainda é consumido no Brasil por particulares, especialmente em telhas e caixas d'água de fibrocimento, sendo que sua manipulação sequer é feita com os devidos detalhes. Essa situação decorre não só do baixo custo do produto disponibilizado no mercado – muitas vezes de forma ilegal -, como também pelo não cumprimento de parâmetros essenciais da educação e divulgação sobre o consumo adequado desses produtos (inciso II do Art. 6° da Lei n° 8.078/1990).

Apesar de haver uma inclinação social de posicionamento contrário ao uso do amianto na sociedade brasileira, verifica-se desde aí um paradoxo, posto que 73% das pessoas que são contra o uso do amianto "têm produtos com o mineral, ou seja, usam mas não sabem mensurar o quanto isso pode causar mal", implicando que "as pessoas não estão tendo acesso aos meios de informação para o esclarecimento do assunto ou os meios de comunicação usados pelas empresas não são meios populares ou adequados" (SARMENTO, 2011, p. 45).

O mero apelo à sustentabilidade em geral não parece gerar alteração nos parâmetros de consumo, visto que "jovens e adultos consumidores que pertencem á geração Y possuem um perfil analítico e curioso", mas indicam que a sustentabilidade "não é fator relevante para mudança de hábitos de consumo" (OLIVEIRA e FRANCO, 2020, p. 35).

Portanto, o caso brasileiro mostra discrepância entre o "sentimento popular" de banimento necessário do amianto, em contraposição ao uso de produtos que contenham o mineral, especialmente pelo seu baixo custo e pela inexistência de educação apropriada por parte dos consumidores.

Aqui, o Poder Público deverá incorporar à Política Nacional das Relações de Consumo estímulos específicos no tocante à conscientização e educação o consumidor quanto aos riscos e perigos inerentes à utilização de produtos, materiais e artefatos que contenham amianto, por meio de cartilhas, anúncios e

veiculações de linguagem clara, buscando desestimular o emprego de produtos contendo o mineral e vislumbrar a promoção de substituição do que já fora adquirido e instalado por particulares.

A efetivação do direito de acesso à educação para o consumo adequado possui potencial extraordinário de alterar os paradigmas de consumo vigentes, independente de um movimento legislativo de banimento próprio: a conscientização coletiva sobre os perigos profundos do uso do amianto pode, por si só, implicar no banimento de fato do mineral no processo produtivo, posto que a rejeição de produtos contendo o asbesto implicará em mudança de demanda no mercado interno.

Essa rejeição e até movimento de eliminação do amianto deve, no entanto, ser acompanhado de um respeito do consumidor aos parâmetros de sustentabilidade: a eliminação e retirada de produtos, materiais e artefatos contendo amianto não podem ser acompanhadas do não cumprimento das normas determinadas de saúde e segurança do trabalho em relação aos trabalhadores envolvidos, bem como o descarte adequado deverá ser realizado, para que o manejo dos resíduos sólidos seja efetivamente atendido.

CONCLUSÕES

O asbesto, empregado em larga escala na ascensão as economias industriais do início do Século XX, é um mineral presente, até os dias de hoje, em boa parte da infraestrutura de diversas nações. No caso Brasileiro, até hoje não contamos com um banimento nacional efetivo, existindo ainda um emprego massivo em infraestrutura pública e nos bolsões periféricos das grandes cidades.

Em primeiro momento, demonstra-se que a Constituição da República implementou mecanismos que dão o dever do Estado brasileiro em agir para alterar os paradigmas dos processos produtivos envolvendo o uso e exploração do asbesto no país, sendo que, inicialmente, e o primeiro movimento deverá ser o de total banimento nacional, incluindo uma nova lógica de licenciamento ambiental, uso e ocupação do solo, e licenciamento de novos empreendimentos e edificações.

Em outra perspectiva, a intervenção do Estado deverá considerar a adoção de medidas que, visando a saúde e segurança dos usuários dos serviços públicos, reflitam na modificação da infraestrutura de edificações, instalações e

obras públicas, através de um planejamento estatal que garanta a eliminação imediata de todas as formas de asbesto nos espaços públicos.

Ainda, indica-se que o Poder Público deverá utilizar seu poder de polícia para impedir a circulação de produtos contendo amianto, promovendo marcos regulatórios que estimulem a adoção de critérios vantajosos no financiamento de empreendimentos e obras por particulares que visem a eliminação do asbesto.

Ao final, pontuou-se também a dimensão necessária de assegurar a defesa e proteção os consumidores em relação ao uso e exploração do amianto ao garantir a efetivação da educação para o consumo adequado, com grandes modificações e atenção da Política Nacional das Relações de Consumo, com fins de inviabilizar o próprio interesse dos consumidores ao uso desse tipo de material, atraente ante seu baixo custo inicial, mas com alto custo vital.

REFERÊNCIAS

BIANCHI, C.; BIANCHI, T. "L'amianto al tempo della Grande Guerra" in Med Lav 2015, 106, 6: 424-430.

BRUM, Sileno Correa; ALMEIDA, Bianca de; PELOSI, Edson da Silva; PACHECO, Jonas; GUIMNARÃES, Maria das Graças Ávila. "Amianto: a bioética entre o custo e a toxicidade" in Revista Eletrônica Teccen, jan-jun, 09(1): 52-56, 2016.

CASTRO, Hermano; GIANNASI, Fernanda; NOVELLO, Cyro. "A luta pelo banimento do amianto nas Américas: uma questão de saúde pública" in Ciência & Saúde Coletiva, 8 (4): 903-911, 2003.

LACOMBLEZ, Marianne; LEITÃO, Augusto Rogério. "O amianto: glórias e tragédias de uma fibra aterradora, introdução ao dossier" in Laboreal [Online], Volume 16, n 1, 2020.

MCCULLOCH, Jock; TWEEDALE, Geoffrey. Defending the indefensable: the global asbestos industry and its fight ofr survival. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MENÉNDEZ-NAVARRO, Alfredo. "La literatura médica española sobre los riesgos del amianto durante el franquismo" in Asclepio, vol. LXIV, n. 1, jan-jun, 2012, pp. 7-36.

MORI, Hiroyuki. Asbestos disaster: lessos from Japan's experience. Tokyo: Springer, 2011.

OLIVEIRA, Bruna Leítica Chauermann de; FRANCO, Maristela de Oliveira. "O comportamento do consumidor da Geração Y em relação à sustentabilidade" in REMAS - Revista Metodista de Administração do Sul. v.5, n. 1, 2020. pp. 37-75.

SANTOS, Maria Auxiliadora Freitas dos; DOMINGOS, Leonardo Adriano; FIRMINO, Valmir Araujo. "Levantamento da tubulação de cimento-amianto na rede de distribuição de água do município de Princesa Isabel - Paraíba" in Anais do Congresso Brasileiro de Gestão Ambiental e Sustentabilidade - Vol. 2: Congestas, 2014.

SARMENTO, Christiane Alves Lopes. Marketing polêmico: a mídia e a promoção de produtos com amianto. Monografia (Bacharelado em Administração). Brasília: Universidade de Brasília, 2011.

ATRIBUIÇÃO DE MÉDICOS DE FAMÍLIA PELO SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE PORTUGUÊS NO CONCELHO DO PORTO: uma crise institucional?

Vivian Molina Perfeito Caetano
Universidade de Coimbra, Doutoranda em Direito Público
vivianperfeitocaetano@gmail.com

Resumo: O presente artigo visa analisar a atuação do Estado Português sob a ótica da garantia do direito de proteção da saúde através de atendimentos prestados aos utentes pelas Unidades de Saúde Familiar, situadas no Concelho do Porto, mediante a atribuição de médicos de família. O estudo foi realizado com fundamentos doutrinárias e estatísticos. O objetivo é olhar para o presente, como fonte de aprendizado para o desenhar do futuro.

Palavras-chave: Direito a saúde; Vulnerabilidade; Médicos de Família.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Portuguesa traz como definição ser uma "República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.". Define-se, ainda, como um Estado de direito democrático que luta pelos direitos e liberdades fundamentais, com o objetivo de consolidar uma realidade pautada em uma democracia económica, social, cultural e participativa. (CRP 1976, art. 1º e 2º)

No âmbito internacional, o texto constitucional ratifica o seu posicionamento, vindo a reforçar o seu fiel compromisso e respeito aos direitos do homem e ao progresso da humanidade (CRP 1976, art. 7º e 8º), tanto em relação ao contexto da União Europeia, quanto ao panorama mundial.

O ponto central debatido nesse artigo nasce do questionamento se estará o Direito a Saúde e, claro, o seu democrático acesso, verdadeiramente contemplado no compromisso constitucionalmente assumido pelo Governo Português de ser uma sociedade livre, justa e solidária. (PEREIRA, 2014, p. 21 e 50).

Para a elaboração do presente artigo foram realizadas pesquisas bibliográficas e documentais, consubstanciadas em fontes doutrinárias e

legislativas nacionais e internacionais bem como consultas em bases de dados de relevância nacional e internacional.

O escopo geográfico do estudo é o Concelho do Porto, pelo que foram consultados dados oficiais relativos ao seu escopo de atuação, vindo a ser realizado um levantamento de informações tanto do presente quanto do passado com o objetivo de viabilizar uma comparação estatística, de relação quantitativa, quando aos cidadãos que possuem médico de família atribuído e, por outro lado, aos que aguardam pela devida atribuição.

É importante mencionar, ainda, que o recorte temporal da presente investigação são os anos de 2015 a 2019, através dos relatórios anuais e informações divulgadas pelo Serviço Nacional de Saúde e que se visa analisar especificamente a questão da atribuição de médicos de família, em aspectos objetivos.

A relevância dessa reflexão se situa na própria natureza do Direito à Saúde[1] enquanto um direito fundamental e, portanto, na necessidade de reflexão quanto ao efetivo acesso ao direito sob o prisma prático, como uma premissa base para o planeamento do amanhã.

DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE

É necessário ter por ponto de partida que a existência possui uma estreita conexão com o conceito de indivíduo e com o de liberdade enquanto fatores determinantes para o exercício da autonomia da vontade e da dignidade humana. (KANT, 2007, p. 93)

[1] *"A medicina cumpre um interesse público, o que alicerçará ainda mais uma vigorosa mobilização dos direitos fundamentais, constantes da Constituição, ou mesmo dos direitos constantes das Convenções internacionais, como a Convenção de Oviedo, na relação médico-paciente."* PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Coimbra, 2014, Tese de doutoramento, p. 23.

O "viver com dignidade" possui relação com a própria existência[2] não bastando somente existir, sendo necessário realmente sentir o seu significado[3]. A realização do ser humano como indivíduo possui imediata conexão com o exercício da sua liberdade, com a possibilidade de concretizar a autonomia da sua vontade[4] e com a concretização do direito à vida. (PEREIRA, 2014, p. 134).

Os ensinamentos advindos de estudos filosóficos direcionados à compreensão do homem apontam que a própria existência causa sentimentos de insegurança e de angústia e, assim, naturalmente desembocam em sensações de fragilidade[5], pelo que fica reforçada a necessidade de garantia do pleno exercício dos direitos individuais e coletivos, como uma forma de acalantar a tamanha complexidade que é viver.

O direito à proteção da saúde possui uma relação direta com a máxima da dignidade[6], com o direito de desenvolvimento da própria personalidade, com o exercício da plena autonomia da vontade[7], ao passo que, sem o pleno direito de

---

[2] "*La fragilidad es una condición base de los seres humanos y eso tiene implicaciones, por ejemplo, en la comprensión de los derechos fundamentales, al rechazar un paradigma de autosuficiencia, una visión hobbesiana y una lectura centrada en clave de inmunitas de las libertades."* LOUREIRO, JOÃO CARLOS. **"Derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad"**, *in* Revista Iberoamericana de Bioética (2017/5), p. 7

[3] *"Dessa autoconsciência que nasce a ideia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência."* REALE, MIGUEL, **Filosofia do Direito,** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 211.

[4] *"A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; assim como necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade pela influência de causa estanhas."* KANT, IMMANUEL. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Lisboa: Edições 70, 2007, p. 93.

[5] *"La fragilidad es una condición base de los seres humanos y eso tiene implicaciones, por ejemplo, en la comprensión de los derechos fundamentales, al rechazar un paradigma de autosuficiencia, una visión hobbesiana y una lectura centrada en clave de inmunitas de las libertades."* LOUREIRO, JOÃO CARLOS. **"Derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad"**, *in* Revista Iberoamericana de Bioética (2017/5), p. 7.

[6] "*O princípio fundante é a dignidade da pessoa humana, que tem dois corolários: responsabilidade e solidariedade."* LOUREIRO, JOÃO CARLOS, **"Cidadania, proteção social pobreza humana."** *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 90, Vol. 1, p. 91.

[7] *"Pero tener cada vez más presente que, sin perjuicio de la autonomía, el principio fundante del sistema jurídico –como lo afirman expresamente nuestras Constituciones– es la dignidad humana. En verdad, nos encontramos con seres humanos que todavía no son autónomos (recién nacidos), nunca lo serán (discapacidad mental muy severa) o dejarán de serlo (en virtud de una enfermedad mental). La*

acesso aos cuidados médicos, o vivenciar desses direitos é prejudicado em sua essência.[8](PEREIRA, 2014, p. 34, 125 - 128).

No Direito Português, a promoção e proteção do acesso de todos[9] [10] ao direito à saúde é uma das tarefas fundamentais do Estado (LOUREIRO, 2014, p. 91), conforme assim determinado pela Constituição (CRP 1976, art. 9º e 16º), em elemento da materialização da própria democracia. Leia-se "todos", com o entendimento de que o direito à saúde não é apenas extensível aos cidadãos nacionais, mas também a todos os cidadãos nacionais de um dos Estados Membros da União europeia, os nacionais de Estados Terceiros e aos apátridas que vivam em Portugal (CRP 1976, art. 15º).

O texto constitucional português dedica uma norma (CRP 1976, art. 64º), dentro do capítulo de Direitos Sociais, para prever o direito à saúde e para ratificar a universalização do seu acesso e da sua natureza como um dever do Estado. Há o compromisso constitucional de proteção e garantia o acesso através de um serviço nacional tendencialmente gratuito, que considera as condições sociais e

---

dependencia remite también para deberes constitucionales acrecentados de protección." LOUREIRO, JOÃO CARLOS. **"Derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad"**, *in* Revista Iberoamericana de Bioética (2017/5), p. 16.

[8] *"(…) concluimos que la línea general es el reconocimiento de que el acceso a los cuidados de la salud es un poderoso instrumento para combatir situaciones de vulnerabilidad generadas por la enfermedad o resultantes de una vulnerabilidad con base en una especial fragilidad a nivel de la corporeidad."* LOUREIRO, JOÃO CARLOS. **"Derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad"**, *in* Revista Iberoamericana de Bioética (2017/5), p. 16.

[9] *"O princípio da igualdade no acesso aos cuidados de saúde é expressão de um princípio da socialidade. Num contexto de escalada de custos, de diferenciação das respostas e de envelhecimento significativo da população, refira-se, num universo de escassez, a discussão em torno do racionamento das prestações. (…) A questão da (des)igualdade no acesso aos cuidados de saúde tem sido crescentemente debatida, nomeadamente em relação a pacientes com estilos de vida mais arriscados (por exemplo, fumadores), seja em termos absolutos (recusa) ou relativos (quanto ao seu pagamento). Na verdade, a solidariedade, enquanto dimensão básica do Estado constitucional europeu, ver-se-ia agora confrontada com um princípio do mérito no acesso a prestações médicas."* LOUREIRO, JOÃO CARLOS. **"Prometeu, Golem Companhia: Bioconstituicao Corporeidade numa Sociedade (Mundial) de Risco**". Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009, p. 189 e 190.

[10] *"Como já atrás foi referido, o povo, nas democracias actuais, concebe-se como uma "grandeza pluralística"(P. Haberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras das formação de "opiniões, "vontades", "correntes" ou "sensibilidades" políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes.",* CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002, p. 75.

económicas de cada um dos cidadãos, em proteção da infância, da juventude, da velhice e da qualidade de vida. (LOUREIRO, 2017, p. 5 e 6 e 59).

O dever do Estado, aqui retratado, engloba tanto ações preventivas, de redução dos riscos e exposição aos males vitais, bem como ações de preservação (LOUREIRO, 2009, p. 191) e cuidado, através da concessão de medidas de tratamento da saúde aos que necessitam de atendimento médico para a defesa e sustentabilidade[11], da integridade[12] física e psíquica[13].

Em conjunto com a Constituição da República Portuguesa, a necessária e indispensável proteção ao Direito a Saúde também se encontra contemplada pela recente Lei de Bases da Saúde – Lei 95/2019, de 04 de setembro, que revogou a Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, e o Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto que visa a assegurar o acesso da população a cuidados de saúde de qualidade, além de promover e proteger a sua devida acessibilidade, partindo da premissa de que o Direito a Saúde é reconhecido como um direito fundamental, essencial à dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que para a criação do referido texto legal foi constituída uma Comissão de Revisão da Lei de Bases da Saúde[14], criada pelo Despacho n.º 1222-A/2018, de 31 de janeiro de 2018, tendo sido realizadas audições e contributos

---

[11] *"A esta lista, pode agora acrescentar-se um "princípio sustentabilidade", particularmente relevante em sociedades de risco e em que a escassez atinge novas dimensões Sustentabilidade ecológica ou ambiental, como condição de possibilidade da própria vida humana; sustentabilidade financeira, num quadro em que o acesso aos cuidados de saúde se confronta com o racionmento das prestações, sustentabilidade social, face aos desafios resultantes das profundas alterações em termos demográficos, que ameaçam a base do chamado "contrato geracional", e perante os cenários que apontam para a mimesis de Matusalfm, alargando extraordinariamente a esperança de vida."* LOUREIRO, JOÃO CARLOS, "**Prometeu, Golem Companhia: Bioconstituicao Corporeidade numa Sociedade (Mundial) de Risco."** *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009, p. 192.

[12] *"Corporeidade sinal de uma condição de um ser humano que ri e chora, destila (saboreia) prazer ou bebe o cálice da dor e do sofrimento, que anseia por e procura saúde, mas, muitas vezes, experimenta doença."* LOUREIRO, JOÃO CARLOS, "**Prometeu, Golem Companhia: Bioconstituicao Corporeidade numa Sociedade (Mundial) de Risco."** *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009, p. 196

[13] *"En sentido estricto, ya que todos somos frágiles, se reconoce un derecho a la protección de la salud. Además, en las situaciones de fragilidad especial se esperan respuestas que tomen en consideración, de forma adecuada, las diferencias."* LOUREIRO, JOÃO CARLOS. **"Derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad"**, *in* Revista Iberoamericana de Bioética (2017/5), p. 7.

[14] ***Lei de Bases da Saúde, Materiais e razões de um projeto**, Cadernos da Lex Medicinae*, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, p. 11.

públicos como forma de buscar o máximo de excelência no resultado, pautando-o em considerações que fossem verdadeiramente realistas.

A preocupação com o acesso da população a uma saúde de qualidade é um compromisso mundial[15] como também expressão do resultado dos fenômenos da globalização e do constante crescimento fluxo migratório. (Carta das Nações Unidas, preâmbulo e art. 1º e 13º)

No contexto da União Europeia, além das previsões legislativas de proteção do acesso a saúde, existem Comunicações[16] que visam assegurar o compromisso dos Estados Membros com os parâmetros de qualidade e de acessibilidade aos cuidados médicos pelos cidadãos da união dada a existência de outros direitos como os de livre circulação de pessoas (TFUE, Art. 45).

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em seu artigo 168º, define que todas as ações e políticas deverão ter como base o mais elevado nível de proteção da saúde, sendo esse compromisso imputável aos Estado Membros e à própria União Europeia, em complemento destes. Nesse sentido, é papel da União Europeia complementar as políticas nacionais, incentivar e apoiar a cooperação entre os Estados- Membros (TFUE, Art. 114º), aproximar as legislações tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos.

Em um aspeto mais macro, cabe mencionar que a própria Constituição da Organização Mundial da Saúde, em seu artigo 1º, preceitua como objetivo o alcance de todos ao nível de saúde mais elevado possível, sendo a busca por esse resultado um dever inafastável dos Estados.

---

[15] *"Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade."* Artigo 25º n. 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme consulta realizada em 20.01.2020.

[16] Como por ex. a "*Comunicação da Comissão sobre sistemas de saúde eficazes, acessíveis e resilientes [COM(2014) 215 final de 4.4.2014]*", conforme consulta realizada em 20.01.2020, que recomenda o reforço da eficácia dos serviços por intermédio de avaliação de desempenho, o aumento da acessibilidade com o objetivo de tornar o acesso a saúde disponível para toda a população e a melhoria da resiliência para que os sistemas de saúde sejam capazes de se adaptar a um ambiente em mutação e investir em melhorias tanto tecnológicas quanto de gestão.

Com fundamento no exposto até essa seção é possível extrair que a saúde não pode deixar se ser prioridade nas iniciativas governamentais e políticas internas e externas dada a relevância da sua natureza jurídica e da assunção de um papel de imprescindibilidade para a existência humana[17]. A dedicação em proteger e cuidar do acesso à saúde é uma responsabilidade e um compromisso global e inter geracional. É cuidar do hoje, para que o amanhã seja uma possibilidade crível.

VULNERABILIDADE

De acordo com os ensinamentos de João Loureiro, a fragilidade não significa, necessariamente, vulnerabilidade[18]. A fragilidade é intrínseca ao ser humano enquanto que a vulnerabilidade[19] é caracterizada por uma fragilidade diferenciada que pode ocorrer por razões circunstanciais ou até epocais (LOUREIRO, 2014, p. 75), o que inclui o cenário de restrição de acesso ao direito á saúde em que o homem é indiscutivelmente submetido à uma situação de risco.

Segundo o relatório disponibilizado pelo Instituto Nacional de Estatística (INE), referente a dados consolidados em 31.12.2018 a população de Portugal, apesar de contar com um maior número de mulheres em relação aos homens, está a envelhecer. O resultado demonstra uma grande e significativa parcela da população com idade superior a 64 (sessenta e quatro) anos de idade e, em paralelo,

---

[17] *"Acresce ainda um outro eixo de reconhecimento da importância social e económica da saúde como potencial corretora de desigualdades e indutora de coesão social e como promotora do desenvolvimento humano e motor da economia através da inovação e da criação de valor." in* ***Lei de Bases da Saúde da Saúde, Materiais e razões de um projeto****, Cadernos da Lex Medicinae*, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018, p. 15.

[18] *"Vulnerabilidad es hoy un concepto en alza que surge en distintas áreas, en el discurso jurídico e incluso en diferentes normas, aunque se pueda discutir- y se discute - la juridicidad del concepto. El término está asociado a la fragilidad, aunque muchas veces no se hace una distinción clara de los conceptos. Además, la vulnerabilidad surge, frecuentemente, adjetivada: vulnerabilidad social, ontológica, ética, psicológica, sanitaria, relacional, etc. ¿A qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de vulnerabilidad? Desde hace mucho tiempo que hemos propuesto un esquema de lectura que distingue fragilidad (estructural y circunstancial) de vulnerabilidad. La primera –fragilidad estructural– es común a todos los seres humanos y se relaciona con nuestra condición humana. Además de esta fragilidad estructural, no debemos olvidar la fragilidad circunstancial, la que es propia de cada época."* LOUREIRO, JOÃO CARLOS, **"Derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad**.", *in* Revista Iberoamericana de Bioética (2017/5), p. 3 e 4.

[19] *"Vulnerabilidade que rima com necessidade acrescida de proteção, encontrando-se, sob o seu guarda-chuva, para além de pessoas e grupos, também, por exemplo, bens jurídicos."* LOUREIRO, JOÃO CARLOS, **"Cidadania, proteção social e pobreza humana."** *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 90(1), 2014, p. 76.

uma taxa de natalidade em constante diminuição, o que decorre de diversos motivos tais como os de natureza social, mas também econômica. (LOUREIRO, 2014, p. 74)

Em outras palavras, uma significativa parte da população portuguesa está em fase crítica fase de vulnerabilidade de saúde e de necessidade de cuidados médicos, em virtude da avançada idade. Esse contexto tende, ainda, a ser majorado na medida em que a expectativa de vida aumenta significativamente a cada ano.

Vale também fazer menção a outro relatório também divulgado pelo Instituto Nacional de Estatística (INE, 2014, p. 20 e ss), no qual é tratada a realidade demográfica dos anos de 2009 a 2014, corrobora com o constante envelhecimento da população (ativa e inativa) portuguesa e a diminuição do número de crianças, jovens e adultos.

Antes de mais nada, o aumento da expectativa de vida precisa ser encarado como uma conquista da humanidade e da ciência e nunca como um fardo para os cofres públicos. Como muito bem preceitua António José Avelãs Nunes, *"(...) o aumento da esperança de vida tem de ser saudado como um ganho civilizacional e não considerado uma condenação, um fardo, uma praga, um pesadelo para a humanidade."* (NUNES, 2013, p. 52)

A população idosa que, hoje, esteja eventualmente inativa profissionalmente já contribuiu – e muito - para a sociedade através da sua força de trabalho. E, mesmo após a reforma, continua a contribuir com o pagamento de impostos e de outros encargos. Isto sem contar aqueles que, mesmo com mais de 64 (sessenta e quatro) anos, continuam a exercer atividade profissional o que, conforme demonstrado pelo mesmo relatório, é uma realidade muito presente. E, nesse cenário, garantir o amplo acesso da população ao Serviço Nacional de Saúde, especialmente em cuidados preventivos, deve surgir como uma das prioridades do Estado. (PEREIRA, 2016, p. 26)

É necessário também refletir a respeito dos estrangeiros residentes em Portugal, ao passo que, no período compreendido entre 2009 e 2018, o território nacional foi muito procurado por cidadãos de todo o mundo. A ordem de crescimento atingiu o seu ápice no ano de 2018, conforme assim demonstra o relatório divulgado pela PORDATA, Base de Dados de Portugal Contemporâneo, com a última alteração em 01.07.2019 e, pelo relatório disponibilizado pelo Instituto Nacional de Estatística (INE) referente a dados consolidados em 31.12.2018. O estrangeiro se depara com uma situação de latente vulnerabilidade tendo em vista ter realizado grande parte dos seus tratamentos médicos em outro

território, com outros protocolos e procedimentos, o que dificulta – em muito - a análise e consideração de todo o seu histórico vital pelo País de Acolhimento.

QUEM PODE TER ACESSO ÀS UNIDADES DE SAÚDE FAMILIAR EM PORTUGAL?

As Unidades de Saúde Familiar, em Portugal, aceitam inscrições de (i) cidadãos portugueses, (ii) cidadãos nacionais de um dos Estados Membros da União Europeia[20] e (iii) cidadãos nacionais de Estados Terceiros, signatários de acordo internacional bilateral em condições de reciprocidade; sendo o requisito comum, o estabelecimento da residência em Portugal de forma temporária ou definitiva[21].

Atualmente, em relação a Estados Terceiros, o Estado Português possui acordo bilateral destinado à proteção da saúde com Andorra[22], Brasil[23], Cabo

[20] Conforme Regulamentos Comunitários de Coordenação dos Sistemas de Segurança Social n.º 883/2004 e n.º 987/2009.

[21] Manual de Acolhimento no Acesso ao Sistema de Saúde de Cidadãos Estrangeiros, conforme consulta realizada em 20.01.2020.

[22] Convenção sobre Segurança Social entre Portugal e Andorra e respetivo Acordo Administrativo (Decreto nº 12/90, de 05 de maio, publicado no DR nº 100, de 02.05, I Série) conforme consulta realizada em 07.01.2020.

[23] Acordo sobre Segurança Social ou Seguridade Social entre Portugal e Brasil e respetivo Ajuste Administrativo (Decreto nº 67/94, de 27.08, publicado no DR nº 198, de 27.08, I Série A; Resolução da Assembleia da República nº 6/2009, de 09 de Janeiro, publicada no DR nº 40, de 26.02, I Série) conforme consulta realizada em 07.01.2020.

Verde[24], Quebec[25], Marrocos[26] e Tunísia[27], com vistas a assegurar a igualdade de tratamento da saúde.

No entanto, vale mencionar, que para um estrangeiro ter acesso aos cuidados de saúde prestados em uma Unidade de Saúde Familiar, destinada a tratamentos não urgentes e de cariz preventivo, é necessário que o mesmo conclua todo o processo burocrático de estabelecimento de residência em Portugal junto do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, o que por vezes é muito demorado.

> A vida em suspenso do imigrante a espera da regularizacao. Trabalham, descontam para a Segurança Social. Já pediram autorização de residência ao SEF. Não têm direitos, mas têm deveres. Parlamento vai discutir em breve soluções para imigração irregular. (Público, 2017)[28]
>
> SEF reconhece atrasos de meio ano nas autorizações de residência. O SEF luta contra a demora nos atendimentos, que no ano passado era de dez meses. Os sindicatos reivindicam admissões de mais inspetores e de pessoal administrativo. (Diário de notícias, 2017) [29]
>
> SEF vê reclamações no Portal da Queixa aumentarem 139%. Índice de Satisfação com o SEF na "rede social" dos consumidores é de apenas 17.8 em 100. Dificuldade em conseguir agendamento, demora na entrega dos documentos e falta de resposta são motivos mais citados (Público, 2019)[30]

[24] Convenção sobre Segurança Social entre Portugal e Cabo Verde e Acordo Administrativo (Decreto nº 2/2005, de 4 de fevereiro, publicado no DR nº 25, de 04.02, I Série A) conforme consulta realizada em 07.01.2020.

[25] Ajuste Complementar, ambos em matéria de segurança social, entre Portugal e o Quebec, no âmbito do Acordo sobre segurança social entre Portugal e o Canadá. (Decreto nº 34/81, de 05 de março, publicado no DR nº 53, de 05 de março, I Série; Decreto nº 61/91, de 05 de dezembro, publicado no DR nº 280, de 05.12, I Série A) conforme consulta realizada em 07.01.2020.

[26] Convenção sobre Segurança Social entre Portugal e Marrocos e respetivo Acordo Administrativo (Decreto n 27/99, de 23 de julho, publicado no DR nº 170, de 23.06, publicado na I Série A) conforme consulta realizada em 07.01.2020.

[27] Convenção sobre Segurança Social entre Portugal e a Tunísia e respetivo Acordo Administrativo. (Resolução da Assembleia da República n.º 29/2009, de 05 de fevereiro, publicada no DR n.º 175, de 17.04, I Série; Aviso n.º 96.2010, publicado no DR n.º 122, de 25.06, I Série). conforme consulta realizada em 07.01.2020.

[28] Disponível em https://www.publico.pt/2017/03/07/sociedade/noticia/a-vida-em-suspenso-do-imigrante-a-espera-da-regularizacao-1764221 conforme consultado em 20.01.2020.

[29] Disponível https://www.dn.pt/portugal/sef-reconhece-atrasos-de-meio-ano-nas-autorizacoes-de-residencia-5720194.html conforme consultado em 20.01.2020.

[30] Disponível em https://www.publico.pt/2019/04/16/sociedade/noticia/sef-alvo-1869486 conforme consultado em 20.01.2020.

> SEF admite constrangimentos no atendimento de imigrantes.[31] (SAPO, 2019)

No Portal da queixa vinculado ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, também é possível notar uma série de reclamações, com um aumento diário de cidadãos estrangeiros que aguardam prazos médios de 12 (doze) meses para terem uma resposta do Governo quanto a análise do seu pedido de residência[32].

Ocorre que, sem a residência formalmente estabelecida e reconhecida, os mesmos não são considerados para fins das estatísticas e relatórios relativos ao acesso à saúde, eis que não conseguem realizar a inscrição nas Unidades de Saúde Familiar por não conseguirem cumprir o requisito obrigatório do estabelecimento formal da residência.

Esse cenário não está a considerar, ainda, a imensa dificuldade que os cidadãos indocumentados – em especial, os refugiados[33] - chegam a Portugal. O facto de não possuírem documentos torna a formalização do pedido de residência algo muito mais complexo de ser alcançado.[34] Essas pessoas também não estão contabilizadas nas estatísticas de acesso à saúde e, ainda, sequer nas notícias supracitadas, por ainda estarem em uma fase anterior, ou seja, sequer conseguiram formalizar qualquer pedido perante o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras para fins do estabelecimento da residência.

DADOS ESTATÍSTICOS DO CONCELHO DO PORTO: UTENTES X MÉDICOS DE FAMÍLIA

Inicialmente, é importante realizar o enquadramento de que todas as estatísticas que serão trazidas nessa seção fazem referência a pessoas com a residência formalmente estabelecida em Portugal e, ainda, que tenham conseguido

[31] Disponível em https://rr.sapo.pt/2019/08/17/pais/sef-admite-constrangimentos-no-atendimento-de-imigrantes/noticia/161501/ conforme consultado em 20.01.2020.

[32] Disponível em https://portaldaqueixa.com/brands/sef-servico-de-estrangeiros-e-fronteiras conforme consultado em 20.01.2020.

[33] Disponível em https://www.refugiados.pt/refugiadosemportugal/ conforme consultado em 20.01.2020.

[34] *"Uma família que chegue a Portugal, tem dificuldades no processo de acolhimento, tem dificuldades na integração, como obstáculos no SEF, regularização do seu estatuto."* Disponível em https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/portugal-recebeu-2-144-refugiados-em-quatro-anos-mas-50-tera-abandonado-o-pais-diz-amnistia-internacional-513037 , conforme consultado em 20.01.2020.

formalizar o pedido de inscrição perante uma das Unidades de Saúde Familiar dado que, na prática, é comum que a Unidade não aceite o pedido de inscrição sob a justificativa de que não possui capacidade de atendimento[35].

De acordo com a informação oficialmente divulgado no portal do Serviço Nacional de Saúde[36] e estabelecendo-se um recorte geográfico para o Concelho do Porto, há, atualmente, 22 (vinte e duas) Unidades de Saúde Familiar (USF) e 04 (quatro) Unidades de Cuidados de Saúde Personalizados responsáveis pelo atendimento de 291.366 (duzentos e noventa e um mil, trezentos e sessenta e seis) utentes a serem atendidos por 168 (cento e sessenta e oito) médicos de família, ou seja, por média simples são 1.734 (mil setecentos e trinta e quatro) utentes para cada médico de família.

Em maior detalhe e em uma linha do tempo, é possível acompanhar os dados divulgados pelo Serviço Nacional de Saúde, ano a ano, com relação ao desempenho do serviço e dos resultados alcançados.[37] Assim sendo, o presente estudo apresenta resultados do período de 2015 a 2019 e, em seguida, propõe uma breve reflexão comparativa com o intuito de contribuir.

Em relação a 2015, aduz o Serviço Nacional de Saúde que o Concelho do Porto possuía 251.838 (duzentos e cinquenta e um mil, oitocentos e trinta e oito) utentes, sendo 244.335 (duzentos e quarenta e quatro mil, trezentos e trinta e cinco) utentes cuidados pelos seus respetivos médicos de família, o que resulta em um percentual de 97% (noventa e sete por cento)[38].

Em relação a 2016, o cenário foi um pouco melhor em relação ao atendimento dos utentes por um médico de família, mas o que pode também estar

---

[35] Relato disponível em https://portaldaqueixa.com/brands/ministerio-da-saude/complaints/centro-de-saude-de-sintra-barramento-inscricao-no-centro-saude-8898217 conforme consultado em 20.01.2020.

[36] Conforme disponível em https://www.sns.gov.pt/monitorizacao-do-sns/, cujo acesso foi realizado em 02.01.2020. No relatório divulgado pelo Serviço Nacional de Saúde há menção de que, por exemplo, em 2019, o total de 532 (quinhentos e trinta e dois utentes) esteve sem designação de médico de família "por opção". Como não foi revelado o motivo, não está a ser diferenciado dos restantes 6.923 (seis mil novecentos e vinte e três utentes), sendo referido o total de 7.445 (sete mil quatrocentos e quarenta e cinco) que, de facto, estão no aguardo da referida designação. O mesmo foi aplicado para o levantamento realizado dos outros anos.

[37] Disponível em https://www.sns.gov.pt/home/relatorios-de-acesso-cuidados-de-saude/ conforme consulta realizada em 07.01.2020.

[38] Relatório anual sobre o acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS (2017), consultado em 07.01.2020, p. 284.

aliado a diminuição dos utentes inscritos. Nessa altura, o Concelho do Porto possuía 237.151 (duzentos e trinta e sete mil, cento e cinquenta e um) utentes, sendo 234.793 (duzentos e trinta e quatro, setecentos e noventa e três) utentes cuidados pelos seus respetivos médicos de família, o que resulta em um percentual de 99% (noventa e nove) por cento do total de inscritos.

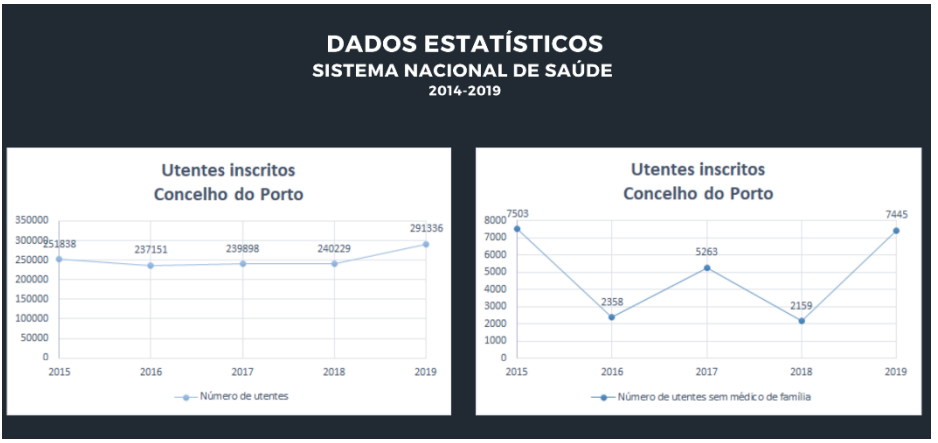
No tocante a 2017, a conjuntura passou a ser menos positiva. Segundo a fonte de dados, o Concelho do Porto possuía 239.898 (duzentos e trinta e nove mil, oitocentos e noventa e oito) utentes, sendo 234.635 (duzentos e trinta e quadro mil, seiscentos e trinta e cinco) utentes cuidados pelos seus respetivos médicos de família, o que resulta em um percentual de 98% (noventa e oito por cento) do total de inscritos[39].

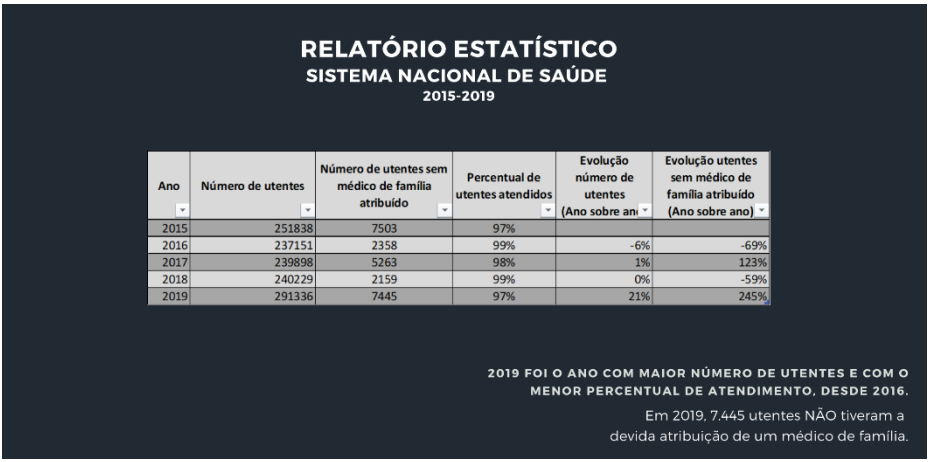
Em 2018, os resultados recuperaram o fôlego. O relatório demonstra que nessa altura o Concelho do Porto possuía 240.229 (duzentos e quarenta mil, duzentos e vinte e nove) utentes, sendo 238.070 (duzentos e trinta e oito mil e setenta) utentes cuidados pelos seus respetivos médicos de família, o que resulta em um percentual de 99% (noventa e nove por cento) do total de inscritos.

No entanto, em 2019, o cenário foi muito inferior ao esperado. No referido ano, da totalidade de utentes inscritos (291.366; duzentos e noventa e um mil, trezentos e sessenta e seis), apenas 283.911 (duzentos e oitenta e três mil, novecentos e onze) utentes foram acompanhados por médicos de família e, no entanto, outros 7.445 (sete mil quatrocentos e quarenta e cinco) utentes ficaram sem a devida atribuição de um médico. Em termos percentuais, aproximadamente 97% (noventa e sete por cento) dos utentes inscritos foram devidamente acompanhados por médicos de família.

Como forma alternativa de apresentar os dados coletados, são colacionados os gráficos, abaixo, para uma melhor visualização.

[39] Relatório anual sobre o acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS (2018), consultado em 07.01.2020, p. 289.





Ano	Número de utentes	Número de utentes sem médico de família atribuído	Percentual de utentes atendidos	Evolução número de utentes (Ano sobre ano)	Evolução utentes sem médico de família atribuído (Ano sobre ano)
2015	251838	7503	97%		
2016	237151	2358	99%	-6%	-69%
2017	239898	5263	98%	1%	123%
2018	240229	2159	99%	0%	-59%
2019	291336	7445	97%	21%	245%

Como é possível notar, a quantidade de utentes assistidos por um médico de família, em 2019, regrediu percentualmente à realidade apurada em 2015, quando a população era menor, quantitativamente. Uma outra conclusão que é possível extrair do levantamento de dados realizado é que há um limite de capacidade de atendimento vinculada ao número de inscritos.

No portal do Serviço Nacional de Saúde[40] é possível encontrar a lista das unidades que estão em situação crítica, o que é uma concretização positiva no que tange a transparência e acesso à informação por parte da população. Em um panorama mundial, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) enumerou Portugal de forma satisfatória em uma análise da

[40] Disponível em https://www.sns.gov.pt/home/relatorios-de-acesso-cuidados-de-saude/ conforme consulta realizada em 07.01.2020.

saúde de forma geral: "Portugal é o 3.º país da OCDE com maior rácio de médicos per capita. Portugal surge na terceira posição, no total de 45 países, relativamente ao indicador «número total de médicos per capita» da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)."[41]

De forma mais detalhada, a análise da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) em relação a Portugal no cenário mundial[42] é positiva no nível de satisfação, com imponência significativa em cuidados primários. E, de outro lado, segundo a mesma fonte, Portugal está em uma situação menos positiva e, portanto, atrás do esperado pela OCDE, no tocante aos gastos com a saúde. Ou seja, segundo esse levantamento, Portugal está a extrair o máximo de proveito dos recursos disponíveis, o que é muito positivo, não sendo possível, no entanto, afastar a necessidade de investimento na melhoria da qualidade, tanto a nível de gestão operacional, quanto de recursos humanos e avanços tecnológicos.

Em comento à referida notícia, Maria do Céu Machado, professora catedrática da Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa (FMUL) destacou que, de uma forma geral, realmente é possível afirmar não há falta de médicos em território nacional. No entanto, chamou a atenção para o facto de que, ao ser realizado um recorte específico para o Sistema Nacional de Saúde, a realidade é muito diferente e que há uma preocupante carência de profissionais. Em seguimento, Miguel Guimarães, Bastonário da Ordem dos Médicos, propôs

---

[41] "*Existem, atualmente, cinco médicos por cada mil habitantes, o que coloca Portugal à frente de países como Alemanha, França e Reino Unido. Os dados foram revelados na publicação anual Health at a Glance, referente a 2019, divulgada esta quinta-feira, dia 7 de novembro, pela OCDE. Na análise da evolução de um conjunto de indicadores ao longo do tempo, observam-se várias tendências positivas. Assim, no que respeita à esperança de vida Portugal surge ligeiramente acima da média da OCDE com 81,5 anos (mais oito meses que a média). Portugal apresenta resultados favoráveis no consumo de tabaco, em que a média de fumadores diários maiores de 15 anos é de 16,8%, abaixo da média da OCDE, segundo o documento, que indica que as taxas de tabagismo variam de mais de 25% na Grécia, na Turquia e na Hungria, para menos de 10% no México e na Islândia. Já no que respeita ao consumo de álcool, os portugueses reduziram em cerca de dois litros o consumo de álcool 'per capita' entre 2007 e 2017, bebendo em média 10,7 litros por ano. Esta edição do relatório Health at a Glance 2019 apresenta os dados mais recentes, comparáveis entre os estados membros da organização, designadamente sobre o estado de saúde das populações, o acesso aos cuidados de saúde, a qualidade dos cuidados prestados e o desempenho dos sistemas de saúde."* Conforme disponível em https://www.sns.gov.pt/noticias/2019/11/07/health-at-a-glance-2019/, conforme consultado em 12.01.2020.

[42] Disponível em http://www.oecd.org/health/health-systems/health-at-a-glance-19991312.htm conforme consultado em 12.01.2020.

uma reflexão ao afirmar que *"sem uma verdadeira política de incentivos"*, o país *"não vai conseguir resolver o problema das regiões mais periféricas e desfavorecidas"* e passará a ter *"doentes de primeira e doentes de segunda"*. (Diário de Notícias, 2019)[43]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indiscutível a necessidade de garantir o acesso da população aos cuidados médicos, sendo o prover dessa realidade um dever do Estado e a constante vigilância uma responsabilidade de todos. Dignificar a saúde é um compromisso com as gerações futuras.

Conforme reflexões propostas no transcorrer desse trabalho, apesar de existirem parcelas da realidade que talvez não estejam contempladas nas estatísticas nacionais (pessoas que não conseguem cumprir o critério da residência previa e formalmente estabelecida), os dados apontam para um resultado interessante e, de modo geral, positivo.

Nesse mesmo sentido, apesar dos resultados da OCDE não fornecerem uma visão tão segmentada (público e privado), como também foi destacado no decurso dessa investigação, Portugal está com um bom enquadramento perante o contexto mundial, o que é muito relevante.

De toda sorte, o mais importante é o facto de que, independente de qualquer resultado ou posição estatística, enquanto houver uma única pessoa sem o devido acompanhamento preventivo por um médico de família por incapacidade de atendimento da demanda, o Estado estará a falhar. Não importa quantas pessoas estejam sendo atendidas porque todas as vidas importam, sem exceção.

REFERÊNCIAS

"A nova Lei de Bases da Saúde". e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público, nº 6, p. 65-74. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2019000100005&lng=pt&tlng=pt >Consultado em 20 de janeiro de 2020.

Acordo sobre Segurança Social ou Seguridade Social entre Portugal e Brasil e respetivo Ajuste Administrativo (Decreto nº 67/94, de 27.08, publicado no DR

[43] Disponível em https://www.dn.pt/vida-e-futuro/temos-medicos-suficientes-em-portugal-diz-que-sim-mas-nao-chegam-11152759.html conforme consultado realizado em 07.01.2020.

nº 198, de 27.08, I Série A; Resolução da Assembleia da República nº 6/2009, de 09 de janeiro, publicada no DR nº 40, de 26.02, I Série). Consultado em 10 de janeiro de 2020.

Ajuste Complementar, ambos em matéria de segurança social, entre Portugal e o Quebec, no âmbito do Acordo sobre segurança social entre Portugal e o Canadá. (Decreto nº 34/81, de 05 de março, publicado no DR nº 53, de 05 de março, I Série; Decreto nº 61/91, de 05 de dezembro, publicado no DR nº 280, de 05.12, I Série A). Consultado em 10 de janeiro de 2020.

Base de dados Portugal contemporâneo. Disponível em <https://www.pordata.pt>Consultado em 18 de janeiro de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 2002.

Carta das Nações Unidas disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>Consultado em 03 de janeiro de 2020.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>Consultado em 06 de janeiro de 2020.

Comunicação da Comissão sobre sistemas de saúde eficazes, acessíveis e resilientes [COM(2014) 215 final de 4.4.2014]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0215&from=PT>Consultado em 20 de janeiro de 2020.

Constituição da Organização Mundial de Saúde. Disponível em <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/PDF2/0902_Constituic%CC%A7a%CC%83o%20da%20Organizac%CC%A7a%CC%83o%20Mundial%20da%20Sau%CC%81de.pdf>Consultado em 06 de janeiro de 2020.

Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP 1976). Disponível em <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>Consultado em 01 de janeiro de 2020.

Convenção sobre Segurança Social entre Portugal e a Tunísia e respetivo Acordo Administrativo. (Resolução da Assembleia da República n.º 29/2009, de 05 de fevereiro, publicada no DR n.º 175, de 17.04, I Série; Aviso n.º 96.2010,

publicado no DR n.º 122, de 25.06, I Série). Consultado em 10 de janeiro de 2020.

Convenção sobre Segurança Social entre Portugal e Andorra e respetivo Acordo Administrativo (Decreto nº 12/90, de 05 de maio, publicado no DR nº 100, de 02.05, I Série). Consultado em 10 de janeiro de 2020.

Convenção sobre Segurança Social entre Portugal e Cabo Verde e Acordo Administrativo (Decreto nº 2/2005, de 4 de fevereiro, publicado no DR nº 25, de 04.02, I Série A). Consultado em 10 de janeiro de 2020.

Convenção sobre Segurança Social entre Portugal e Marrocos e respetivo Acordo Administrativo (Decreto n 27/99, de 23 de julho, publicado no DR nº 170, de 23.06, publicado na I Série A). Consultado em 10 de janeiro de 2020.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponível em <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>Consultado em 03 de janeiro de 2020.

Derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad", in Revista Iberoamericana de Bioética (2017/5). Disponível em <http://revistas.upcomillas.es/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/issue/view/603>Consultado em 22 de janeiro de 2020.

Estatísticas Demográficas: 2014. Lisboa: INE, 2015. Disponível em <https://www.ine.pt/xurl/pub/139659>Consultado em 17 de janeiro de 2020.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Lisboa: Edições 70, 2007.

Lei de Bases da Saúde da Saúde, Materiais e razões de um projeto, Cadernos da Lex Medicinae, n.º 3, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2018.

Lei de bases da Saúde: Lei n.º 95/2019 de 04 de setembro, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/124417108/details/maximized>Consultado em 05 de janeiro de 2020.

Lista de desafios urgentes e globais à saúde, compromissos para a próxima decada, determinada pela Organização Mundial de Saúde. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2020/01/1700342> Consultado em 22 de janeiro de 2020.

LOUREIRO, João Carlos, "Cidadania, proteção social pobreza humana." in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 90, Vol. 1.

LOUREIRO, João Carlos, "Prometeu, Golem Companhia: Bioconstituicao Corporeidade numa Sociedade (Mundial) de Risco". Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 85, 2009.

LOUREIRO, João Carlos. "Derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad", in Revista Iberoamericana de Bioética (2017/5) Disponível em <http://revistas.upcomillas.es/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/issue/view/603>Consultado em 12 de janeiro de 2020.

Manual de Acolhimento ao Sistema de Saúde por Cidadãos Estrangeiros. Disponível em <https://www.sns.gov.pt/wpcontent/uploads/2017/03/CHLeiria_CidadaosEstrangeiros_ManualAcolhimento.pdf>Consultado em 22 de janeiro de 2020.

Notícia "A vida em suspenso dos imigrantes à espera da regularização." Disponível em <https://www.publico.pt/2017/03/07/sociedade/noticia/a-vida-em-suspenso-do-imigrante-a-espera-da-regularizacao-1764221>Consultado em 25 de janeiro de 2020.

Notícia "Governo aprova Plano de melhoria da resposta do Serviço Nacional de Saúde de 800 milhões de euros" disponível em <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/noticia?i=governo-aprova-plano-de-melhoria-da-resposta-do-servico-nacional-de-saude-de-800-milhoes-de-euros>Consultado em 24 de janeiro de 2020.

Notícia "Governo quer garantir o melhor futuro para o Serviço Nacional de Saúde". disponível em <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/noticia?i=governo-quer-garantir-o-melhor-futuro-para-o-servico-nacional-de-saude>Consultado em 24 de janeiro de 2020.

Notícia "mundo está ficando sem opções para combater super bactérias". Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2020/01/1701012>Consultado em 22 de janeiro de 2020.
Notícia "Portugal é o 3.º país da OCDE com maior rácio de médicos per capita." Disponível em <https://www.sns.gov.pt/noticias/2019/11/07/health-at-a-glance-2019/>Consultado em 24 de janeiro de 2020.

Notícia "Portugal recebeu 2.144 refugiados em quatro anos, mas 50% terá já abandonado o país.". Disponível em

<https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/portugal-recebeu-2-144-refugiados-em-quatro-anos-mas-50-tera-abandonado-o-pais-diz-amnistia-internacional-513037>Consultado em 24 de janeiro de 2020.

Notícia "Sef admite constrangimentos no atendimento de imigrantes." Disponível em <https://rr.sapo.pt/2019/08/17/pais/sef-admite-constrangimentos-no-atendimento-de-imigrantes/noticia/161501/>Consultado em 24 de janeiro de 2020.

Notícia "Sef reconhece atrasos de meio ano nas cautorizações de residência." Disponível em <https://www.dn.pt/portugal/sef-reconhece-atrasos-de-meio-ano-nas-autorizacoes-de-residencia-5720194.html >Consultado em 24 de janeiro de 2020.

Notícia "SEF vê reclamações no Portal da Queixa aumentarem 139%." Disponível em <https://www.publico.pt/2019/04/16/sociedade/noticia/sef-alvo-1869486>Consultado em 24 de janeiro de 2020.

NUNES, António José Avelãs, O fascismo do mercado ataca: é urgente "derrubar definitivamente o Estado-Providência", Coimbra, 2013.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, "Direitos dos pacientes e responsabilidade médica", in Revista Portuguesa do Dano Corporal (27), 2016.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, Direitos dos pacientes e responsabilidade médica. Coimbra, 2014. Tese de doutoramento. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/31524>Consultado em 02 de janeiro de 2020.

Portal da Queixa. Disponível em <https://portaldaqueixa.com/brands/sef-servico-de-estrangeiros-e-fronteiras>Consultado em 19 de janeiro de 2020.

Portal do Serviço Nacional de Saúde com dados refentes a monitorização do serviço. Disponível em <https://www.sns.gov.pt/monitorizacao-do-sns/>Consultado em 31 de dezembro de 2019.

Portal dos Refugiados. Disponível em <https://www.refugiados.pt/refugiadosemportugal>Consultado em 18 de janeiro de 2020.

Portal dos Refugiados. Disponível em <https://www.refugiados.pt/refugiadosemportugal/>Consultado em 19 de janeiro de 2020.

REALE, Miguel, Filosofia do Direito, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
Regulamentos Comunitários de Coordenação dos Sistemas de Segurança Social n.º 883/2004 e n.º 987/2009. Consultado em 10 de janeiro de 2020.

Relato disponível em <https://portaldaqueixa.com/brands/ministerio-da-saude/complaints/centro-de-saude-de-sintra-barramento-inscricao-no-centro-saude-8898217>Consultado em 25 de janeiro de 2020.

Relatório "Financiamento dos sistemas de saúde, O caminho para a cobertura universal", publicado em 2010. Disponível em <https://www.who.int/eportuguese/publications/pt>Consultado em 15 de janeiro de 2020.
Relatório anual sobre o acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS (2018). Disponível em <https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2019/09/Relatorio_Acesso_2018-v.final_.pdf>Consultado em 16 de janeiro de 2020.

Relatório anual sobre o acesso a cuidados de saúde nos estabelecimentos do SNS (2017) Disponível em<https://www.sns.gov.pt/wpcontent/uploads/2018/06/Relatorio_Acesso_SNS_2017_v.final_.pdf>Consultado em 16 de janeiro de 2020.

Relatório com o rol de todas as iniciativas comunitárias para proteção do patamar mínimo de qualidade dos Estados Membros. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/public_health.html?root_default=SUM_1_CODED%3D29&locale=pt e https://ec.europa.eu/health/home_pt>Consultado em 15 de janeiro de 2020.

Relatório do Instituto Nacional de Estatística referente a dados demográficos divulgado em 2018 "As Pessoas": 2018. Lisboa: INE, 2020. Disponível em <https://www.ine.pt/xurl/pub/411649576>Consultado em 17 de janeiro de 2020.

Relatório do Instituto Nacional de Estatística referente a dados demográficos.

Relatório referente ao Acesso aos cuidados de saúde. Disponível em <https://www.sns.gov.pt/home/relatorios-de-acesso-cuidados-de-saude>Consultado em 16 de janeiro de 2020.

Relatório referentes a transição do trabalho para a reforma. Disponível em <https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_estudos&ESTUD

OSest_boui=222022810&ESTUDOSmodo=2&xlang=pt>Consultado em 17 de janeiro de 2020.

Revista ("*OECD Indicators*") referente a Saúde no Mundo. Disponível em <http://www.oecd.org/health/health-systems/health-at-a-glance-19991312.htm>Consultado em 23 de janeiro de 2020.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> Consultado em 03 de janeiro de 2020.

11

PAINEL 11
Direito Constitucional e gestão institucional

O NEOCONSTITUCIONALISMO NA ÓTICA HABERMASIANA: o papel da Constituição como centralizadora do agir comunicativo

Luiz Gustavo Tiroli
Acadêmico de Direito da Universidade Estadual de Londrina
Lattes: http://lattes.cnpq.br/4012511514272072
gustavo_tiroli@hotmail.com.

Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya
Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pesquisadora do grupo *Democracia, Cidadania e Estado de Direito - DeCIED* e junto ao Instituto Gilvan Hansen - IGH. Docente da Escola de Direito das Faculdades Londrina – EDFL.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/9731930696524695.
naty.alfaya@gmail.com.

Resumo: O neoconstitucionalismo surge como resposta ao positivismo jurídico que balizou e legitimou atrocidades durante o século XX. Entretanto, a terminologia direciona para uma gama de significados não bem definidos, causando discussão na acadêmica quanto aos reais contornos desse fenômeno. Diante da problemática em torno do neoconstitucionalismo, de que maneira o ferramental habermasiano pode contribuir para uma reflexão mais aprofundada sobre a temática? O objetivo geral consiste em perquirir sobre a pertinência do termo neoconstitucionalismo em Habermas e apresentar as propostas do autor para a crise das democracias constitucionais. O método adotado é o histórico-dedutivo. A pesquisa será desenvolvida por meio da abordagem qualitativa e por meio da técnica de revisão bibliográfica da literatura pertinente ao assunto. No primeiro tópico perquire-se sobre o neoconstitucionalismo como fenômeno jurídico contemporâneo alicerçado em três bases: a distinção entre princípios e regras, a aplicação do direito por meio da ponderação e a conexão entre direito e moral. No segundo, discorre-se sobre o modelo de democracia deliberativa, analisando o constitucionalismo sob a ótica habermasiana e a proposta de patriotismo constitucional como resposta para a crise das democracias constitucionais. Nas considerações finais, vislumbra-se que, para Habermas, a racionalidade exigida pelo direito deve necessariamente derivar do processo legislativo. O neoconstitucionalismo encontra maior espaço em sociedades com ausência de tradição democrática sólida e de confiança no parlamento, uma vez que tal fenômeno incorre, por vezes, na substituição do império da lei pelo império dos juízes.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Jürgen Habermas. Patriotismo constitucional.

INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo surgiu como reação ao positivismo, este tem por seus principais representantes Hans Kelsen e Herbert Hart, que sustentam a separação entre a moral e o direito, enquanto que aquele é marcado: primeiro pela primordial distinção entre princípio e regra, sendo princípio denominado "mandamento de otimização", valor positivado que incorpora o campo deontológico, enquanto que regra consiste em "mandamento definitivo", o qual deve ou não ser cumprido. Segundo pela aplicação do direito por meio da ponderação, de modo que na análise do caso concreto, o julgador sopesa os princípios, não excluindo um em detrimento do outro, mas afastando a aplicabilidade momentaneamente. E terceiro pela necessária conexão entre direito e moral, em que a finalidade do direito consiste em cumprir o ideal de justiça que se manifesta por valores constitucionais.

A primeira crítica ao emprego da nomenclatura está relacionada a impossibilidade do termo reunir a demasiada quantidade de teorias a que se pretende, sobretudo considerando a disparidade e a heterogenia dessas concepções. A segunda está relacionada a aplicação do prefixo "neo" que limitaria a compreensão do constitucionalismo, considerando que está fadado a evoluir, o termo reprimiria a receptividade das novas fases, sendo adequado referir-se ao processo evolutivo histórico do fenômeno como "fase atual do constitucionalismo".

Diante da problemática em torno da nomenclatura e da conceituação propriamente dita, de que maneira o ferramental habermasiano pode contribuir para uma reflexão mais aprofundada sobre o neoconstitucionalismo? O objetivo geral consiste em perquirir sobre a pertinência da terminologia em Habermas, além de discorrer sobre a evolução histórica e as principais características do fenômeno do neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro e analisar a teoria habermasiana como pressuposto teórico para compreensão do constitucionalismo e a sua possível visão sobre o neoconstitucionalismo, haja vista a particularidade do fenômeno em cada Estado.

O método adotado é o histórico-dedutivo, que consiste na extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais do neoconstitucionalismo aplicáveis à compreensão habermasiana. A problemática da pesquisa será

desenvolvida por meio da abordagem qualitativa, com intuito de analisar os objetivos em uma perspectiva descritiva e exploratória, a partir da técnica de revisão bibliográfica da literatura pertinente ao assunto.

Na consecução do objetivo acima delineado, o primeiro tópico versa sobre a evolução histórica do conceito de neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando os três pontos centrais que remontam ao fenômeno, quer seja a distinção entre princípios e regras; o direito aplicado como ponderação; e a conexão entre direito e moral. No segundo tópico, discorre-se sobre o papel da constituição como centralizadora do agir comunicativo habermasiano, analisando a função das constituições como fontes de unidade e conservação das sociedades multiculturais, mantendo-as unidas e estáveis, além de perquirir sobre o patriotismo constitucional.

1 O NEOCONSTITUCIONALISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ORIGEM E CARACTERISTICAS PRINCIPAIS

O constitucionalismo consiste em uma técnica de limitação do poder estatal que surge a partir de duas grandes revoluções, a Norte-Americana de 1787 e a Francesa de 1789. Ambas apregoaram que o poder do Estado deve ser regulamentado por meio de um conjunto de normas presentes em um documento específico criado por um órgão que surge tão somente para essa finalidade. Ou seja, a constituição deve ser rígida, suprema, escrita, formal e codificada. Apenas três estados não adotaram o modelo constitucionalista: Israel, Nova Zelândia e Reino Unido (DIPPEL, 2007, p.1).

O neoconstitucionalismo desenvolve-se a partir de uma dessas características especificamente: a Constituição como Lei Fundamental, suprema em relação ao restante do ordenamento jurídico do Estado, devendo todo ele ser revisto em face dela, cabendo aos julgadores adequarem ou invalidarem as normas que, material ou formalmente, vão de encontro à Constituição (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993).

Originalmente relacionado ao controle e limitação de atuação da intervenção estatal, hodiernamente, sobretudo a partir do segundo pós-guerra, as constituições passaram a adotar um rol extensivo de direito e garantias individuais que exigem uma atuação proativa dos Estados, de modo que afastam o abuso de poder e também impedem a inércia do poder, recorrendo-se ao Poder Judiciário a

aplicação direta desses direitos e garantias, inclusive nas relações entre os particulares, dando ensejo ao surgimento de uma "nova versão" do constitucionalismo: o neoconstitucionalismo (BRANCO, 2009).

O termo neoconstitucionalismo foi utilizado pela primeira vez no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em 1997, na cidade de Buenos Aires, na Argentina. Ao proferir a palestra, Susanna Pozzolo utilizou o rótulo para designar um "*grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho*", principalmente "Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino" (POZZOLO, 1998, p. 339). Adiante, "Mauro Barberis (2006) se considera o primeiro a propor-lhe um conceito: trata-se, segundo ele, de uma teoria do direito intermediária ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico, segundo a qual haveria uma conexão necessária entre o direito e a moral no Estado Constitucional" (MARTINS, 2017, p. 03).

O neoconstitucionalismo pode se desdobrar em, ao menos, três vertentes: a primeira é teórica, em que se vislumbra as realizações da constituições a partir da análise do rol de direitos fundamentais, dos princípios e das regra; a segunda é ideológica, que concebe uma transição entre o constitucionalismo que visava limitar a atuação do Estado na vida dos indivíduos para o neoconstitucionalismo, que redefine os contornos de atuação deste Estado como garantia de defesa dos direitos individuais e coletivos; e por fim, a terceira, a vertente metodológica, que considera os princípios constitucionais um ponte entre o direito e a moral (COMANDUCCI apud CARBONELL, 2003, p. 82-87).

A Constituição Federal de 1988 representa o principal marco do surgimento de um movimento jurídico brasileiro em que os princípios são considerados vertentes hermenêuticas-normativas, em detrimento da concepção de outrora, em que o princípio era tido como mero sanador de lacunas na resolução dos conflitos. Os princípios tem a função de exercer a máxima atuação do Estado, inclusive na questão legislativa, uma vez que as regras infraconstitucionais não podem contrariar a natureza dos princípios constitucionais presentes explícita ou implicitamente na Carta Fundamental (TIROLI; PEDROZO, 2020, p. 472).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1971, p. 451), princípio jurídico pode ser conceituado como

> mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência,

> exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Sendo assim, tem-se a primeira característica do neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro, a distinção entre princípios e regras. Uma das reflexões a respeito da conceituação sobre regra e princípio se encontra na obra de Ronald Dworkin (2007), em que a regra possui caráter decisório e finalista (ou seja, a aplicação de uma regra exclui necessariamente a outra) enquanto os princípios são flexíveis e maleáveis, podendo ser sopesados no caso concreto, inclusive subsistindo comumente, mesmo sendo fundamentalmente opostos. (TIROLI; PEDROZO, 2020, p. 473)

Neste sentido, a característica comum entre regra e princípio está embasada no caráter normativo de ambos, de modo que o primeiro se destina especificamente a um caso concreto com aplicabilidade específica prevista pelo legislador, ao passo que o segundo tem finalidade generalizada, sobretudo, considerando a impossibilidade do legislador de realizar a previsão de todas as condutas sociais possíveis. Disso, extrai-se que o princípio se constitui como uma norma geral que demonstra a intencionalidade do legislador (LEAL, 2003, p. 72).

> Princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Princípio é um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência. Isto é, princípios funcionam no código lícito-ilícito. Caso contrário, um princípio não é um princípio. É só um argumento retórico (COUTINHO, 2015, p. 33).

Por outro lado, no entendimento de Dworkin a regra deve imperar no caso concreto ou ser deixada de lado, pois "as regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida" (DWORKIN, 2007, p. 39).

A diferenciação dos princípios, como normativa ampla e genérica que se encontra explicita ou implícita no ordenamento jurídico e que pode conviver com outros sem prejuízo ou minimização de sua força normativa, e as regras, como ferramentas específicas para aplicação no caso concreto em que não se pode admitir a coexistência contraditória entre elas, são conceitos amplamente delineados por Alexy e Dworkin (DUARTE, 2019). Os autores objetivaram

estabelecer teorias que direcionariam a aplicabilidade da norma no caso concreto, impedindo o desenvolvimento do autoritarismo, da discricionariedade infundada e da arbitrariedade, contribuindo assim para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito (TIROLI; PEDROZO, 2020, p. 476).

A ampla maioria das constituições contêm um catálogo de direitos fundamentais e a previsão do rol pressupõe a existência de colisão. Sendo assim, a colisão de direitos fundamentais pode ocorrer em stricto sensu, que surge na medida em que o exercício de um direito fundamental incorre em consequências negativas para os direitos fundamentais de outros titulares, e lato sensu, quando a colisão ocorre entre um direito fundamental e um bem comum ou norma jurídica.

Desta forma, tem-se a segunda característica do neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro, o direito aplicado por meio da técnica da ponderação. Para Robert Alexy (1999), a colisão entre direitos fundamentais deve ser tratada como colisão de princípios, visto que a solução adequada seria a ponderação. Neste sentido, "quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam" (ALEXY, 1999, p. 278).

> Na impossibilidade de uma compatibilização dos interesses conflitantes, tinha-se de contemplar qual haveria de ceder lugar, no caso concreto, para permitir uma adequada solução da colisão. [...] No processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito (MENDES, 1994, p. 300).

Neste aspecto, a aplicação da técnica de ponderação se manifesta em três etapas distintas: a identificação das normas pertinentes ao caso concreto; a identificação das condições fáticas e sua interação com as normas e a apuração conjunta dos pesos a serem atribuídos aos elementos em colisão, definindo assim o grupo de normas que serão ponderadas (MATOS, 2010).

A otimização dos princípios conflitantes na perspectiva da ponderação se dá por meio do sopesamento, ou seja, avalia-se o grau de não-satisfação de um dos princípios, a importância da satisfação do princípio conflitante e se a importância desta satisfação justifica a não-satisfação do outro princípio, a partir de elementos da teoria da argumentação na aplicação do caso concreto (ALEXY, 2017). Cumpre destacar que não se pode conceber uma hierarquia axiológica constitucional que permitisse a sobreposição de um princípio em detrimento do outro igualmente alçado a direito fundamental no artigo 5° da Carta Fundamental,

pois na impossibilidade de haver compatibilização dos princípios, parte-se para a ponderação no caso concreto (BARROSO, 2013).

Por fim, tem-se a terceira característica do neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico brasileiro, a conexão existente entre direito e moral. A possibilidade de aplicação do direito por meio da técnica da ponderação e a consideração de que o sistema jurídico é composto por valores é pressuposto de vinculação do direito com a moral (MARTINS, 2017). No âmbito do positivismo, tem-se uma necessária desvinculação entre direito e moral, ou seja, os critérios éticos só são juridicamente relevantes se estiverem previstos no ordenamento jurídico de maneira positivada. Desta forma, uma norma jurídica jamais será afastada por mera colisão com um preceito moral não positivado.

Enquanto que no neoconstitucionalismo, o agente responsável pelo processo decisório tem um alargado âmbito de decisão, "mas esse âmbito é limitado por uma série de restrições valorativas. Ele pode fazer muitas escolhas, mas não pode fazer qualquer escolha, deve respeitar as valorações objetivas. Há, em consequência dessa premissa, uma vinculação necessária entre o Direito e a Moral" (MARTINS, 2017, p. 10).

Para o neoconstitucionalismo, inexiste uma subordinação entre direito e moral, uma vez que as exigências morais que impedem ou limitam a atuação do agente decisório integram, necessariamente, o sistema normativo vigente. Desta forma, pressupõe-se que o texto constitucional incorpora uma ordem objetiva de valores, ou seja, a reaproximação entre o direito e a moral, de modo que a moral se materializa em princípios implícita ou explicitamente albergados pela Constituição Federal (BARROSO, 2002).

> O próprio fato de esses princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo poder legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda regra de Direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos tiraram, todos, sua validade de uma norma suprema pressuposta (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 9)

Para Alexy (2017), o ato de editar uma norma jurídica é um ato linguístico, ou seja, para que se concretize, se faz necessário observar determinadas circunstâncias. A título exemplificativo tem-se uma constituição que se preste a estabelecer no seu artigo 1° que o objetivo do Estado é a busca pela injustiça, contrariando a pretensa ligação entre justiça e direito.

> A promulgação de uma Constituição pressupõe a pretensão de justiça; e ao negar essa pretensão incorre-se numa contradição performativa. Diante do artigo invocado por Alexy, de duas, uma ou o intérprete considera-o não escrito e subsiste uma Constituição, ou não se tem Constituição. Assim como quem promete e, ao mesmo tempo, diz que está mentindo, não promete, quem edita uma Constituição e afirma que pretende a injustiça, não edita uma Constituição. Quer dizer: ainda que a Constituição negue valores indispensáveis para uma decisão pretensamente justa, a negativa não deve surtir efeitos. Há, pois, conceitualmente, uma imbricação necessária entre o Direito e a Moral; não qualquer moral, mas, seguindo terminologia de Hart, a moral crítica, passível de ser generalizada, considerada objetivamente impositiva para todos (MARTINS, 2017, p. 10).

Para Dworkin, existe uma relação entre direito e moral, de modo que o direito é regido por dois princípios de integridade política: o primeiro dirigido ao legislador, e o segundo dirigido ao magistrado. A integralidade do sistema normativo-jurídico deve ser garantida, para ele "a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção" (DWORKIN, 2014, p. 213). Independem da vontade do julgador e considerados pressupostos epistemológicos, os princípios de integralidade são ínsitos ao sistema constitucional.

A finalidade última do direito é a busca pela justiça, sendo a ordem jurídica regida por valorações subjetivas e objetivas, a decisão do agente se assenta na competência discricionária, quando se verifica um empate valorativo na análise do caso concreto; e na competência vinculada, quando inexiste empate valorativo. A decisão justa é aquela que realiza a ponderação entre os condicionantes valorativos a partir da consideração dos princípios materiais e formais.

Sendo assim, o termo "neoconsticionalismo" acaba sendo um guarda-chuva grande demais pra cobrir autores e teorias das mais diversas, que não tem em comum nada além de se oporem à ideia positivista de separar direito e moral, e que a maioria desses autores, por serem de diferentes partes do mundo, sequer reconhecerem esse termo, que dirá se classificarem como.

2 O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO COMO CENTRALIZADORA DO AGIR COMUNICATIVO EM JÜRGEN HABERMAS

O processo de formação dos Estados modernos é permeado por um conjunto de fatores que levam a consolidação de sociedades multiculturais e

complexas. O encontro de grupos étnicos culturais, conflitos bélicos, a prática religiosa, as concepções político-ideológicas, as migrações e colonizações, a dinamicidade ou estaticidade dos grupos de dominação social e outros antagonismos contribuem para que cada Estado moderno seja singular.

Neste sentido, a consolidação da democracia nas sociedades modernas não pode partir dos modelos liberal ou republicano, dado a sua insuficiência em face da complexidade étnico cultural moderna, uma vez que a força de integração social e a construção de vínculos de solidariedade constitutivo das relações humanas afasta a concepção liberal que concebe a sociedade como a junção de indivíduos enquanto seres isolados e que só necessitam da tutela do espaço privado para buscarem o ideal de vida boa e a realização pessoal. Não serve também a proposta republicana que concebe o indivíduo na coletivização e o Estado regulamentado pela legislação formada a partir da homogenização dos valores morais e culturais de determinado povo.

Sendo assim, diante da insuficiência dos modelos liberal e republicano, Habermas propõe o modelo que denominou de discursivo, no qual o autor pretende enfrentar as questões da modernidade multicultural e estruturar requisitos que possam garantir o desenvolvimento qualitativo das democracias independente dos conteúdos étnicos e culturais e do processo histórico de cada sociedade que pretende se estruturar em um Estado democrático moderno.

A principal distinção entre o modelo habermasiano para os modelos clássicos consiste em que o primeiro preocupa-se em desenvolver um conjunto de formas, categorias e procedimentos que permitiriam a construção da democracia a partir do contexto multicultural da sociedade, enquanto que os segundos ocuparam-se em fornecer um conjunto de valores morais e conteúdos específicos que deveriam ser aplicados às mais diversas sociedades, ignorando as variações culturais e os antagonismos sociais (HABERMAS, 2002).

O modelo deliberativo habermasiano se constitui a partir da tentativa de harmonização da perspectiva liberal e republicana e está alicerçado nas condições de comunicação para a tomada de decisão, em que o processo político deliberativo se solidifica sobre a estruturação de uma comunicação pública no espaço público (LUBENOW, 2010). Este espaço público é tido como espaço irrestrito de comunicação e deliberação pública, não tendo limites geográficos em que os elementos constitutivos não podem ser antecipados (HABERMAS, 2011).

Para o exercício da deliberação, Habermas propõe a teoria da ação comunicativa em que defende a superação da filosofia do sujeito pela filosofia da linguagem, deixando de focar os estudos nos indivíduos isolados (modelo liberal) ou em um ente formado pela coletividade homogeneamente considerada (modelo republicano) e voltando sua atenção às relações intersubjetivas que se formam entre os indivíduos que fazem parte de uma mesma comunidade e precisam definir as soluções para problemas comuns.

Habermas faz isso desenvolvendo uma teoria que se alicerça sobre pressupostos comunicativos e que se caracteriza pelo diálogo argumentativo. Os requisitos para a concretização do discurso consistem na possibilidade de todos poderem participar dos discursos; "todos podem problematizar qualquer asserção; todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; todos podem manifestar suas atitudes, desejos e necessidades e todos podem exercer os direitos acima" (ALEXY, 2017, p. 226). Sendo assim, a democracia deliberativa precisa desdobrar-se sobre "opiniões públicas autônomas e amplamente espraiadas, e sobre procedimentos institucionalizados por via jurídico-estatal para a formação democrática da opinião e da vontade" (HABERMAS, 2002, p. 286).

O discurso é ordenado pelas regras de igualdade e simetria, ou seja, todos têm a mesma chance de iniciar o debate, realizar críticas, interrogar e participar, além de que todos podem discutir e questionar a respeito dos tópicos que foram estabelecidos em pauta para a discussão e todos tem "o direito de iniciar argumentos reflexivos sobre as próprias regras do procedimento discursivo e o modo pelo qual são aplicadas e implementadas" (BENHABIB, 1996, p. 70).

Os indivíduos reconhecem uma decisão como legítima e a aceitam a medida que se identificam e participam do processo deliberativo, seguindo a direção que estes mesmos desejaram seguir. A discussão ampla e irrestrita tem a finalidade de construir círculos de debates a partir de opiniões racionais que ao final estabelecerão o argumento mais forte que será determinado como à vontade coletiva. Neste modelo não é somente o voto a fonte de legitimidade, mas sobretudo a participação discursiva baseada na racionalidade dos interessados que direta e indiretamente serão afetados pela decisão tomada.

Neste sentido, Habermas critica o agigantamento do Poder Judiciário em face do déficit dos Poderes Legislativo e Executivo, renegando a conhecida "jurisprudência de valores", a tendência de incorporar valores como fonte de controle de constitucionalidade, haja vista que, para o autor, não se pode confundir valores com princípios, pois "tal método conduz a uma argumentação jurídica

inconsistente, não racional e muitas vezes casuística" (AQUINO, 2014, p. 06). "A transformação conceitual de direitos fundamentais em bens fundamentais significa que direitos foram mascarados pela teleologia, escondendo o fato de que em um contexto de justificação, normas e valores têm diferentes papéis na lógica da argumentação" (HABERMAS, 1996, p. 257).

Para o autor, a solução para o problema atual das democracias constitucionais não "passa pelo engrandecimento da jurisdição constitucional, como forma de fazer valer os princípios e valores constitucionais postos, conforme vemos ocorrer atualmente no Brasil dada a grande proporção social e política que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal vêm atingindo" (AQUINO, 2014, p. 07).

> Habermas entende que a visão substancialista da Constituição, que vê a Carta Magna como um conjunto de valores a ser concretizado, em vez de um sistema propriamente normativo, permitindo esse agigantamento do Poder Judiciário, seria o grande problema. O imbróglio não estaria no método do sopesamento dos valores, mas na ausência de legitimidade na sua realização O Poder Judiciário por não ser um poder composto por pessoas escolhidas pelo povo, não teria a legitimidade necessária para criar as leis no caso concreto. Seria uma ingerência ilegítima na esfera do Poder Legislativo (AQUINO, 2014, p. 07).

Desta forma, ao contrário do ativismo judicial que é nocivo à democracia, o modelo democrático habermasiano pressupõe que não haja uma sobreposição ou "protagonismo" de um poder em detrimento do outro, ao contrário, uma equilíbrio que é legitimado pela participação e deliberação que se justificam através da argumentação.

Todavia, pensadores como Chantal Mouffe (2003) critica o modelo de democracia universal que seria, assim como a universalização dos direitos humanos, um instrumento de dominação e imposição da hegemonia ocidental às múltiplas sociedades, marcadas por processos históricos e sociais bastante distintas. Entretanto, cumpre destacar que o modelo de democracia deliberativa habermasiano não objetiva impor conteúdos, mas visa difundir procedimentos que podem ser universalizados para todas as sociedades na construção de uma democracia participativa, com leis alicerçadas na legitimidade discursiva.

Na Alemanha do segundo pós-guerra, a fim de mitigar o ultranacionalismo que se estabeleceu durante o período entre guerras, buscou-se construir uma identidade nacional que fosse capaz de superar a visão totalitária na busca de um nacionalismo que pudesse promover a união entre os diversos povos. Neste contexto, tem-se o patriotismo constitucional (*Verfassungspatriotismus*), termo

utilizado pela primeira vez pelo historiador Dolf Sternberger, por ocasião da comemoração de 30 anos da Constituição Alemã de 1949, também conhecida como Lei Fundamental de Bonn, para designar uma oposição ao patriotismo nacionalista exacerbado na construção de uma ordem política aliada aos princípios constitucionais.

> A Constituição saiu da penumbra em que se encontrava ao nascer. Na medida em que ganha vida, ao surgirem atores e ações vigorosas das simples normas, e com isto se vivificam os órgãos que delineavam como devemos utilizar, nós mesmos, as liberdades que ali se garantiam, aprendemos a mover-nos com e dentro deste Estado. Pois bem, nessa medida se formou de maneira imperceptível um segundo patriotismo, que se funda precisamente na Constituição. O sentimento nacional permanece ferido e nós não vivemos em uma Alemanha completa. Mas vivemos na integridade de uma Constituição, em um Estado constitucional completo e este mesmo é uma espécie de pátria (STERNBERGER, 2001, p. 45).

Em que pese Sternberger ter sido o pioneiro, a denominação patriotismo constitucional ganhou força a partir dos trabalhos de Habermas, que acredita que o fenômeno designado "produziu de forma reflexiva uma identidade política coletiva conciliada com uma perspectiva universalista comprometida com os princípios do Estado Democrático de Direito" (JÚNIOR, 2020, p. 02). Tal identidade é alicerçada em compromissos éticos e constitucionais democráticos capazes de garantir, segundo o filósofo, a "integração e assegurar a solidariedade entre os povos (HABERMAS, 1998). "Para nós, na República Federal, patriotismo constitucional significa, entre outras coisas, ter orgulho do fato de que fomos capazes de superar permanentemente o fascismo, estabelecendo uma ordem baseada a lei, e ancorando-a em uma cultura política liberal razoável" (HABERMAS, 1998, p. 115).

Sendo assim, tem-se na Constituição o elo que aglutina e aproxima os cidadãos em torno dos princípios do Estado Democrático de Direito, independente das diferenças culturais ou étnicas, afastando-se do tradicional nacionalismo xenofóbico, mas voltando-se ao patriotismo constitucional com foco nos direitos humanos, solidariedade social e na pluralidade. Apesar de permanecerem as diferenças culturais, regionais e étnicas, abandona-se a ideia de uma identidade coletiva fundada na homogeneidade cultural que não seja capaz de unir e conciliar os cidadãos, mas busca-se "o reconhecimento de um constitucionalismo intercultural, que deve permitir a diversidade de culturas e promover a conciliação entre todas as práticas culturais" (JÚNIOR, 2020, p. 03).

No contexto brasileiro, o patriotismo constitucional pode auxiliar na constituição de um patriotismo integrativo, dada a miscigenação racial e composição étnica hibrida da sociedade, na busca de construir uma identidade nacional que motive um discurso político capaz de realizar um país menos desigual. "A integração do conceito de patriotismo constitucional (na sua forma mais republicana) à cultura jurídica e política brasileira pode reforçar o processo de construção de um senso de identidade nacional amplamente compartilhado" (MAIA, 2005, p. 31).

Para Habermas, a crise de legitimidade das democracias constitucionais não encontra solução no ativismo judicial que se faz surgir a partir das balizas do movimento neoconstitucionalista, mas sim na ampliação dos canais participativos no interior dos processos judiciais, dos processos de formação das leis e dos órgãos públicos. Desta forma, destaca-se o papel das constituições (e sua interpretação e aplicação, ou seja, a ideia de constitucionalismo) como aquilo que mantêm sociedades multiculturais unidas e funcionando, já que não se pode usar uma cultura nacional única pra isso. Não são os valores, mas os princípios e regras acordadas livremente que unem as sociedades.

CONCLUSÃO

Alicerçado nas Revoluções Norte-Americana e Francesa, o constitucionalismo consolidou-se como fenômeno histórico e jurídico de limitação do poder estatal por meio de um documento escrito criado através de um órgão instituído para essa finalidade. Adiante, tem-se o neoconstitucionalismo, fenômeno que se opõe ao positivismo jurídico que serviu de justificativa para diversas atrocidades e injustiças praticadas durante o século XX, cujas características principais são a distinção entre princípios e regras, a aplicação do direito por meio da técnica de ponderação e a necessária conexão entre direito e moral.

Inúmeras críticas são tecidas em relação ao neoconstitucionalismo, desde a terminologia até suas características. Para tanto, destaque para o ferramental habermasiano que permite perquirir mais profundamente a respeito desse fenômeno, haja vista que a proposta de Habermas é uma democracia deliberativa discursiva capaz de legitimar o direito, criticando o agigantamento do Poder Judiciário em detrimento dos demais, conforme nota-se quando presentes os pressupostos do tal neoconstitucionalismo, inclusive uma consequência

inerente, o ativismo judicial, uma postura proativa do agente julgador que passa a legislar, ferindo assim, o Estado Democrático de Direito.

Habermas considera que o constitucionalismo depende da construção de esferas públicas livres e inclusivas, com real agir comunicativo dos membros da sociedade, ligados por uma ideia de patriotismo constitucional, para poder cumprir seu papel. Como pode-se sustentar que o constitucionalismo está superado por um fenômeno denominado "neoconstitucionalismo", haja vista que se algo é novo/neo é porque existia algo velho que foi superado, se nem teve chance ainda de tentar cumprir seu papel? Além do fato de que a ideia de que a maioria dos autores colocados como "neoconstitucionalistas" nem reconhecem o termo, que dirá se colocar como sendo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Trad. Luís Afonso Heck. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

AQUINO, Tatiana Cláudia Santos. A democracia e a interpretação constitucional na visão de Jürgen Habermas e Peter Häberle. *Publica Direito*. 2014. Disponível em: http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=ac3f1cb73bc88108. Acesso em: 26 jul. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Criação de secretarias municipais*. RDP, n. 15, jan./mar., 1971.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito Constitucional*, São Paulo, vol. 01, n° 7, jan./jun. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto. asp?id=3208> Acesso em: 26 jul. 2020.

BENHABIB, S. *Toward a deliberative modelo f democratic ligitimacy*. In: BENHABIB, S. Democracy and difference. Princeton: Princeton University, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.

COUTINHO, Jacinto N. M. *Os modelos de juiz*. Ensaios de direito e literatura. Lenio Streck e André Karam Trindade (Orgs). Atlas, 2015.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno*: novas perspectivas. Trad. por António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DUARTE, Hugo Garcez. Os princípios e as regras em Dworkin e Alexy. *Revista Âmbito Jurídico*. Rio Grande do Sul, 2019, s/p. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18865&revista_caderno=15>. Acesso em 06 jul. de 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo; Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad: FIOL, Eduardo Valentí. Barcelona: Bosch, 1961.

GUASTINI, Riccardo. *Otras distinciones*. Trad. por de Diego Dei Vecchi et al. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, vol. I. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1998.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Você sabe o que é Patriotismo Constitucional? *JusBrasil*. Disponível em: https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/198651213/voce-sabe-o-que-epatriotismo-constitucional. Acesso em: 26 jul. 2020.

LEAL, Mônia Hennig. *A constituição como princípio*: os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

LUBENOW, Jorge Adriano. *Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas*. Modelo teórico e discursos críticos. In: Scielo. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2010000100012&script=sci_arttext. Acesso em: 05 jan. 2020.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAIA, Antonio. A idéia de patriotismo constitucional e sua integração à cultura político-jurídica brasileira. *Direito, Estado e Sociedade* - v.9 - n.27 - p. 20 a 32 - jul/dez 2005.

MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Messias (Org.). *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. São Paulo: PUCSP, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo. Acesso em: 25 jul. 2020.

MATOS, José Francisco. *Proteção à privacidade e a liberdade de imprensa*. Dissertação de mestrado. Programa de pós graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de direitos fundamentais*: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Brasília, n. 122 mai./jun. 1994.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *II Seminário Internacional de Educação Intercultural, Gênero e Movimentos Sociais*: identidade, diferença e mediações. Florianópolis, 2003.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Doxa, n° II, vol. 21, 1998.

SILVA, José Afonso. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

TIROLI, Luiz Gustavo; PEDROZO, Luiz Henrique Batista de Oliveira. O fenômeno do panprincipiologismo no ordenamento jurídico brasileiro: uma discussão sobre ativismo judicial e judicialização da política. In: LIMA, Joaquim Pacheco; SBIZERA, José Alexandre Ricciardi; NASCIMENTO, Luiz Augusto Silva Ventura do. *Direito e humanidades:* reflexões jurídicas a partir das ciências humanas. Londrina: Editora Thoth, 2020.

AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS BRASILEIRAS NO CENÁRIO ATUAL DE PANDEMIA VIRAL

Caio Magalhães Baldini Figueira
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Professor do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá em Angra dos Reis.
caio.figueira@estacio.br

Gabrielle Carvalho Araujo
Graduanda do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá em Angra dos Reis
gabrielleangra1@gmail.com

Samara Cristina Fernandes da Silva
Graduanda do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá em Angra dos Reis
sah.compkun@gmail.com

Resumo: A recente síndrome respiratória causada pelo Coronavírus (Covid-19) tomou proporções alarmantes, fazendo com que a Organização Mundial da Saúde (OMS) a caracterizasse como uma pandemia. No âmbito brasileiro, além das questões relacionadas à saúde, essa pandemia também expôs os constantes percalços enfrentados pelas instituições em defesa das premissas constitucionais da independência e harmonia entre os "poderes"; tudo isso plasmado no debate acerca da utilização da hidroxicloroquina como solução para a crise de saúde pública vivida atualmente. Tem-se, nesse cenário, a adoção pelos editoriais de jornal – e, igualmente, de mesas de bar – da Cloroquina como representação da salvação ou da morte da sociedade brasileira. Pergunta-se, no entanto: será que as instituições brasileiras são fortes o suficiente para suportar e vencer os desafios destes tempos? Exsurge de tal cenário a importância de se proceder a uma investigação da democracia brasileira a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mormente de seus direitos fundamentais e garantias constitucionais, como norte social em defesa das liberdades alcançadas e em face de um movimento elitista "banalizante do mal" – expressão adaptada da filósofa Hanna Arendt –, que translucidamente ganham força e aparente legitimidade com a evolução dos meios de acesso à informação e divulgação de conteúdo, incluídos os falsos (*fake news*) e irresponsáveis, por intermédio das redes sociais.

Palavras chave: pandemia, hidroxicloroquina, democracia e Constituição Federal.

INTRODUÇÃO

O presente texto origina-se da necessidade de elucubrar as relações entre as instituições de "Poder" brasileiras no transcurso da situação excepcional

decorrente da síndrome respiratória classificada como pandemia pela Organização Mundial da Saúde. Vale ressaltar que o Estado brasileiro vive o maior período democrático da história de sua existência ao suceder ao então regime militar ditatorial centralizador – o que, por si só, já determinaria a necessidade de verificar às relações entre as instituições; contudo, o tema ganha maior importância quando somado ao momento hodierno em que o mundo vive caracterizado por um cenário de pandemia viral. Os poderes republicanos, bem como o desenho institucional inaugurado pela Constituição de 1988, vêm sofrendo uma sucessão de questionamentos; estes, em elevada medida, decorrentes dos ajustes institucionais realizados, ainda que de forma impensada, o que acaba por gerar o interesse de parcela – privilegiada social e economicamente – da sociedade brasileira pelo retorno ao regime militar como solução para os problemas sociais, políticos e morais.

Este trabalho pretende elucubrar acerca da capacidade das instituições democráticas desenhadas pela Constituição de 1988 de lidar com a situação excepcional, como a vivida hodiernamente; neste diapasão questiona-se: o exército pode ser utilizado para a sustentação institucional na democracia brasileira atual? O uso das mídias sociais como mecanismo de deslegitimação institucional é garantido e sustentado pela liberdade de expressão contida na Constituição? A tripartição de poderes é suficiente para conceber a dinâmica institucional atual? Será que a Cloroquina, que vem sendo apresentada pelo atual Presidente da República brasileiro como uma solução para a atual pandemia, pode ser retratada como salvação? Qual o papel das instituições no combate a disseminação de notícias falsas e na persuasão irracional?

Nesta senda, pretende-se demonstrar que os desafios institucionais só podem ser superados por meio da adoção e sustentação dos preceitos e princípios constitucionais fundamentais estampados na Constituição de 1988 – isso porque não se pode mais permitir o arbítrio moral e normativo, assim como não se pode sustentar o aprofundamento das desigualdades sociais presentes na sociedade brasileira. Assim, tem-se como hipótese que as instituições têm papel fundamental na disseminação de conteúdo científico e verídico, assim como no confrontamento à divulgação de *fake news*, não devendo coibir a liberdade de expressão, mas evidenciando os fatos, marginalizando o arbítrio e a ignorância, e não permitindo que estes sejam transmutados pela ótica elitista hegemônica; os interesses privados e individuais não podem subtrair os direitos e garantias fundamentais.

Cumpre frisar, que o presente texto adotará uma metodologia empírica com a análise dos meios de interlocução das instituições, focada, mormente, na evolução da participação de grupos militares e religiosos no cotidiano institucional confrontando os representantes do Poder Legislativo e Judiciário e alimentando o ódio social a partir de notícias falsas e da disseminação de conteúdo irracional. Far-se-á tal exame a partir do papel resguardado pela Constituição de 1988 a cada uma destas instituições. Realizar-se-á, ainda, uma revisão bibliográfica, a fim de se relacionar o cenário hodierno com a observação da filósofa Hanna Arendt acerca da "Banalidade do mal" na obra Eichman em Jerusalém e em textos posteriores (ARENDT, 2013). Por fim, pretende-se deixar evidente que o cenário político e social brasileiro na atualidade, agravados pela pandemia do Coronavírus, deve ser estudado sob a ótica de que a prática do mal, apesar da boa intenção e da defesa da "ordem e progresso", corrói o Estado Democrático de Direito. Neste diapasão, os Direitos e Garantias fundamentais deverão servir como guias para a solução mais próxima do adequado, em que diuturnamente as desigualdades são reduzidas e a Justiça é realizada.

AS FORÇAS ARMADAS E AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS

O Brasil contemporâneo há pouco percebeu uma nova investida das forças armadas como mecanismo político, isso se dá em virtude do populismo crescente e fielmente representado no poder Executivo federal, sendo percebido nos embates públicos e retórica ácida utilizada pelos representantes máximos do judiciário brasileiro e pelos ocupantes dos mais altos postos das três forças, que, hodiernamente, se inserem no cotidiano administrativo, em virtude de vasta nomeação para cargos na Administração do atual Presidente da República.

Em aclaramento ao conflito entre as instituições no cenário atual, é possível trazer o exemplo do recente conflito entre a Suprema Corte brasileira, na relatoria do Ministro Celso de Mello e o Gabinete de Segurança Institucional, comandado pelo General da reserva Augusto Heleno, que, em decorrência de "suposta" determinação pela apreensão do celular do Presidente, no IN 4781, publicou a seguinte nota:

> O pedido de apreensão do celular do Presidente da República é inconcebível e, até certo ponto, inacreditável. Caso se efetivasse, seria uma afronta à autoridade máxima do Poder Executivo e uma interferência inadmissível de outro Poder, na privacidade do Presidente da República e na segurança institucional do País. O Gabinete de Segurança Institucional

> da Presidência da República alerta as autoridades constituídas que tal atitude é uma evidente tentativa de comprometer a harmonia entre os poderes e poderá ter consequências imprevisíveis para a estabilidade nacional. (HELENO, Augusto. Texto publicado no *Twiter* do GSI, no dia 22 de maio de 2020).

A manifestação do Ministro Augusto Heleno gerou forte repercussão nacional e um grande receio de uma nova ruptura institucional nos moldes do ocorrido em 1964. Esse receio foi observado pelo Ministro Celso de Mello que, após a nota, manifestou-se em voto com os seguintes dizeres:

> (…) Disso resulta a imprescindibilidade de respeito às decisões do Poder Judiciário cujas ordens deverão ser cumpridas e fielmente executadas, qualquer que seja o seu destinatário, especialmente quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que é, por expressa delegação da Assembleia Nacional Constituinte, o guardião supremo da intangibilidade e da exegese da Constituição da República, dispondo, por isso mesmo, "do monopólio da última palavra", na feliz expressão de J. J. GOMES CANOTILHO, em tema de interpretação constitucional. (…) É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, civis ou militares, o que permite reconhecer, no contexto do Estado Democrático de Direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a da intervenção do Supremo Tribunal Federal, que detém, em tema de interpretação constitucional, e por força de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembleia Nacional Constituinte, o monopólio da última palavra, de que já falava RUI BARBOSA em discurso parlamentar que proferiu, como Senador da República, em 29 de dezembro de 1914, em resposta ao Senador gaúcho Pinheiro Machado, quando, definindo com precisão o poder de nossa Suprema Corte em matéria constitucional ("Obras Completas de Rui Barbosa", vol. XLI, tomo III, p. 255/261, Fundação Casa de Rui Barbosa) (…). (MELLO, Celso de. Voto MC/ADPF 572 DF)

O ministro em seu voto deixa hialino que tal decisão não afronta a democracia, pelo contrário, traz luz e congrega o princípio da separação dos poderes e respeita na íntegra a Carta Magna.

A dinâmica de freios e contrapesos inaugurada em o Espírito das Leis, pelo Barão de Montesquieu (SECONDANT, 1996), reflete sistema institucional em que os organismos que exercem poder atuam em controle e fiscalização mútuos. Nesta senda, observa-se o quão profunda é a interpretação das leis por seus guardiões, sendo resguardado tal papel, pelo texto expresso da Constituição da República de 1988 à Suprema Corte de Justiça brasileira, não sendo concebível a qualquer outra instituição, a afronta imediata e deslegitimante de sua capacidade

conferida pela Constituição, sob pena de quebra do primado democrático e harmônico das esferas de poder nacionais.

Não obstante, o que se observa no cenário atual é a intercorrência das Forças Armadas imiscuídas no Alto Comando do Poder Executivo, fazendo com que patentes elevadas sejam alçadas a cargos políticos de Ministro de Estado. Em decorrência de tal sublevação, há o natural choque entre os poderes, pois a ordem e hierarquia presentes na esfera militar acaba por almejar a derrocada da regularidade política em que esferas de poder legitimadas democraticamente tenham seus poderes subtraídos pelo arbítrio da força armadas impositiva.

Na senda do conflito entre instituições, existem àqueles que defendem uma interpretação antidemocrática, subvertendo o estado regular, pela constante excepcionalidade, com o fim de conceber nas forças armadas uma espécie de novo Poder Moderador[1], que a partir da redação do art. 142 da Constituição, permitiria ao Chefe do Executivo Federal, o papel de convocar as "armas" para conformar o modelo institucional almejado por um poder centralizador e arbitrário. Nestes moldes Ives Gandra Martins, teceu as seguintes considerações:

> Minha interpretação, há 31 anos, manifestada para alunos da universidade, em livros, conferências, artigos jornalísticos, rádio e televisão é que NO CAPÍTULO PARA A DEFESA DA DEMOCRACIA, DO ESTADO E DE SUAS INSTITUIÇÕES, se um Poder se sentir atropelado por outro, poderá solicitar às Forças Armadas que ajam como Poder Moderador para repor, NAQUELE PONTO, A LEI E A ORDEM, se esta, realmente, tiver sido ferida pelo Poder em conflito com o postulante. (MARTINS, 2020)

Em oposição a interpretação do autor mencionado anteriormente, Luís Roberto Barroso em decisão proferida no Mandado de Injunção n.º 7311 DF, assim decidiu:

> Ementa: PROCESSO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. SEPARAÇÃO DE PODERES. FORÇAS ARMADAS E PODER MODERADOR. ART. 142, CF. 1. Mandado de injunção por meio do qual se requer a regulamentação do art. 142 da Constituição, de forma a estabelecer o escopo e o modo de atuação das Forças Armadas, em situações de ameaça à Democracia. 2. O art. 142, caput, da Constituição é norma de eficácia plena, que não suscita dúvidas sobre a posição das Forças Armadas na ordem constitucional. A lei mencionada pelo art. 142, § 1º, a seu turno, corresponde à Lei Complementar nº 97/1999. Não há, portanto, que se falar em omissão inconstitucional. 3. Nos quase 30 anos de

[1] Expressão usada por Ives Gandra Martins em diversos textos em que aborda a interpretação do art. 142 da CRFB/88.

> democracia no Brasil, sob a Constituição de 1988, as Forças Armadas têm cumprido o seu papel constitucional de maneira exemplar: profissionais, patrióticas e institucionais. Presta um desserviço ao país quem procura atirá-las no varejo da política. 4. O Poder Moderador só existiu na Constituição do Império de 1824 e restou superado com o advento da Constituição Republicana de 1891. Na prática, era um resquício do absolutismo, dando ao Imperador uma posição hegemônica dentro do arranjo institucional vigente. Nas democracias não há tutores. 5. Sob o regime da Constituição de 1988 vigora o sistema de freios e contrapesos (checks and balances), no qual os Poderes são independentes, harmônicos e se controlam reciprocamente. Não se deve esquecer, tampouco, a importância do controle social, de grande relevância nas sociedades abertas e democráticas. 6. Nenhum elemento de interpretação – literal, histórico, sistemático ou teleológico – autoriza dar ao art. 142 da Constituição o sentido de que as Forças Armadas teriam uma posição moderadora hegemônica. Embora o comandante em chefe seja o Presidente da República, não são elas órgãos de governo. São instituições de Estado, neutras e imparciais, a serviço da Pátria, da democracia, da Constituição, de todos os Poderes e do povo brasileiro. 7. Interpretações que liguem as Forças Armadas à quebra da institucionalidade, à interferência política e ao golpismo chegam a ser ofensivas. Em mais de uma manifestação oficial, o Ministro da Defesa, que fala em nome do Exército, da Marinha e da Força Aérea, já se manifestou pela liberdade, pela democracia e pela independência dos Poderes. Assim é, porque assim deve ser. 8. Mandado de injunção a que se nega seguimento.

As manifestações opostas são elementos da democracia, entretanto, o seu mau uso, com intuito de retomar um sistema absolutista e autoritário, são verdadeiras afrontas a toda herança histórica de arbitrariedades e violência, expurgadas no modelo democrático de Estado inaugurado pela Constituição de 1988. Assim, não se pode conceber o uso das forças armadas como imposição de um interesse governamental, devendo-se elevar o Estado ao efetivo interessado, excluindo do debate e da dinâmica institucional às paixões e pretensões políticas.

Neste diapasão verifica-se que as forças armadas não atuam como Poder Moderador, mas tão somente como serviçais da democracia do Estado brasileiro, não para atender interesses políticos e governamentais, mas para a preservação da harmonia e independência institucional. Não se deve presumir que a interpretação e decisão da mais alta corte de justiça brasileira se fundamentem em interesses escusos que não o de tutela da Lei Maior, justamente, por isso é que a ordem da Suprema corte ao ocupante do cargo de Presidente da República não representa afronta institucional, mas consequência lógica do próprio sistema de freios e contrapesos.

Ressalta-se que elemento cotidiano fundamental para o alimento das paixões ignorantes é o da divulgação irrestrita de notícias falsas. Neste sentido, tem-se que o papel do Judiciário e das demais instituições democráticas é fundamental, como mecanismo de constatação da falsidade, punição dos agentes de propagação e ampla divulgação da notícia verdadeira. No Brasil, o judiciário não tardou para que fossem criados mecanismos de controle sem ferir os Direitos e Garantias Fundamentais dos cidadãos, contribuindo assim para que a linha tênue da informação seja averiguada de forma célere e seja atribuída sua veracidade ou não, com a devida responsabilização dos emitentes.

Ademais, é preciso combater o interesse privatista de organizações que se utilizam da comunicação irrestrita, da propagação de notícias falsas e na incapacidade de aprofundamento de grande parte da camada popular, para alcançar seus objetivos, por mais escusos que sejam. Neste sentido, tem-se percebido retrocesso negacionista da sociedade que em um cenário como o da Pandemia de Covid-19 evidenciam diversas mazelas do modelo económico desigual em que vivemos.

A DESIGUALDADE E A BANALIZAÇÃO DA MORTE

O cenário de instabilidade institucional acaba por promover uma sensação de anseio por um governo forte e centralizador; com esta sensação, o que se percebe é que as políticas públicas de combate a pandemia têm priorizado certa camada da sociedade (branca e com poder aquisitivo elevado). Neste sentido, em recente estudo exarado pela Universidade de Medicina Johns Hopkins em 14 de outubro de 2020 o Brasil era o terceiro maior país com casos confirmados de Covid-19, contabilizando 5.113.628 (cinco milhões, cento e treze mil, seiscentos e vinte e oito mil) casos confirmados e 150.998 (cento e cinquenta mil novecentos e noventa e oito) mortes (Johns Hopkins, 2020). Segundo o Instituto de Geografia e Estatística IBGE, em junho de 2020 2,4 (dois milhões e quatrocentos mil) brasileiros apresentaram sintomas conjugados a doença (IBGE, 2020). Entre 19 de julho e 25 de julho 3,3 (três milhões e trezentas mil) pessoas com sintomas buscaram estabelecimentos de saúde, destes, 33,6 % procuraram atendimento em hospital público, privado ou ligado às forças armadas (IBGE, 2020). Enquanto 10 milhões de pessoas com sintomas não buscaram estabelecimentos de saúde, destes, 76,9 % decidiram ficar em casa como providência (IBGE, 2020).

A percepção de um panorama catastrófico nesta pandemia permitiu o ressurgimento das forças armadas, consigo uma concepção social-moralizante hegemônica que acaba por banalizar a morte de grupos sociais recorrentemente marginalizados. Nesta senda, o impacto do novo coronavírus para os idosos já se provou preocupante. Os dados evidenciam que homens ou mulheres acima de 50 (cinquenta) anos dentro de um espectro de aproximadamente 30 (trinta) mil casos, morreram mais e com menos atenção do Estado, principalmente no que tange a forma como o governo Federal tratou a questão. Neste sentido e dentro do grupo pesquisado, entre os idosos internados em enfermarias, 30,4% faleceram e dentre aqueles internados em unidades de terapia intensiva o montante de óbito supera o dobro, alcançando 65,3% de óbitos óbito. (PUC-Rio, 2020)

Ainda em junho de 2020, o IBGE levantou que 1% dos homens e 1,3% das mulheres no Brasil apresentaram sintomas conjugados à doença (IBGE, 2020). O Covid-19 tem efeitos desproporcionais em mulheres, tal desproporção se converge com as discrepâncias econômicas e sociais em um cenário de desigualdade de renda, quando usamos como parâmetro de comparação o gênero masculino, isso segundo dados colhidos no sítio eletrônico do FMI (Fundo Internacional Monetário) (FMI, 2020). Podemos perceber 03 (três) elementos principais para a constatação desta vulnerabilidade de gênero.

Primeiro, devido a fragilidade do setor de serviços durante a pandemia. Em 2018, segundo a PED (Pesquisa de Emprego e Desemprego do Distrito Federal), 80,5% das mulheres ocupam os setores de serviços. Esses setores são os mais atingidos pelas medidas de mitigação e distanciamento social do governo (PED, 2018). Segundo o IBGE, 47% das empresas dentro do setor de serviços reportaram que a pandemia teve um efeito negativo sobre as mesmas. O FMI alerta que muitas mulheres não têm a opção de fazer home office ou teletrabalho devido à natureza de seus empregos que exigem maior interação direta, isso em um cenário como o brasileiro representa uma porcentagem de 67% de mulheres que não conseguem laborar de seus lares.

Segundo, tem-se que a crise sanitária provocada pelo novo vírus tem afetado profundamente a economia dos trabalhadores informais. De acordo com o estudo de 2018 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o trabalho informal representa 42% do emprego feminino, enquanto simboliza 20% do emprego masculino. (OIT, 2018)

Em terceiro, as mulheres tendem a assumir mais tarefas domésticas não remuneradas. Segundo recente estatística do IBGE do 1° trimestre de 2020, a

distribuição percentual de pessoas desocupadas define-se em 53,4% das mulheres e 46,6% dos homens (IBGE, 2020). Elas arcam com as responsabilidades do cuidado familiar decorrentes das medidas de paralisação, como o fechamento das escolas e as precauções com pais idosos e vulneráveis segundo o FMI, enquanto os homens ocupam o papel de provedor financeiro principal. A jornada feminina nos serviços domésticos é 10h24m superior à masculina por semana, de acordo com Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad, 2020).

Ainda no que tange a desigualdade de tratamento, os dados estatísticos evidenciam que pessoas negras no Brasil foram muito mais afetadas do que as pessoas brancas, senão vejamos: De acordo com estatística de junho de 2020 do IBGE, a proporção de pessoas que apresentaram sintomas conjugados do COVID-19 foi de 0,8% de brancos e 1,8% de pretos e pardos (IBGE,2020).

Ressalta-se que essas incongruências sociais e raciais não apareciam nos boletins informativos de dados do Ministério da Saúde, isso só começou a ocorrer a partir da pressão realizada por um grupo de 150 entidades denominado "Coalizão Negra por Direitos", que, no início de abril, enviou uma carta ao Ministério da Saúde e às secretarias de saúde de todos os estados pedindo a divulgação da cor, do gênero e dos bairros dos infectados.

A partir da publicização de tais dados restou translúcida a desigualdade e uma relação direta entre a cor da pele, o gênero e a posição econômica na sociedade como elementos de elevação de mortes pela síndrome respiratória decorrente do COVID-19. Neste sentido:

> São várias as dimensões que tornam as populações de baixa renda mais expostas a contaminação pelo novo coronavírus, tais como o uso de transporte público, o número maior de moradores por domicílio, o acesso a saneamento básico, o acesso à saúde e a dificuldade de manter o isolamento social sem perda excessiva de renda ou do emprego. Estudos populacionais com dados de epidemias de infecções respiratórias anteriores (gripe espanhola, H1N1 e SARS) demonstraram que desigualdades sociais são determinantes para a taxa de transmissão e severidade dessas doenças. (PIRES, Luiza Nassif; CARVALHO, Laura; XAVIER, Laura de Lima, 2020.)

Aliado aos dados, a população preta, parda, periférica ou quilombola são vítimas do racismo institucional brasileiro, que não apenas durante a atual pandemia se manifesta nas estruturas sociais nacionais mas advém de um processo histórico. Essa grande parcela da população brasileira tem suas necessidades ignoradas e segregadas da parcela branca. Isolando-os até mesmo

geograficamente, com moradias inadequadas em relação às condições estruturais e sanitárias, culminando em precariedade social, laboral e sanitária. Nestes locais, sem o auxílio do Estado e a proteção necessária aos Direitos Fundamentais e Sociais estampados na Constituição da República Federativa de 1988, torna-se intangível a permanência em isolamento social; associada tal desigualdade ao discurso negacionista adotado pelo Governo Federal os números evidenciam a banalização da morte dos negros e pobres, senão vejamos: um estudo realizado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro constatou que, em termos de óbitos por Covid-19, pessoas com baixo nível de escolaridade têm 71,3% de chance de óbito, enquanto as pessoas que têm acesso a escolarização de nível superior representam 22,5% de chance de óbito. Nesse sentido, o vírus não tem nada de democrático ou equalizador, ele apenas acentua elementos latentes da sociedade brasileira (PUC-RIO, 2020). Neste diapasão:

> Do ponto de vista do comportamento biológico e físico-químico, o vírus é o mesmo e os sintomas são os mesmos, mas uma coisa é o vírus atingir uma família de 10 pessoas vivendo em 3 ou 4 cômodos; outra coisa é atingir uma família de 3 pessoas morando num apartamento com uma boa sacada e dois banheiros. As condições de salubridade são muito diferentes entre as realidades. Seria um erro imenso dizer que o vírus é democrático porque atingiu a alta classe média e burguesa e também a classe pobre. Sim, ele vai se alastrar, mas a capacidade de resposta é muito diferente a depender das classes sociais e da localização das pessoas (FARIA, 2020).

O acesso aos serviços de saúde pública também está relacionado a fatores sociais. Exemplifica-se a partir do caso dos hospitais de campanha de São Paulo que foram instaurados no centro da cidade, enquanto o número de casos é maior na periferia (Jornal USP, 2020). Basta que se exercite em raciocínio que o grupo mais atingido (periferia) para acessar hospitais de campanha precisaria utilizar o transporte público (vetor de transmissão e infecção pelo vírus), ou seja, a incongruência é tão clara que basta a mera exposição em palavras.

O estudo "Coronavírus nas Favelas", realizado pelo Data Favela, com parceria do Instituto Locomotiva e da Central Única das Favelas (Cufa) em 2020 apurou que 97% dos moradores de favelas já mudaram sua rotina por causa do coronavírus, 47% dos moradores das favelas são autônomos, 19% têm carteira assinada, 8 em cada 10 famílias afirmam que sua renda vai diminuir graças ao novo coronavírus, 63% afirmam que a alimentação seria prejudicada se precisassem permanecer em suas casas e se perdessem a renda, 72% não conseguem manter o padrão de vida por tempo algum. (DATA FOLHA, 2020)

Neste horizonte catastrófico e desigual, as universidades brasileiras, a despeito do desabastecimento e constantes ataques realizados pelo governo federal, têm se apresentado como instituições essenciais para a pesquisa, cura e para o melhor entendimento das dinâmicas sociais e científica. Durante o período pandêmico e caótico, as universidades públicas ocuparam um papel de suporte essencial para a comunidade. Tais instituições adotaram, ainda que diante de um cenário de esvaziamento financeiro e de autonomia pedagógica e gerencial, mecanismos e estudos capazes de auxiliar os profissionais de saúde e a população, buscando sempre evitar mortes. Exemplifica-se o mencionado a partir da idealização, montagem e distribuição de respiradores para instituições no Rio de Janeiro pela Universidade Federal Fluminense do Rio de Janeiro (UFF).

> A Universidade Federal Fluminense (UFF) já conseguiu concluir a primeira versão dos ventiladores mecânicos que vão suprir as necessidades de instituições de saúde do estado do Rio de Janeiro. Os equipamentos serão doados pela equipe do curso de engenharia elétrica não só para o Hospital Universitário Antônio Pedro (Huap), da UFF, mas a todas as instituições de saúde que se cadastrarem para recebê-los. (Agência Brasil, 2020)

As universidades, assim como as instituições de pesquisa têm exercido outro papel fundamental que é o de informar acerca dos aspectos científicos do uso de medicamentos e tratamentos para o COVID-19, isso em um cenário em que o Presidente da República estimula o consumo irrestrito da cloroquina ($C_{18}H_{26}ClN_3$) ou seu derivado hidroxicloroquina ($C_{18}H_{26}ClN_3O$), afirmando que foi curado por tal medicamento. A informação adequada serve para que a sociedade possa perseguir um único mecanismo de adequação ao panorama de Pandemia viral e neste sentido, o medicamento mencionado teve sua eficácia descartada para a cura e combate ao COVID-19, senão vejamos:

> No momento a Fiocruz está liderando no Brasil uma pesquisa chamada Ensaio Clínico Solidariedade, cujo protocolo é determinado pela Organização Mundial da Saúde. Inicialmente, essa pesquisa envolvia o uso da hidroxicloroquina em uma fração dos participantes. Contudo, recentemente a OMS decidiu interromper os testes com a hidroxicloroquina porque os resultados iniciais demonstraram que não houve diferença nos desfechos clínicos das pessoas com COVID-19, e ainda havia um aumento dos eventos adversos, o que significa a exposição dos voluntários a riscos desnecessários. (FIOCRUZ, 2020)

Evidenciando novamente o cenário de instabilidade institucional, em que a comunidade acadêmica e científica recomenda o não uso do medicamento e o Executivo Federal que estimula o consumo irrestrito, tem-se o exemplo da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS) e a Federação

Nacional dos Farmacêuticos (Fenafar) que ajuizaram perante o Supremo Tribunal Federal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 707 (ADPF 707), contestando a recomendação do Ministério da Saúde para uso da cloroquina e hidroxicloroquina para Covid-19 em situação precoce com o objetivo de impedir que o Governo Federal mantenha a contrariedade às orientações científicas, técnicas e sanitárias das autoridades nacionais e internacionais. Neste sentido:

> Renegam a Ciência, o conhecimento científico, transformando nossas instituições e o País em trincheiras do pensamento ultraliberal e do negacionismo. Mas haveremos de resistir. Mais apreensão nos causa a captura de entidades médicas pela irresponsabilidade dos nossos atuais governantes. Na defesa do Ato Médico e da Liberdade de Prescrição, representações médicas, incluindo conselhos, sindicatos e até a Federação, aplaudem políticas erráticas, equivocadas e sem a necessária representação científica ou institucional. Aplaudem as manifestações de distribuição do famigerado "Kit-Covid", mais um embuste direcionado à nossa população leiga, que sente estar sendo atendida. Só que pode estar sendo exterminada pela volúpia irresponsável de nossos dirigentes, com a aquiescência e cumplicidade de entidades que teriam que zelar pela saúde de nossas populações. (FIOCRUZ, 2020)

Ainda no mesmo diapasão, Ronald Santos, presidente da Federação Nacional dos Farmacêuticos (FENAFAR) salienta "Não podemos assistir ao governo adotar protocolos de tratamento com base em ideologia e disputa política." (SINDIFARS, 2020). Não diferente, o comportamento apaixonado, otimista e fanático do executivo incentivou o abastecimento em casa do medicamento hidroxocloroquina e logo a intensa publicidade por meio das redes sociais e pronunciamentos do Presidente levaram ao desabastecimento da hidroxicloroquina e cloroquina das farmácias.

O negacionismo populista do Executivo Federal na pessoa do Presidente da República, os confrontos constantes com a comunidade científica, tem exigido das instituições democráticas a atuação de forma a frear os rompantes arbitrários do Chefe do Executivo Federal, que por meio do alastramento de militares em cargos chave do Governo Federal se respalda na força das forças armadas como meio de impor os seus anseios e pretensões, ainda que contra todas as evidências.

Neste sentido Hanna Arendt ao identificar a banalidade do mal, associa um indivíduo absolutamente inconsciente do mal que causa aos efeitos desta ausência de capacidade de pensar:

> (…) Sem dúvida, os juízes tinham razão quando disseram ao acusado que tudo o que dissera era conversa "vazia" –só que eles pensaram que o vazio era fingido, e que o acusado queria encobrir outros pensamentos que, embora hediondos, não seriam vazios. Essa idéia parece ter sido refutada pela incrível coerência com que Eichmann, apesar de sua má memória, repetia palavra por palavra as mesmas frases feitas e clichês semi-inventados (quando conseguia fazer uma frase própria, ele a repetia até transformá-la em clichê) toda vez que se referia a um incidente ou acontecimento que achava importante. Quer estivesse escrevendo suas memórias na Argentina ou em Jerusalém, quer falando com o interrogador policial ou com a corte, o que ele dizia era sempre a mesma coisa, expressa com as mesmas palavras. Quando mais se ouvia Eichmann, mais óbvio ficava que sua incapacidade de falar estava intimamente relacionada com sua incapacidade de *pensar*, ou seja, de pensar do ponto de vista da outra pessoa. Não era possível nenhuma comunicação com ele, não porque mentia, mas porque se cercava do mais confiável de todos os guarda-costas contra as palavras e a presença de outros, e, portanto, contra a realidade enquanto tal. (ARENDT, 1999, p.61/62)

O trecho em referência proporciona uma análise do indivíduo que seguidor de princípios morais e de uma ordem é capaz dos atos mais desumanos. Em nosso contexto, vivenciar a morte de pessoas por uma doença evitável se tornou aceitável, banal; e assim normalizamos as mortes diárias, o genocídio institucionalidade de pretos pobres e idosos, mas perguntados poderemos responder: "Eu não sou coveiro, tá certo?"[2]

CONCLUSÃO

Constata-se a partir de tudo o que fora exposto ao longo do texto que o Governo Federal, por meio de seu Presidente, tem exigido um esforço das demais instituições democráticas na manutenção da harmonia institucional, neste cenário, Supremo Tribunal Federal e as Casas do Congresso Nacional usualmente têm se debruçado sobre matérias que negam a ciência e a informação adequada. Outrossim, determinados representantes das forças armadas que ocupam cargos centrais no Executivo Federal, acabam por conferir legitimação a atuação arbitrária e conflitante entre as instituições, novamente exigindo a ponderação democrática e harmonia política-institucional das demais instituições para conter o ímpeto

[2] Resposta do Presidente Jair Bolsonaro em declaração ofertada em frente ao Palácio do Planalto no dia 20 de abril de 2020, quando perguntado sobre o número de mortes. [citar fonte ☺]

populista e arbitrário do Chefe do Poder Executivo, conforme se observou da adoção e sustentação da interpretação do artigo 142 da CRFB/1988.

O que se verifica é que o machismo e racismo estrutural acabam por avalizar um sintoma social de anuência com a morte das comunidades marginalizadas. Os números evidenciam que mulheres têm sido mais afetadas, perdendo suas fontes de renda, isso em um país com alto índice de mães que criam sozinhas seus filhos, por um aceite institucionalizado do abandono por parte do homem. Além disso, os idosos, negros e pobres têm observado suas mortes serem tratadas como algo comum e aceitável, por frases como "e daí? Lamento, quer que eu faça o que?" "vamos todos morrer um dia", amplamente divulgadas pelo Presidente da República que parece ter encarnado em si a persona da banalização da morte em prol de uma política de governo populista e baseada em negacionismo.

Assim, tem-se que a Constituição da República Federativa do Brasil é importante instrumento em momentos de instabilidade, devendo ser garantido o seu pleno atendimento, sem estratagemas autoritários, mas em obediência aos primados que a constituíram, principalmente a harmonia entre as instituições que devem observar adequadamente a esfera de atuação e respeito a dignidade humana e a vida de todos como iguais, sem que aos negros, idosos, pobres ou mulheres sejam relegados papéis marginalizados. É imprescindível que a revolta da sociedade pela morte de um morador em situação de rua e de um negro tenham o mesmo peso para a sociedade e para o Estado (governo federal) que a vida de brancos e abastados financeiramente, somente assim é possível perceber-se uma adequação ao primado da vida e da dignidade humana pautados em uma equidade, assim como, somente a partir de tal defesa é que se poderá pautar a harmonia institucional.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Covid-19: 87% dos moradores de favelas conhecem alguém que adoeceu. Agência Brasil. 30 de Set. de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-09/na-favela-quase-todo-mundo-conhece-alguem-que-teve-covid-19>. Acesso em: 30 de Set. 2020.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém.* Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BRASIL. Ministério da educação / conselho nacional de educação. [s.l.: s.n.], 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/pces121_07.pdf>. Acesso em: 30 Set. 2020.

BRASIL - Ministério da saúde: nota informativa N° 9/2020-SE/GAB/SE/MS. Orientações para Manuseio Medicamentoso Precoce de Pacientes com Diagnóstico da Covid-19. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/May/21/Nota-informativa---Orienta----es-para-manuseio-medicamentoso-precoce-de-pacientes-com-diagn--stico-da-COVID-19.pdf>. Acesso em: 21 de Set. 2020.

BRASIL, STF. ADPF 572, Rel. Min. Edson Fachin. Voto, Min. Celso de Mello. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF572votoCM.pdf. Acesso em 23 de setembro de 2020.

BRASIL, STF. Inquérito n. 4781, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Distrito Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf. Acesso em 14 de setembro de 2020.

CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Venda de medicamentos - CRF-SP - Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo. Crfsp.org.br. Disponível em: <http://www.crfsp.org.br/noticias/11256-levantamento-mostra-como-o-medo-da-covid-19-impactou-venda-de-medicamentos.html>. Acesso em: 20 de Set. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Pesquisa aponta que 77% dos brasileiros têm o hábito de se automedicar - CRF-SP - Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo. Crfsp.org.br. Disponível em: <http://www.crfsp.org.br/noticias/10535-pesquisa-aponta-que-77-dos-brasileiros-t%C3%AAm-o-h%C3%A1bito-de-se-automedicar.html>. Acesso em: 20 de Set. 2020.

FARIA, Rivaldo. SEDUFSM - Não há vírus 'democrático' em sociedades desiguais. Sedufsm.org.br. Disponível em: <https://www.sedufsm.org.br/index.php?secao=noticias&id=5855>. Acesso em: 20 de Set. 2020.

FIOCRUZ - fundação oswaldo cruz. A Fiocruz vai testar a hidroxicloroquina e a cloroquina para pacientes de Covid-19? Fiocruz. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/fiocruz-vai-testar-hidroxicloroquina-e-cloroquina-para-pacientes-de-covid-19>. Acesso em: 19 de Set. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO, *Em quarentena, 72% dos moradores de favelas têm padrão de vida rebaixado*. São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/em-quarentena-72-dos-moradores-de-favelas-tem-padrao-de-vida-rebaixado.shtml>. Acesso em 09 de novembro de 2020.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. A Covid-19 e As Diferenças de Gênero. 2020. Disponível em: <https://www.imf.org/pt/News/Articles/2020/07/20/blog-the-covid-19-gender-gap>. Acesso em: 18 de Ago. de 2020.

HELENO, Augusto. Texto publicado no twiter do GSI, no dia 22 de maio de 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/22/bolsonaro-compartilha-nota-de-general-sobre-consequencias-imprevisiveis.htm?cmpid=copiaecola exarou a seguinte nota . Acesso no dia 09 de novembro de 2020.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Indicadores Sociais Mínimos - ISM. Ibge.gov.br. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-po>.Acesso em: 20 de Set. 2020.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Covid-19: Indicadores de Saúde. 2020. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/saude.php>. Acesso em: 18 de Ago. de 2020.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?t=destaques>. Acesso em 15 de Ago. de 2020.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Pulso Empresa: Impacto da Covid-19 nas empresas. 2020. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>. Acesso em: 13 de Ago. de 2020.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. COVID-19 Map. Johns Hopkins Coronavirus Resource Center. 2020. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em 18 de ago. de 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Opinião: Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes*. CONJUR. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira. Acesso em 09 de novembro de 2020.

NOIS: O NÚCLEO DE OPERAÇÕES E INTELIGÊNCIA EM SAÚDE. Diferenças sociais: pretos e pardos morrem mais de COVID-19 do que brancos. Centro Técnico Científico, PUC-Rio. Puc-rio.br. Disponível em: <http://www.ctc.puc-rio.br/diferencas-sociais-confirmam-que-pretos-e-pardos-morrem-ma>. Acesso em: 20 de Set. 2020.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: Escritório no Brasil. Mulheres ainda são menos propensas a atuar no mercado de trabalho do que os homens na maior parte do mundo. 2018. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_619819/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 15 de Ago. de 2020.

PIGATTO, FERNANDO ZASSO. Ronald de Santos: Esperamos que o STF respeite a ciência e suspenda a cloroquina para covid-19 – SINDIFARS. Sindifars.com.br. Disponível em: <http://sindifars.com.br/2020/07/10/ronald-de-santos-esperamos-que-o-stf-respeite-a-ciencia-e-suspenda-a-cloroquina-para-covid-19/>. Acesso em: 21 de Set. 2020.

PIRES, Luiza Nassif; CARVALHO, Laura; XAVIER, Laura de Lima. COVID-19 e Desigualdade no Brasil: Cebes. Disponível em: <http://cebes.org.br/2020/04/covid-19-e-desigualdade-no-brasil/>. Acesso em: 20 de Set. 2020.

SECONDANT, Charles-Louis de, Barão de Montesquieu: *Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decano pede informações ao ministro da Saúde sobre recomendação do uso de cloroquina para Covid-19. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=446886&ori=1>. Acesso em: 21 de Set. 2020.

UERJ - UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO. Álcool 70% - Coronavírus, COVID-19. Disponível em: <https://www.coronavirus.uerj.br/campanhas/alcool-70/>. Acesso em: 20 de Set. 2020.

UFF - UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. UFF monta ventiladores mecânicos para combate à covid-19. Agência Brasil. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-05/uff-monta-ventiladores-mecanicos-para-combate-covid-19>. Acesso em: 20 de Set. 2020.

USP. Periferias da cidade sofrem com a falta de hospitais de campanha. Jornal da USP. 12 de Maio de 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/periferias-da-cidade-sofrem-com-a-falta-de-hospitais-de-campanha/>. Acesso em: 21 de Set. 2020.

PODER ECONÔMICO E CONSTITUIÇÃO:
parâmetros para o intérprete-julgador na aplicação da mutação constitucional

Daniel Marinho Corrêa
Universidade Estadual de Londrina – UEL, servidor do TJPR, Londrina, Brasil,
damc@tjpr.jus.br

Resumo: A fim de analisar a integração entre Direito e Economia e a divergência que surge dessa relação: a existência de tempos evolutivos diferentes entre eles, vicissitudes que são preenchidas, hodiernamente pelo STF por meio da mutação constitucional, é investigada essa teoria e as formas que tal transformação ocorre, em especial, por intermédio dos diversos tipos de interpretação do texto constitucional. A pesquisa tem como pressuposto a constatação de Ferdinand Lassalle sobre a disparidade entre a realidade social e o Direito, chegando até as teorias integrativas da Constituição, que trazem para si o descompasso social, aceitando, por conseguinte, uma mutabilidade constante, que se torna política. Ventila-se esclarecer, que, embora a Constituição seja emanada do poder originário, é por intermédio da mutação constitucional ativa, que o Poder Econômico logra em transformar o ordenamento maior, a fim de que seus interesses sejam mantidos. Logo, a partir do método científico dedutivo, vislumbra-se o próprio texto constitucional como um parâmetro ao intérprete-julgado na aplicação da teoria.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Poder Econômico; Poder Judiciário; Mutação Constitucional.

INTRODUÇÃO

Explicar a mutação constitucional como sendo uma simples mudança de significado ou interpretação de uma norma da Constituição, sem que seja necessário alterar seu texto, não satisfaz com primazia a descrição de tal fenômeno.

Ademais, deve-se considerar que o Brasil tem experimentado a progressiva consolidação de seu processo democrático e da ordem fundamental advinda da Constituição de 1988. Sendo plausível, diante da importância assumida pela economia como fonte de critérios para a atuação do Estado, ressaltar os interesses públicos que atuam na estabilidade do poder de compra da moeda e da estruturação do Sistema Financeiro Nacional visando o interesse da coletividade.

O artigo parte da premissa de que, assim como a Constituição, a realidade social também é estrutura dinâmica, não tendo, em momento algum, uma posição estática. Nesse sentido, fica manifesto que a Constituição, o Direito, a Economia e a sociedade são conceitos dinâmicos, surgindo um dos pontos em que o presente trabalho visa mostrar, qual seja: como se dá a integração entre a mudança no palco do Direito (especificamente na seara constitucional) e na realidade social.

Realizada a opção pelo método dedutivo, por meio das análises de casos concretos ocorridos na Constituição Federal, veremos como o poder econômico utiliza a teoria da mutação constitucional com o desígnio de manter seus interesses, razão pela qual serão apresentados quais parâmetros o intérprete-julgador deverá respeitar para que o direito posto idealizado em 1988 seja respeitado.

DAS VICISSITUDES CONSTITUCIONAIS À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Um ponto comum encontrado na doutrina é que a existência das chamadas "vicissitudes constitucionais", linguagem empregada por Jorge Miranda (2007, p. 389), que é a necessidade de uma Constituição tentar adaptar-se à realidade social do momento, visto que continuamente a sociedade está em um processo de transformação e de automodificação. Além disso, uma sociedade em mudança também compõe o Direito, e este, ao mesmo tempo, também a influencia.

Vê-se que existe uma divisão nítida entre Constituição e sociedade, pois ambas caminham de forma autônoma, em tempos diferentes, porém sempre se integrando mutuamente.

São esses passos em tempos desiguais entre sociedade e Constituição que geram às "vicissitudes constitucionais", momento em que o texto constitucional deverá passar por uma adaptação, adequando-se a nova realidade da sociedade, retomando sua força normativa perdida com a mudança social. É o que explica Jorge Francisco (2003, p. 35):

> O Direito também é fonte de transformação social, representando o comando dirigente do processo social. Desse modo, a Sociedade e o Direito se apresentam numa relação de causa e efeito, ora a Sociedade determina o Direito e suas transformações, ora o Direito definindo diretrizes da própria Sociedade, a partir de programas e planos.

Destarte, a partir dessas "vicissitudes constitucionais" brotam na doutrina dois contornos de acomodação da Constituição à realidade: um pela via formal, entendido pelo sentido genérico que resulta das reformas já previstas na própria Constituição, e outro pela via informal, doravante chamada mutação constitucional (FERRAZ, 1986, p. 221).

Verifica-se que as formas de mutação constitucional encontradas advêm na Constituição após sua verificação na realidade social, quase naturalmente, como uma readequação do texto normativa à inovação conjuntural político-social (GRAU, 2002, p. 15-18).

Outrossim, essas mudanças sociais acontecem de maneira natural e soam, do mesmo modo, incorporadas à Constituição naturalmente. Desse ponto de vista, nota-se que as mutações não são processadas, pensadas e desejadas, mas meros resultados evolucionais societários históricos.

ECONOMIA E DIREITO: UMA DICOTÔMIA SISTÊMICA

A Economia capitalista aperfeiçoa-se com a concretização da propriedade privada, ainda, após o triunfo da burguesia durante a Revolução Francesa foi consolidado o direito privado, por meio do Código Civil napoleônico. Logo, a relação entre Economia e Direito é vista nesse ponto de modo imbricado, pois referido diploma é indispensável à própria Economia, pois regulador das regras econômicas, ou seja, a aclamada "mão invisível do mercado" seria o diploma civil, que cria, regula e dá existência a Economia (SOUZA, 2002, p. 33).

Logo, o Estado, por meio do Direito, deixa sua posição de não interveniente, conforme modelo clássico liberal, para uma forma de interversão na Economia, seja por meio regulatório de mercados ou da força trabalhista, mas sempre garantindo a existência e a manutenção da propriedade privada (MOREIRA, 1987, p. 30-45).

Essa relação de coordenação entre Economia e Direito fica evidente com o fato de que o direito comercial, hoje chamado de empresarial, e o civil, surgiram antes do direito constitucional (ou direitos sociais). O Brasil é um exemplo de tal fato, onde o Código Comercial surgiu antes do Civil. Já na seara constitucional, somente após 1934 é que o Brasil entrou na fase do constitucionalismo moderno, passando a ocorrer a concessão de uma série de diretos sociais, trabalhistas e previdenciários. Tais fatos são em decorrência da conjuntura econômica de 1850,

que buscava, tão somente, a regulamentação das atividades comerciais (DIMOULIS, 2007, p. 77).

Logo, a influência do Direito na Economia, principiou-se com a intervenção por meio do Código Civil e, posteriormente, com as conquistas sociais, foi que o direito constitucional passou a influenciar a Economia. Existe, outrossim, em face da mutualidade da relação, a influência da Economia no Direito. Lassalle (1998, p. 26) afirma que existem fatores reais de poder que influenciam o Direito, "os fatores reais de poder que atua no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes".

Desse modo, permanece mútua influência condicionante entre a realidade econômica e realidade jurídica, porém, possuindo ambos tempos diferentes um do outro. Isso porque a economia altera a um ritmo inquietante na tentativa de atingir novos mercados, novas concentrações de capital, além de outros motivos. Por sua vez, o Direito possui uma velocidade de mudança lenta, burocrática, possuindo várias etapas legislativas (do lobby à sanção presidencial), até que possa, por intermédio de uma norma positiva, regular uma conjuntura econômica que já incide de fato (GASTALDI, 1998, p. 21).

A Economia precisa transmitir ao Direito suas necessidades e estabelecer o cumprimento de seus privilégios. Essas necessidades, que influenciam o Direito, residem nas alterações sociais ocorridas no núcleo essencial do capitalismo, como as alterações no conceito de propriedade. Desse modo, ocorrendo alteração nos elementos chaves da Economia, esta passa a pressionar o Direito a se atualizar.

Eros Grau (2002, p. 64) analisado a relação entre direito posto e direito pressuposto, tem entendimento semelhante: "o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base".

O direito pressuposto é condicionador da produção do direito positivado, de modo que "enquanto nível do todo social, o direito é elemento constitutivo do modo de produção, porém por ele informado e determinado. A compreensão dessa realidade nos permite verificar que o direito é, sempre e também no modo de produção capitalista, um instrumento de mudança social" (GRAU, 2002, p. 56).

Logo, a alteração da Economia pelo Direito por meio da sua força normativa se dá em uma determinada velocidade, porém a alteração na realidade econômico-social se dá em outra, sendo a pressão da Economia no Direito mais rápida do que a capacidade de regulamentação do Direito. Ficamos assim diante de dois problemas: a um, referente ao avanço da Economia em contradição com a legislação infraconstitucional e, a dois, com a contradição entre a Economia e a norma constitucional, ou seja, com a própria Constituição, ocorrendo aqui, o que Eros Grau (2002, p. 57) denomina ilegitimidade superveniente:

> A ilegitimidade superveniente caracteriza-se quando o texto normativo, originariamente legítimo, em função do dualismo normativo, originariamente legítimo, em função do dualismo "imobilidade relativa das normas de direito posto" X "progressão contínua das realidades sociais", a partir de determinado momento passa a configurar-se ilegítimo – isto é, torna-se adverso ao direito pressuposto.

Portanto, a discussão reduz a como a Economia agirá no campo jurídico infraconstitucional e no campo constitucional. Na esfera infraconstitucional, a questão é resolvida com o que Eros Grau (2002, p. 57) denomina de "capacidade normativa de conjuntura" (capacidade do Poder Executivo resolver as diversidades entre a Economia e a Lei, por intermédio de seu poder de editar regulamentos): "descortina-se, assim, a evidência de que o direito necessita, como todo organismo vivo, estar em constante mutação, impondo-se a superação do descompasso existente entre o ritmo de evolução das realidades sociais e a velocidade de transformação da ordem jurídica". Assim a vicissitude de certas situações e estados econômicos, sujeitos a constantes flutuações cominam na flexibilidade dos "instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. Aí, precisamente, o emergir da capacidade normativa de conjuntura" (GRAU, 2002, p. 232).

Essa "capacidade normativa de conjuntura" acaba sendo utilizada na prática, muito mais como mecanismo de garantia dos princípios econômicos contidos na Constituição e no Código Civil, do que, propriamente constitutivo de direitos (MORAES, 2006, p. 41).

Contudo, essa capacidade é limitada à seara infraconstitucional, ou seja, busca reparar tensões entre Economia e Direito a partir de política econômicas ou princípios gerais já pré-estabelecidos, isto é, ajuste pontuais, não servindo assim para a reparação na seara constitucional (GRAU, 2002, p. 50-51).

Portanto, permanecendo a tensão entre Economia e Direito no meio constitucional, nota-se que ela só será resolvida nesta seara por intermédio de uma reforma constitucional ou de uma mutação constitucional.

3 DA APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL AOS PARÂMETROS PARA O INTÉRPRETE-JULGADOR

O presente tópico parte da análise da ocorrência da mutação constitucional nos casos concretos para, então, estabelecer parâmetros ao intérprete-julgador. Dois casos são analisados: a questão da aplicabilidade da limitação anual de 12% aos juros nos termos do § 3º, artigo 192[1], da Constituição da República e a mutação no artigo 52, inciso X, da Carta Maior.

O primeiro trata da limitação dos juros. Expurgada da Constituição da República, a limitação constitucional dos juros é um forte exemplo da atuação do poder econômico na promoção da mutação constitucional.

Verificou-se que, logo após a promulgação da Constituição de 1988, iniciou-se um processo de mutação constitucional, por meio de uma publicação no DOU de uma resolução do Banco Central afirmando que a Lei nº 4.595/64 (que dizia que as instituições financeiras não estariam sujeitas à limitação dos juros) ainda estaria em vigência, pois o parágrafo terceiro do artigo 192 da Carta Magna tratava-se de norma de eficácia contida, o que necessitaria de uma lei que o regulamentasse.

Em que pese o setor econômico ter tido uma derrota política com a inclusão da limitação anual dos juros em 12%, verificou-se uma grande articulação deste, pois embora com tal derrota, o governo (por meio do Banco Central) imediatamente lançou a tese de que o referido dispositivo não tinha eficácia, carecendo de norma reguladora, o que evitou, evidentemente, a imediata limitação dos juros como era a vontade do legislador constituinte. Após isso, tal argumento conseguiu a aprovação do STF, na qual este aceitou o argumento de que tal norma

[1] Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: § 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

não detinha eficácia plena, necessitando assim de lei complementar (SILVA, 2002b, p. 70-75).

Verifica-se, portanto, que, em um primeiro momento, houve uma mutação constitucional dirigida pelo poder econômico, o que deixou sem eficácia o art. 192, § 3º, da CF. Até o momento em que o poder dos Bancos cresceu de tal forma, que estes conseguiram a reforma constitucional, expurgando do ordenamento tal dispositivo, através da Emenda Constitucional nº 40/2003.

Sobre a aplicabilidade das normas, verifica-se que o art. 192, § 3º, da CF não necessitava de qualquer regulamentação, pois a proibição nele é simples e expressa: não poderiam ser aplicados juros maiores que 12% ao ano, sendo evidente que o texto da norma é suficiente em si mesmo.

> Na verdade, não nos parece possível estabelecer um critério único e seguro para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena das demais. Mas poder-se-ão fixar regras sobre o assunto, no que as conclusões da clássica doutrina norte-americana sobre ele podem oferecer, ainda, contribuição valiosa. Segundo essa doutrina, uma norma constitucional é auto-aplicável (correspondente, mutatis mutandis, às de eficácia plena) "quando completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime". Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa ou juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz (SILVA, 2002a, p. 102).

Portanto, o processo de mutação constitucional idealizado pelo poder econômico é manifesto, uma vez que houve uma mudança na realidade social (volta da liberdade de estipulação dos juros), mudança que foi provocada pelo poder econômico, bem como ocorreu a alteração do conteúdo da norma constitucional, visto que deixou de cumprir sua função original (limitar os juros), sem que essa alteração recaísse em uma mudança do texto constitucional, mantendo intacta a redação do dispositivo estudado.

Após a mutação, a influência política do poder econômico permitiu a edição da Emenda Constitucional nº 40/2003, a qual revogou os parágrafos do artigo 192 da Constituição Federal de 1988, evitando qualquer risco de regulamentação posterior de limitação dos juros.

Destarte, ficou manifesto que o poder econômico foi aos poucos alterando o significado de uma norma constitucional, e que, por meio da mutação constitucional, não foi necessário usar um processo formal de alteração do texto constitucional, mantendo seus interesses, que preteritamente foram atacadas por uma decisão soberana.

Portanto, para manter seu cerne essencial, que é regulado e protegido na Constituição, contra qualquer alteração, mesmo decorrente do poder soberano do povo, o poder econômico usou da mutação constitucional para atacar uma norma constitucional que ousou violar seu interesse econômico capitalista.

O segundo caso se refere ao inciso X, do artigo 52, da Constituição da República, onde os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, na reclamação nº 4.335-5/AC, votaram pela ocorrência de mutação no referido artigo[2].

Essa reclamação constitucional teve como reclamante a Defensoria Pública do Estado do Acre, e, como reclamado, o Juiz da Vara de Execuções de Rio Branco, do mesmo Estado. Aquela alegou que este deixou de dar cumprimento a uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em controle difuso de constitucionalidade, entendeu no julgamento do HC nº 82.959 pela inconstitucionalidade do § 1º, do dispositivo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90).

Após a declaração do resultado do referido julgamento, a Defensoria Pública do Estado do Acre requereu ao respectivo Juízo a progressão de regime em benefício de diversos presidiários, aduzindo em seu favor a decisão do STF.

Entretanto, o Juiz da Vara de Execuções de Rio Branco indeferiu esse pedido de progressão, fundamentando que a declaração de inconstitucionalidade no julgamento do descrito HC aplicava-se apenas às partes envolvidas, alegando que só teria eficácia *erga omnes* se cumprido o disposto no artigo 52, inciso X, da CF, ou seja, que o Senado Federal suspendesse a execução dessa lei declarada inconstitucional na parte que vedava a progressão, suspensão esta que não ocorreu até aquele momento. Inconformada, a Defensoria Pública ajuizou tal reclamação alegando que o Juiz de Rio Branco estava descumprindo a decisão do Supremo Tribunal Federal, pedindo a anulação da decisão do magistrado de primeiro grau.

[2] Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Na análise dessa reclamação, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela ocorrência de mutação constitucional, ficando, portanto, desnecessária a comunicação ao Senado para que a decisão atingisse o efeito *erga omnes*. O fundamento para essa decisão é encontrado em dois valiosos votos que consideraram esse problema sob dois aspectos distintos, mas obtendo conclusões similares.

Gilmar Mendes (2006, p. 49), em seu voto, busca uma linha pragmática:

> O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter à declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998). [...] Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII). Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988. Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema. A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão *inter partes*. De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Somente essa nova compreensão parece

> apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Fica evidente que o referido Ministro mostra em seu voto a inquietação com a avalanche de processos parecidos, de mesma temática, que tanto agoniam o Supremo. Essa situação levou nova interpretação do Direito Constitucional, alterando a doutrina do controle de constitucionalidade, culminando com a mutação constitucional e resultando no entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade, em face da nova realidade, possui efeitos transcendentes, ou seja, que atingem outros casos análogos imediatamente, não sendo mais necessária a suspensão da lei pelo Senado.

Segundo Gilmar Mendes seria irracional aguardar a boa vontade do Senado Federal para retirar do ordenamento jurídico lei que já fora declarada inconstitucional, aduz ainda que tal ato seria conflitante, pois sendo a lei inconstitucional, é também nula, não necessitando de manifestação solene do Senado.

Verifica-se que, quando Gilmar Mendes constata a necessidade de alteração da Constituição Federal para que uma decisão do STF possua efeito para todos, sequencialmente surge-se outra mutação constitucional, que seria a desnecessidade do Senado manifesta-se sobre este assunto, o que resultaria no desuso do artigo 52, inciso X, da CF:

> Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal. A ausência de disciplina sobre a matéria contribuiu para que o Supremo Tribunal se ocupasse do tema, especialmente no que dizia respeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato (representação de

> inconstitucionalidade). Nessa hipótese, o Tribunal deveria ou não comunicar a declaração de inconstitucionalidade ao Senado, para os fins do art. 64 da Constituição de 1946 (modificado pela Emenda n. 16/65)? Em 1970, o Tribunal começou a debater o tema, tendo firmado posição, em 1977, quanto à dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida na representação de inconstitucionalidade (controle abstrato). Passou-se, assim, a atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato, procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69 (MENDES, 2006, p. 22).

Portanto, o Ministro finaliza a ocorrência, no caso analisado, sustentado o esvaziamento da função do Senado Federal, culminado com o desuso do artigo 52, inciso X, da Constituição da República, operando desse modo a mutação constitucional, de modo que "o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei" (MENDES, 2006, p. 25).

No mesmo sentido de decisão final, mas com fundamentos diferentes, encontramos o voto do ministro Eros Roberto Grau. Ele apresenta em seu voto a necessidade de complementação do texto da lei pela nova realidade da sociedade:

> Aqui a segunda oposição, agora entre a dimensão legislativa e a dimensão normativa do direito. Uma, no processo legislativo; outra, no processo de produção normativa (produção da norma, pelo intérprete). Da mesma forma, tratando-se da Constituição, a oposição se dará entre uma dimensão constitucional textual e sua dimensão constitucional normativa. Mas esses dois momentos – o momento do texto e o momento da norma – não são expressivos de uma cisão na dinâmica jurídica, como se ela fosse divisível, como se a pudéssemos partir em distintos pedaços. Pois é certo que o texto é desdobrado, pelo intérprete, no momento da interpretação, de modo que o processo que o direito é, enquanto totalidade, aí não se interrompa; esse processo aí se completa (GRAU, 2006, p. 2).

Fica evidente que o Ministro defende o papel do Poder Judiciário de captar tais transformações sociais, e assim de transformá-las em uma linguagem jurídica. Eros Roberto Grau demonstra em seu voto entender que a mutação constitucional seria um mecanismo de ajuste do sistema constitucional, corrigindo incongruências entre o texto da lei e a realidade social, essas causadas pelo rotineiro avanço da sociedade.

A modificação social que enseja a mutação constitucional no caso analisado é a nova correlação de forças entre os Poderes da República, transferindo

o poder de retirar a eficácia *erga omnes* de uma norma que antes pertencia ao Senado, e agora passou para o Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, alterar a redação do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Conclui-se pela ocorrência da mutação constitucional no referido dispositivo, operado unicamente dentro do STF, adaptando o texto constitucional a uma nova realidade política, culminando com o aumento de poderes da Corte Maior.

Portanto, hodiernamente, existe uma concentração de poder no Supremo Tribunal Federal, o qual tem o poder de dizer se houve ou não mutação constitucional, mesmo contra a vontade soberana do povo que, no campo fático, já realizou a mutação (de fato).

O Poder Judiciário, ao decidir o que é ou não mutação constitucional, pode promover decisões arbitrárias que não são provenientes do consenso social, ou seja, contrárias à soberania popular. Destarte, o Judiciário também está submetido à Constituição e à soberania popular, não podendo, em momento algum, vir a substituí-los, transformando-se em um superpoder, como coloca Paulo Bonavides:

> A interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o âmnio de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja consequência mais grave seria a anulação ou paralisa do princípio da separação de poderes, com aquele juiz jugado *legibus* e não *secundum legem* (BONAVIDES, 2004, p.270).

Logo, só com o fim de um paternalismo do Judiciário e com o pleno exercício da soberania popular é que a mutação constitucional poderia ser aplicada de forma mais adequada, com o devido exercício do poder soberano do povo, como forma de racionalização do sistema constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do Estado Liberal possibilita a explicação das transformações ocorridas e permite projetar as novas modificações inseridas no Estado Social que se revela diante dos direitos sociais, econômicos e individuais. A atividade econômica passou a ser restringida pelas normas legais diante de um Estado com postura intervencionista, prevalecendo o interesse coletivo sobre a vontade

individual, caracterizando o surgimento da categoria dos interesses coletivos que marcam o texto Constitucional de 1988.

Analisando o modelo econômico do século XX, verifica-se que este engloba um mercado competitivo que exige políticas para atender o crescente consumo, no paradigma de aumento da circulação de capitais e títulos onde os bancos comerciais são intermediários das operações e contratos que realizam para atenderem às ideias da autonomia privada, atualmente temperadas pelos valores sociais inseridos no Estado Social de Direito.

No Brasil a atividade bancária é interligada ao Sistema Financeiro Nacional que trata de regular as autoridades monetárias de acordo com a atividade desempenhada e, ainda, o uso da mutação constitucional pelo poder econômico, visando à manutenção de seus interesses.

Com o estudo das referências bibliográficas foi cunhada a teoria da mutação constitucional, bem como as formas que esta ocorre, em especial por meio dos diversos tipos de interpretação do texto constitucional, o qual pode vir a alterar o significado da norma, sem, contudo, alterar o texto legal, valendo-se da ressalva de que a interpretação, pelas suas características, não cria direito novo, somente confere novos conceitos ao que já existe, tendo, assim, uma aplicação mais restrita na mutação constitucional.

Foram traçados os limites da mutação constitucional, ou seja, o próprio texto constitucional, bem como o limite político, uma vez que a realidade política de uma nação está dentro de sua própria Constituição, sendo que é esta realidade que vai determinar como e quando ocorre a mutação constitucional.

Dois casos concretos sobre mutação constitucional foram analisados, nos quais se observou uma grande concentração de poder pelo Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, o que ficou manifesto no tópico que analisou o dispositivo 52, inciso X, da CF.

No caso da limitação legal dos juros, ficou notório que o STF foi omisso na aplicação efetiva e imediata da limitação dos juros, tal omissão gerou uma modificação no significado e alcance do revogado artigo 192, § 3º, da Carta Magna, transformando o dispositivo de eficácia plena em norma de eficácia contida.

Ficou comprovado no presente estudo como o poder econômico utiliza a Constituição, por intermédio das mutações constitucionais, para controlar a

liquidez total do sistema econômico, a fim de garantir seus interesses, exemplificado no caso da limitação legal dos juros.

Existe hoje uma concentração de poder no Supremo Tribunal Federal, o qual tem o condão de dizer se houve ou não houve uma mutação constitucional, mesmo contra a vontade soberana do povo que, no campo fático, já realizou a mutação (de fato).

O perigo está aí. O Poder Judiciário, ao decidir o que é ou não mutação constitucional, pode promover decisões arbitrárias que não são provenientes do consenso social, ou seja, contrárias à soberania popular posta em 1988.

É preciso ter cuidado, porque, evidentemente, o Judiciário também está submetido à Constituição e à soberania popular, não podendo, em momento algum, vir a substituí-los, transformando-se em um superpoder.

Em face disso, extrai-se o principal limite para a mutação constitucional, que é o próprio texto constitucional, bem como o limite político, uma vez que a realidade política de uma nação está dentro de sua própria Constituição, sendo que é esta realidade que vai determinar como e quando ocorre a mutação constitucional.

Ademais, não se buscou aqui criticar as mutações constitucionais, visto que são necessárias, uma vez que a realidade de uma sociedade está em constante mudança, sendo a mutação um mecanismo de racionalização e atualização do sistema jurídico, embora seja necessário que Judiciário se atente ao poder soberano do povo e sua vontade posta na Constituição de 1988, a fim de evitar as manipulações indesejadas do poder econômico.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 nov. 2020.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª Ed. São Paulo: RT. 2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mutação da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limond. 1986.

FRANCISCO, Jorge. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de Economia Política*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

_____. *Reclamação 4335-5 AC – Voto*. DJ 01/09/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acesso em 03 out. 2020.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Reclamação 4335-5 AC – Voto*. DJ 01/09/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>. Acesso em 03 nov. 2020.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª Ed. São Paulo: Atlas. 2006.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002a.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002b.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002.

A MITIGAÇÃO DA TAXATIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: reflexões sobre o ativismo judicial

Isabela de Campos Mourão
Universidade Veiga de Almeida, Bacharel, isabela.cmourao@globomail.com

Joyce de Abreu Lira
Universidade Federal Fluminense, Doutoranda, Programa de Pós-Graduação em Direitos Insituições e Negócios, Niterói, Brasil, joycelira@id.uff.br

Resumo: O presente trabalho está inserido nos campos de estudo do Direito Processual Civil e do Direito Constitucional, interseccionados com a crítica da filosofia do Direito. Apresentaremos um panorama da natureza jurídica do recurso de agravo de instrumento após promulgação do Código de Processo Civil de 2015, com vistas à recente classificação introduzida pelo Superior Tribunal de Justiça. O problema consiste em compreender se há manifestação do fenômeno do ativismo judicial diante da tese firmada pelo STJ de que deve haver mitigação das hipóteses taxativas de cabimento do recurso de agravo de instrumento. Nesse sentido, apresentaremos o conceito de ativismo judicial, a fim de investigar se a tese firmada pela Corte se trata de ativismo judicial e qual seria a repercussão da prática na jurisprudência brasileira. O trabalho foi desenvolvido a partir da metodologia jurídico-doutrinária, com o estudo de doutrina e análise de jurisprudência, através do método hipotético-dedutivo. A pesquisa se fundamentou, principalmente, nas obras de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha e Humberto Theodoro Junior, no que diz respeito à doutrina processual civil, bem como de Clarissa Tassinari e Lênio Streck, no que diz respeito ao direito constitucional e à crítica filosófica.

Palavras-chave: agravo de instrumento; taxatividade mitigada, ativismo judicial.

INTRODUÇÃO

O artigo científico está inserido no ramo do Direito Processual Civil, uma vez que estudaremos as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, e suas diversas classificações, tendo em vista a mais recente delas, trazida pelo Superior Tribunal de Justiça, que através do Tema 988 decidiu que o rol previsto no referido dispositivo legal seria de taxatividade mitigada, bem como no campo do Direito Constitucional, eis que analisaremos o acórdão que deu origem ao Tema 988 sob a perspectiva do ativismo judicial.

A tensão acerca da classificação do rol de cabimento do indigitado recurso já vem sendo discutida tanto – e principalmente – na doutrina, quanto na jurisprudência desde antes da entrada em vigor da Lei nº 13.105/15, erigida pelo Código de Processo Civil, que ocorreu em março do ano de 2016.

Isso porque o vigente Código de Processo Civil inovou ao restringir as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, que no Código anterior possuía aplicação mais abrangente. O legislador assim optou com a finalidade de desafogar o Poder Judiciário, que vinha sendo congestionado com diversos agravos – nas formas retida e de instrumento – o que obstava uma correta prestação jurisdicional.

Assim, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, em março de 2016, diversas questões que poderiam antes ser discutidas em sede de decisão interlocutória tiveram sua análise postergada para o momento de eventual recurso de apelação, através de preliminar.

Ocorre que a intensa discussão doutrinária acerca do tema, que depois alcançou a jurisprudência de diversos tribunais estaduais, que ora admitiam e ora inadmitiam os recursos de agravo de instrumento interpostos com fundamento na discussão doutrinária, acabou por gerar insegurança jurídica no que tange à preclusão das matérias ali discutidas.

Dessa forma, o que se pretende com o presente trabalho, é apresentar um panorama do recurso de agravo de instrumento após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, para posteriormente, verificar se de fato houve a prática de ativismo judicial, no sentido pejorativo, quando da prolação do Acórdão pelo Superior Tribunal de Justiça que deu origem ao Tema 988, bem como investigar possíveis problemas decorrentes da nova classificação trazida pela Corte.

Afigura-se que a prática de ativismo judicial decorre de lacunas deixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, cabendo ao Judiciário preenche-las, porém adstrito à vontade do legislador. Nesse sentido, é possível que o acórdão em exame se trate de ativismo judicial e que, assim sendo, termine por gerar mais insegurança jurídica do que combate-la, pois o fundamento ali apresentado para o cabimento do recurso de agravo de instrumento não é objetivo, fazendo que a análise do juízo de admissibilidade do recurso seja feita caso a caso.

Com a finalidade de confirmar as hipóteses acima mencionadas, no presente trabalho, analisamos o tratamento do rol de cabimento do Recurso de Agravo de Instrumento desde sua promulgação pelo Congresso Nacional até a

edição do Tema 988 pelo Superior Tribunal de Justiça, além de investigar o que é ativismo judicial, seus tipos e desdobramentos, para, ao fim, verificar se há algum tipo de remédio para sana-lo.

Para cumprir com os objetivos propostos, primeiro analisaremos o rol de cabimento do recurso de agravo de instrumento, previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, a partir do cotejo com as hipóteses de cabimento previsto no Código de Processo Civil revogado, bem como as críticas ao dispositivo, suas classificações desde a promulgação do diploma legal, e os fundamentos e críticas de cada uma das classificações propostas pela doutrina.

Em segundo lugar, abordaremos a conceituação de ativismo judicial, sua diferenciação do conceito de judicialização da política, além da apresentação das correntes que defendem e condenam a prática.

Após tal apresentação, analisaremos o Acórdão que deu origem ao Tema 988, compilando-o com as considerações trazidas nas seções anteriores.

Por fim, esperamos concluir o presente trabalho apresentando possibilidades para evitar o ativismo judicial no caso em questão.

Para a consecução do estudo, utilizamo-nos da metodologia jurídico doutrinal, através de técnicas de pesquisa bibliográfica, dogmática e jurisprudencial, além do estudo do caso concreto, que é o Tema 988. Além disso, utilizaremos o método hipotético-dedutivo, eis que partiremos da apresentação do rol previsto no artigo 1.015 com suas diversas classificações por parte da doutrina até chegarmos à classificação trazida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os principais referenciais teóricos que fundamentam o presente trabalho, no que tange ao direito processual civil, foram a obra de Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha em sua 13ª edição, publicada após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, bem como a obra de Humberto Teodoro Junior.

Já como referencial teórico para a análise do ativismo judicial, utilizamos no presente trabalho as obras de Lênio Luiz Streck, que é considerado um dos maiores fustigadores do ativismo judicial, bem como a obra de Clarissa Tassinari.

1. O PANORÂMA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigência em março de 2016, um novo tratamento foi dado ao rol de cabimento do recurso do agravo de instrumento.

O revogado Código de Processo Civil de 1973 trazia uma vasta possibilidade de interposição do recurso de agravo de instrumento, também facultando, em algumas hipóteses, que o agravante o interpusesse na forma retida. O recurso poderia ser interposto contra qualquer decisão interlocutória, em qualquer fase processual, uma vez o artigo 522 do referido diploma legal apenas estabelecia como requisito que o recurso fosse interposto em caso de grave lesão a direito ou difícil reparação.

Já o agravo na forma de instrumento, era interposto perante o juízo de primeira instância, devendo o agravante informar quais peças seriam trasladas para a segunda instância caso o juiz singular não reformasse a decisão agravada, formando-se então, um novo instrumento processual. Caso a decisão fosse reformada pelo juiz de primeira instância, o então o agravado poderia requerer a remessa do instrumento para a segunda instância, tornando-se, assim, o agravante.

Ocorre que o requisito para a interposição do agravo de instrumento era demasiadamente abrangente, eis que o Código revogado classificava seu cabimento como *numerus apertus*, comportando interpretação discricionária do que seria grave lesão a direito ou difícil reparação, o que gerava uma banalização do instituto processual, pois qualquer decisão interlocutória poderia vir a ser atacada através de agravo de instrumento. Como consequência, os Tribunais estaduais passaram a ficar sobrecarregados, dificultando a apreciação de casos verdadeiramente urgentes, não ocorrendo uma correta prestação jurisidicional.

Portanto, com a finalidade de estancar a banalização do recurso do agravo de instrumento, bem como para retirar a mencionada sobrecarga do Judiciário, tanto da 2ª instância, como dos Tribunais Superiores – uma vez que mais acórdãos nos tribunais estaduais eram proferidos e, portanto, poderiam ser mais atacados por recurso especial ou recurso extraordinário - o legislador do Código de Processo Civil de 2015, decidiu por restringir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e classificou o rol previsto no artigo 1.015 como sendo taxativo, além de ter retirado do ordenamento jurídico a possibilidade de interposição de agravo em sua forma retida.

Antes de adentrarmos à análise da classificação dada pelo legislador ao rol

do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, devemos relembrar o que é decisão interlocutória para o vigente *códex* processual, classificada no artigo 203, §2º, como qualquer decisão de mérito que não encerre fase cognitiva do processo. Nesse sentido, Didier e Cunha (DIDIER e CUNHA, 2016) apontam que a classificação do que é decisão interlocutória ocorre de forma residual, pois todas as decisões de mérito que não forem sentenças (artigo 203, §1º), serão decisões interlocutórias.

De acordo com a vontade do legislador do Código de Processo Civil vigente, tais decisões são agraváveis apenas de acordo com as hipóteses previstas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, que apresenta um rol taxativo, ou seja, somente podem ser recebidos os recurso de agravo de instrumento cujo cabimento esteja previsto no Código de Processo Civil. As demais decisões interlocutórias deverão ser atacadas em sede de preliminar de contestação, é o que estabelece o artigo 1.009, §1º, do Código de Processo Civil.

Devemos esclarecer que, conforme ressalta a doutrina majoritária, tal regime está restrito ao processo de conhecimento, pois o parágrafo único do dispositivo legal estabelece que nas fases de liquidação e de cumprimento de sentença, bem como nos processos de execução por título executiva extrajudicial e de inventário, toda e qualquer decisão interlocutória poderá ser reformada através de agravo de instrumento.

O Código ainda estabelece que Lei específica poderá prever o cabimento do recurso de agravo de instrumento, o que não retira a natureza de *numerus clausus* acima mencionada..

Desta maneira, não é possível afirmar que a taxatividade prevista pelo legislador do Código de Processo Civil teria restringido o direito de recurso das partes, é exatamente nesse sentido que Humberto Theodoro Junior ensina que:

> É impróprio afirmar que há decisões irrecorríveis no sistema do NCPC, apenas pelo fato de ter sido abolido o agravo retido e o de instrumento não abranger todas as decisões interlocutórias proferidas pelos juízes. (...) De tal sorte pode-se reconhecer que todas as sentenças desafiam apelação e todas as decisões interlocutórias são recorríveis, ora por meio de agravo de instrumento, ora por meio de apelação. (THEODORO JÚNIOR, 2016)

Corroborando este entendimento, Alexandre Freitas Câmara, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sua obra, admite que "este é um ponto que precisa ser destacado: a afirmação de que certa decisão interlocutória não é agravável não implica dizer que ela é irrecorrível" (CÂMARA, 2016).

Outra diferença trazida pelo Codex é a forma de interposição do recurso, que antes era apresentado perante a primeira instância e agora deve ser interposto diretamente perante a segunda instância.

Quando da entrada em vigor do diploma legal, diversas foram as críticas a essa taxatividade, no sentido de que tamanha restrição não iria comportar a realidade fática de todas as relações sociais levadas à apreciação do Poder Judiciário, o que estaria violando, desta maneira, o princípio do acesso à Justiça.

Com quase cinco anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a despeito da vontade de legislador, se continua a discutir qual seria a verdadeira classificação do rol apresentado no artigo 1.015 - taxativo, exemplificativo, taxativo com interpretação extensiva –, até a mais recente classificação, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Superior Tribunal de Justiça, de que o artigo seria de taxatividade mitigada, o que será analisado na terceira seção do presente artigo.

Ocorre que na prática, diversos tribunais estaduais, ou pior, diferentes turmas dentro de um mesmo tribunal, com base nas classificações acima mencionadas e que serão posteriormente descritas, passaram a admitir ou inadmitir recursos de agravo de instrumento, gerando insegurança jurídica no que tange à preclusão das matérias discutidas por meio de agravo de instrumento, pois, por exemplo, um litigante poderia deixar de interpor agravo de instrumento para discutir a matéria através de preliminar de apelação e não ter a preliminar conhecida pelo desembargador relator da apelação com base na preclusão, se o desembargador for adepto, por exemplo, da classificação exemplificativa.

Didier e Cunha ainda apontam que a partir da restrição trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, começaram a ser impetrados mais mandados de segurança como sucedâneo recursal ao agravo de instrumento.

Cumpre-nos, então, explicar cada uma das classificações atualmente aceitas pela doutrina e jurisprudência acerca da classificação do rol acima transcrito, a saber: (i) taxativo; (ii) taxativo com interpretação extensiva; (iii) exemplificativo.

De acordo com HARTMANN (2016), que segue a primeira tese acima citada – rol taxativo - o legislador do Código de Processo Civil previu o rol de cabimento do Agravo de Instrumento desta maneira como forma de assegurar uma certeza jurídica quanto à preclusão das matérias discutidas por meio das decisões interlocutórias, uma vez que o próprio diploma legal informa que todas

as questões que não estão contempladas no dispositivo legal, poderão ser atacadas em sede de preliminar de apelação.

Ou seja, o que o legislador quis, com a mudança da natureza jurídica do agravo de instrumento, foi dar maior segurança às partes no momento de interposição do recurso, obstando a discricionariedade por parte do julgador ao receber os autos, pois, conforme já mencionado, o antigo critério de grave lesão ou difícil reparação se mostrava pouco técnico, eis que os requisitos não eram objetivos e davam margem à discricionariedade.

Isso porque, não estando a decisão interlocutória prevista neste rol, não ocorrerá a preclusão quanto à matéria discutida, que poderá ser atacada em sede de preliminar do recurso de apelação, conforme dispõe o já examinado artigo 1.009, §1º, do Código de Processo Civil.

Os requisitos atualmente previstos pelo legislador são objetivos e deixam claro quais são as decisões que se sujeitam a preclusão, não havendo, portanto, qualquer insegurança jurídica quanto ao tema.

2. O ATIVISMO JUDICIAL

A prática do ativismo judicial vem sendo muito comentada pela doutrina brasileira. Enquanto alguns estudiosos condenam a prática, consubstanciados na teoria da separação dos poderes, e afirmando se tratar de usurpação do poder de legislar, outros admitem que ela se faz necessária no cenário político brasileiro atual, tendo em vista a crise das instituições, encerrada pela morosidade dos poderes executivo e legislativo.

Diversos estudiosos - independentemente de serem a favor ou contra a prática - atribuem o surgimento do ativismo judicial ao papel mais amplo dado aos diversos órgãos do Poder Judiciário pela Constituição da República de 1988 no que diz respeito à concretização dos valores e princípios constitucionais.

Andreassa Junior (2015) admite que "o ativismo judicial faz parte do novo modelo institucional do Poder Judiciário, decorrente da Constituição Federal de 1988", ideia que deve ser complementada com a conceituação trazida por Anderson Vichinkeski Teixeira, que diz que "o ativismo judicial nasce em um cenário de alta complexização social e consequente fragmentação das tradicionais estruturas "a-jurídicas" (como morais e religiosas, por exemplo) de resolução de controvérsias" (ANDREASSA JUNIOR, 2015).

TASSINARI (2013) ainda afirma que ocorreu mutação funcional do Poder Judiciário por conta da necessidade de preenchimento de espaços deixados pelos demais Poderes, de acordo com a autora "é certo que esse Poder passou por uma verdadeira mutação funcional, na medida em que foi provocado a atuar nas esferas de responsabilidade outrora exclusivas do Executivo e Legislativo"

Clarissa Tassinari ainda sinaliza que o ativismo judicial na contemporaneidade ultrapassou a judicialização da política, surgindo então a necessidade de se criar obstáculos ao crescimento da preponderância do Judiciário, para a jurista "no atual contexto, os esforços não se voltam mais para chamar o Judiciário a atuar, mas para segurá-lo" pois "o quadro que se apresenta não é tão somente o do exercício de uma complementariedade (ou cooperação) diante da omissão dos demais Poderes, mas uma acentuada e discricionária atuação" (TASSINARI, 2013).

Para defesa da prática do ativismo judicial, Andreassa Junior propõe uma nova ordem constitucional, a partir de uma modernização da teoria da separação dos poderes "Com fundamento em doutrina especializada, verificar-se-á que a teoria proposta por Montesquieu já não mais se sustenta no ordenamento jurídico atual, sobretudo porque foi elaborada em um Estado Absolutista e, de certa forma, arbitrário" (ANDREASSA JUNIOR, 2015).

O autor conclui que, após a redemocratização, a teoria da separação dos poderes deve ser remodelada, para que haja maior harmonização entre os poderes da federação com o objetivo de se concretizar os direitos fundamentais. Pela linha de raciocínio do Autor, o ativismo judicial estaria, na realidade, proporcionando maior integração entre os três poderes.

Assim, prossegue Andreassa Junior, diante da necessidade de se garantir os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de forma igualitária, vê-se maior protagonismo do Poder Judicário em face dos Poderes Legislativo e Executivo, que deixam de produzir normas e/ou políticas públicas.

Por outro lado, os críticos da prática do ativismo judicial, justamente ao fundamento de que há a usurpação dos poderes dados pela Constituição Federal ao Executivo e ao Legislativo.

De fato, a Constituição Federal em seu artigo 59, estabelece como regra geral para a exclusividade do Poder Legislativo como criador de normas e direitos, permitindo, em raras exceções, que os outros dois poderes figurem como proponentes legislativos.

E é neste sentido que Lênio Streck, ao rechaçar por completo o ativismo judicial, ressalta que houve pouca discussão no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro acerca do que seria ativismo judicial em comparação ao ordenamento jurídico estadunidense e que por esta razão, a prática do ativismo judicial estaria ocorrendo de forma arbitrária em nosso país.

Por esta razão, tanto Streck quanto Tassinari defendem permitir a prática de ativismo judicial viola a separação dos poderes e é nociva à democracia.

Ainda há que se mencionar que a doutrina divide o ativismo judicial em revelador e inovador: o primeiro ocorre quando o julgador cria novo direito com base na análise de princípios ou lacunas deixadas pelo legislador, enquanto o segundo ocorre quando o julgador cria um novo direito através de interpretação distinta da vontade do legislador.

Andreassa Júnior afirma que mesmo que o ativismo judicial ocorra em sua modalidade inovadora, criadora de direitos não previstos pelo legislador, se faça para assegurar os direitos fundamentais, será legítimo.

De acordo com Barroso, o bom ativismo judicial seria aquele que tenta extrair ao máximo as potencialidades do texto constitucional sem invadir o campo de criação do Direito.

Barroso ainda nos indica que o oposto do ativismo judicial seria a autocontenção judicial, técnica de decisão em que o Poder Judiciário procuraria intervir minimamente nas ações dos outros Poderes, evitando aplicar a Constituição em casos em que não há a sua expressa incidência, utilizam critérios rígidos para a declaração de inconstitucionalidade e não interfeririam nas decisões políticas. Essa era a conduta do Poder Judiciário até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Para Lênio STRECK (2020), ambas as formas de ativismo são prejudiciais à democracia pois o ativismo judicial viria sempre acompanhado de predadores do direito, alcunha criada pelo autor para caracterizar outras áreas de conhecimento, como a Economia, Moral ou Política.

Clarissa Tassinari, complementando Lênio Streck, afirma que o "o ativismo judicial se manifesta pela existência destes predadores" (TASSINARI, 2013). Para a autora, predadores do Direito são as outras áreas de conhecimento, que, quando utilizadas para fundamentar uma decisão judicial, estão a impregná-la de ativismo.

Conforme ensina a estudiosa, a influência desses outros campos de conhecimento do Direito surgiu com o pós-positivismo, quando Direito e Moral voltaram a se aproximar, possibilitando ampla atuação de juízes e tribunais.

Além de impregnar a decisão de ativismo judicial, Tassinari afirma que os predadores também retiram o caráter de cientifista do Direito, fazendo com que a decisão judicial seja considerada como a-técnica.

Como em sua obra Tassinari pretende investigar qual seria o papel do Poder Judicário após a promulgação da Constituição Federal, a autora concluiu que os maiores problemas trazidos pelo ativismo judicial a insegurança jurídica, decorrente da discricionariedade utilizada pelos julgadores, e o perigo se criar um Poder com veias de Poder Moderado, que estaria a controlar os demais Poderes da federação.

A autora para demonstrar que o ativismo judicial gera insegurança jurídica, traz à baila o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178, que regulamentou a união estável entre pessoas do mesmo sexo, utilizando interpretação extensiva do artigo 1.723 do Código Civil, para que o dispositivo passasse a comportar também a interpretação de "homem e homem" e "mulher e mulher". Isso porque, conforme já esclarecido, o Judiciário não é dotado de representação social, como ocorre com os outros Poderes.

Portanto, temos que a crítica ao ativismo judicial desenvolvida por Tassinari, com base na teoria defendida por Lênio Streck, pretende defender a Constituição, propondo uma superação do positivismo jurídico, com o estabelecimento de novas fontes da norma e da interpretação constitucional.

3. A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ARTIGO 1.015

O Tema de Repercussão Geral nº 988 do Superior Tribunal de Justiça surgiu a partir do julgamento dos Recursos Especiais nº 1.704.520/MT e nº 1.696.396/MT, ambos interpostos contra decisões que inadmitiram recursos de agravo de instrumento que versavam sobre incompetência e impugnação ao valor da causa, respectivamente.

Assim, passaremos agora à análise do acórdão, o qual foi afetado à repercussão geral, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, por meio do qual a Corte estabeleceu que o rol de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento,

previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, possuiria taxatividade mitigada.

Nesse caso, a Ministra deu interpretação diversa ao que foi estabelecido pelo legislador quando da promulgação do Código de Processo Civil, não optando por nenhuma das três opções até então aceitas pela doutrina.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.704.520/MT, a relatora do caso, Ministra Nancy Andrighi, defende que em casos de comprovada urgência e perigo de esgotamento do direito até o final do processo ou inutilidade de recurso futuro, é cabível a interposição de agravo de instrumento.

Ocorre que em nenhum dos casos afetados à repercussão geral, acima descritos, se tem direitos passíveis de perecimento até a prolação de sentença e muito menos urgentes. Também não se verifica, nos casos em tela, discussão acerca de direitos humanos, o que autorizaria, de acordo com Andreassa e Barroso, a ocorrência do ativismo revelador.

Em que pese não se tratar de decisões que versavam sobre direitos fundamentais, ainda assim a Ministra criou a tese em comento, ao fundamento de que em sendo o rol taxativo, não dá conta de todas as situações fáticas da sociedade.

Ao classificar o rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil como sendo de taxatividade mitigada, o Superior Tribunal de Justiça revogou tacitamente a norma processual estabelecida pelo legislador ao mesmo tempo em que acrescentou texto que não existe no Código de Processo Civil.

Por esta razão, tem-se que o acórdão proferido pela ilustre Ministra, ainda que bem intencionado, se trata de ativismo judicial, na acepção pejorativa do termo, pois, ao determinar que a natureza jurídica do rol do artigo 1.015 como sendo de taxatividade mitigada, apresentou inovação jurídica e criou uma norma, que diverge da vontade de legislador.

Ou seja, a tese que deu origem ao Tema Repetitivo nº 988, ao modificar a natureza jurídica do rol previsto no artigo 1.015 do Código de Processo, criou novas hipóteses de cabimento do referido recurso com base na urgência e esgotamento do direito ao final do processo, requisitos estes que dão abertura à discricionariedade do julgador.

Assim, temos que a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça é insuficiente para solucionar o problema da insegurança jurídica trazido à baila pelas discussões doutrinárias.

Há que se ressaltar que no presente trabalho não se pretende defender ou contrariar a intenção do legislador em restringir as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, mas apenas analisar todas as classificações até hoje pensadas no ordenamento jurídico brasileiro.

A classificação contida no Tema Repetitivo 988 não traz parâmetros objetivos para que os julgadores se utilizem no juízo de admissibilidade do referido recurso. E, não havendo parâmetros objetivos, dependendo-se, então, de uma análise casuística, o sistema processual está fadado à insegurança jurídica, o que, consequentemente, aumentará o fluxo de questões que chegam aos Tribunais.

Se o que se pretendeu com a mitigação da taxatividade da listagem do artigo 1.015 foi obstar a utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal, deve-se criar uma nova forma de prevenir o ativismo judicial decorrente da decisão.

Os críticos da tese criada pela Ministra afirmam a intenção do legislador ao restringir o cabimento do recurso de agravo de instrumento foi prestigiar o julgador de primeiro grau, ressaltando que a possibilidade de admissibilidade recursal não oportuniza, obrigatoriamente, o conserto de erros.

Certo é que com admissibilidade do recurso de agravo de instrumento com base em conceitos indeterminados não estancará a insegurança jurídica que se pretendeu apaziguar com essa nova classificação.

Tendo em vista a inovação jurídica e a interpretação divergente trazida no julgado em questão, temos que o mesmo se classifica como ativismo judicial, gerando insegurança jurídica, além de ferir a democracia, ao violar o princípio insculpido no artigo 1º da Constituição Federal que é a separação dos poderes, tendo em vista a usurpação da atividade legiferante exclusiva do Poder Legislativo.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, através do método hipotético-dedutivo, inicialmente estudamos o panorama do recurso de agravo de instrumento na doutrina e jurisprudência brasileiras após a entrada em vigor do Código de

Processo Civil de 2015, no qual o legislador reduziu as hipóteses de cabimento do referido recurso, classificando sua natureza jurídica como sendo taxativa, para depois apresentarmos uma conceituação de ativismo judicial.

Por fim, analisamos o acórdão e as hipóteses dos processos que deram origem ao Tema Repetitivo 988, para chegar à conclusão que fato a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça de trata de ativismo judicial, uma vez que criou uma nova hipótese de cabimento do recurso de agravo de instrumento fundamentada na urgência ou risco de perecimento do direito discutido no caso se se esperar até o julgamento do recurso de apelação em casos que não versavam sobre direitos fundamentais.

Com isso, o Superior Tribunal de Justiça modificou a natureza jurídica do artigo de agravo de instrumento, que passou a ser de taxatividade mitigada, ocorrendo, desta forma, a revogação da norma na forma prevista pelo legislador.

O argumento utilizado pela Ministra Nancy Andrigui na defesa da tese consiste na divergência entre a realidade fática das relações sociais e norma.

Ora, é sabido que a norma jurídica estará sempre um passo atrás da realidade fática da sociedade, que é dotada de dinamismo e está em constante mutação, contudo, isso não é justificativa que os magistrados passem a modificar as normas conforme sua vontade, pois, conforme bem explicado por Clarissa Tassinari, a vontade dos julgadores é subjetiva, não podendo o Direito ficar à mercê da casuística.

Se faz necessário tratar o Direito como ciência, justamente para conferir caráter mais objetivo e técnico às decisões judiciais, com a finalidade de garantir, ou a menos, tentar garantir segurança jurídica.

Outro problema trazido pelo ativismo judicial é a violação ao princípio basilar da democracia, que é a separação dos poderes.

Nesse sentido, pelo menos com relação à natureza jurídica do recurso de agravo de instrumento, para se evitar a ocorrência de ativismo judicial, bem como insegurança jurídica no que tange à preclusão, vislumbramos que a adição de mais uma hipótese de iniciativa legislativa pelo Judiciário, no que tange à criação de normas processuais.

Esta solução se coadunaria com o Estado Democrático de Direito, pois, caso fosse aprovada emenda constitucional para adicionar a hipótese ao artigo 61

da Constituição Federal, o Judiciário teria legitimidade para modificar o Código de Processo Civil a partir de sua iniciativa.

Assim, concluímos que de fato é muito difícil definir a natureza jurídica do agravo de instrumento que comporte a realidade fática das relações sociais, mas que não se pode simplesmente adotar uma classificação que tornará o juízo de admissibilidade do recurso de discricionariedade, sob pena de gerar mais insegurança jurídica bem como ferir a vontade do legislador através de invencionismo jurídico por meio do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Ativismo judicial e teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência das decisões do judiciário*. Curitiba:Juruá, 2015. E-book

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº , 2012, p.25

BECKER, Rodrigo Frantz. O rol taxativo (?) das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Publicações da Escola da AGU:2016, pp. 237/252.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo:Atlas, 2016.

DIDIER JR., Fredie, e CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *Curso de direito processual civil*: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13ª ed. Reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.216.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015*, v. 3. São Paulo: Método, 2017.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso Completo do Novo Processo Civil,* 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. "https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo" – consultado em 13/12/2020, 18:37:00.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. E-book

TEIXEIRA, Anderson Vichinkski. *Ativismo Judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. In: Revista Direito GV. Nº 8. São Paulo:2012, p. 41.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. v. III. 49ª ed. Editora Gen, Rio de Janeiro:2016.

O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Busca pela Efetividade dos Direitos Humanos

Juliana Carvalho Pavão
Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Londrina-Paraná.
E-mail: juliana.pavao@hotmail.com.

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador
Doutora em Direito pela UFPR; docente do departamento de Direito Privado e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade Estadual de Londrina (PR).

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no tocante a proteção dos Direitos Humanos, ilustrando com dois casos concretos: aborto de feto anencéfalo e criminalização da homofobia. Antes de adentrar especificamente nesse assunto, o texto aborda a divisão de poderes do Estado Democrático de Direito, com enfoque para os Poderes Legislativo e Judiciário, a atuação dos tribunais, e as críticas de Jeremy Waldron sobre a revisão judicial no controle de constitucionalidade. Por meio da análise dos julgados e da utilização do método dedutivo, o artigo conclui que a atuação do Supremo Tribunal Federal, no tocante aos Direitos Humanos, é essencial para a garantia dos Direitos Fundamentais previsto no texto constitucional, além de não violar o princípio da separação de poderes.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Estado Democrático de Direito; Poder Judiciário; Poder Legislativo.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito é formado por três poderes centrais que atuam de forma independente e seguindo o sistema de "freios e contrapesos". Esses poderes são: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Este trabalho estuda com maior destaque a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, com o intuito de responder as seguintes perguntas: a atuação do Supremo Tribunal Federal, atinente a matéria de Direitos Humanos, está sendo além das suas atribuições? Nesses casos, caberia a atuação do Poder Legislativo e não Judiciário?

Deve-se destacar primeiramente que a análise da atuação do Poder Judiciário, com enfoque ao Supremo Tribunal Federal, realiza-se apenas no aspecto dos Direitos Humanos, não expandindo os argumentos desse trabalho para assuntos políticos nem econômicos que o órgão tenha se posicionado. No campo dos Direitos Humanos, o artigo trabalha com dois casos importantíssimos: possibilidade da interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo e a criminalizar da homofobia. Esses dois casos foram apresentados ao STF para apresentar uma resposta.

Para analisar os questionamentos apresentados, e antes de adentrar na análise dos casos, deve-se primeiro observar como é a atuação dos tribunais e do poder legislativo. Em um segundo momento, o artigo apresenta as críticas de Jeremy Waldron a revisão constitucional por parte dos tribunais, tecendo comentários interessantes de serem observados. Por fim, é apresentado os casos concretos. O método utilizado nessa pesquisa é o dedutivo com a análise de casos, que foram selecionados dada a sua atualidade e importância para a área dos Direitos Humanos.

ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS E O PODER LEGISLATIVO

O Brasil, assim como outros países, adota o regime da separação de poderes. Assim, no cenário nacional, existem três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

A instituição desse sistema de poderes busca solucionar o seguinte questionamento "Se o governo democrático era um antídoto contra a tirania da minoria, como assegurar que a maioria não viesse a se utilizar de seus poderes para usurpar os direitos das minorias?" (VIEIRA, 2018, p, 215). A resposta a esta indagação é a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos no qual cada poder tem um conjunto de atribuições e competências, sem poder interferir na esfera do outro poder. Com esse método, busca-se trazer harmonia ao sistema instituído e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Este trabalho foca em dois poderes: Legislativo e Judiciário. Assim, deve-se primeiramente compreender quais são as atribuições de cada um desses poderes. "A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras na ordem jurídica, denominadas leis" (DA SILVA, 2014, p. 110). E "a função jurisdicional tem por objetivo aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse" (DA SILVA, 2014, p. 110)

Os órgãos constituintes desses poderes também são diversos. Primeiramente, deve-se recordar que o Poder Legislativo tem sua atuação dividida em diferentes esferas: federal, estadual e municipal. O Poder Legislativo é formado, em âmbito federal, pelo Congresso Nacional, que por sua vez é formado por duas Casas Legislativas: Câmara dos Deputados e Senado Federal. Já em âmbito estadual, existem as Assembleias Legislativas, constituídas pelos deputados estaduais. E, por fim, em âmbito municipal, existem as Câmaras de Vereadores. Todos esses cargos (deputados, senadores e vereadores) são eleitos pelo povo, e a maioria são representantes do povo (exceto os senadores que são representantes dos Estados-membros e do Distrito Federal).

Sobre a atuação do Poder Legislativo é interessante pontuar que é formada por membros eleitos e atuam na elaboração de leis, logo, tem um papel de análise mais abstrato, não podendo editar um texto específico para um indivíduo.

Já o Poder Judiciário é formado pelos Tribunais e pelos magistrados. O Poder Judiciário é constituído pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares, Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art.92 da Constituição Federal).

O ingresso para a carreira de magistrado é por meio de concurso público ou de provas e títulos. Contudo, o ingresso em tribunais superiores como Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça é por meio de nomeação do Presidente da República, e com aprovação do Senado Federal, devendo o nomeado ser um cidadão com mais de 35 anos e menos de 75 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. O texto constitucional também expressa a regra do "quinto constitucional" para tribunais superiores, segunda a qual um quinto dos lugares devem ser ocupados por membros do Ministério Público e advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada.

No tocante ao Poder Judiciário percebe-se primeiramente que há a atuação em casos concretos, analisando e aplicando a legislação pertinente, e também "quem irá julgar" são pessoas que não foram eleitas, mas sim concursadas ou nomeadas, tendo em vista a sua trajetória profissional.

Após compreender as diferenças entre os poderes Legislativo e Judiciário, deve-se estudar a atuação dos tribunais, como os tribunais, de forma

geral, exercem as suas atividades. Percebe-se que no século XX, em decorrência de mudanças histórias bem significantes (como o julgamento de Nuremberg), a racionalidade jurídica, a moralidade e os problemas de justiça passaram a ser mais discutidos e repensados (DE LA ROSA, 2015). O positivismo no século XIX busca abordar a tarefa do juiz e dos juristas (DE LA ROSA, 2015). Contudo, deve-se pontuar que este trabalho não se focará apenas nos positivistas contemporâneos, mas sim apresentar diversos autores que trabalharam ideias importantes envolvendo a atuação dos tribunais e a argumentação jurídica.

Primeiramente, deve-se destacar que nem toda norma jurídica é controversa, conforme aponta Moreso:

> No me parece razonable, sin embargo, considerar que todo lo que el derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas, como a veces se sugiere. Algunos aspectos de la práctica han de estar protegidos de esta controversia si la práctica debe tener la cualidad procesal de poner un final institucional a las controversias. En mi opinión -y expues- to de modo muy tentativo- al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones (MORESO, 2014, p. 198).

A grande indagação de como será a atuação dos tribunais, ocorre quando existem casos controversos. Perelman, trata das controversas judiciais:

> En las controversias judiciales, por el contrario, las razones que se exponen, tratan como en los diálogos platónicos de criticar y refutar los argumentos de la contraparte mostrando que o no son relevantes u oportunos o justos (PERELMAN apud DE LA ROSA, 2015, p. 330).

Percebe-se assim, que o magistrado irá realizar um diálogo, demonstrando os argumentos e decidindo, seu ato de decidir acaba sendo um ato de escolha, tendo em vista que é possível a existência de mais de uma escolha. Assim, segundo Aarnio, não existe uma única resposta, mas o magistrado deve buscar a melhor decisão para o caso em análise, e justifica-la:

> El modelo, en ese sentido, no garantiza una respuesta única ni el consenso definitivo; lo que garantiza son respuestas bien fundadas, plausibles y razonadas,140 y ello es así, porque en el discurso jurídico las elecciones decisivas son portadoras de cargas valorativas (AARNIO apud DE LA ROSA, 2015, p. 358).

Diante disso, percebe-se que o magistrado "tiene el poder y la obligación constitucional de dar una respuesta correcta y satisfatoria al caso que goce de la

aceptabilidad general del auditório jurídico" (AARNIO apud DE LA ROSA, 2015, p. 353).

No tocante ao papel decisório dos magistrados, deve-se destacar também que:

> Las decisiones interpretativas de los operadores jurídicos están condicionadas, como es natural, por sus intereses prácticos (políticos, económicos, profesionales, etc.), por sus ideas de justicia y por la aceptabilidad de las diferentes decisiones dentro de la cultura jurídica existente (GUASTINI, 2013, p. 29).

Os magistrados têm o dever de dar uma resposta ao caso, logo, de decidir. Todavia, a interpretação realizada pelo aplicador do Direito é diferente da interpretação da ciência jurídica, e Hans Kelsen, apresenta essa distinção. Neste trabalho é oportuno citar a visão do filosofo sobre a interpretação realizada pelos aplicadores do Direito:

> A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assume a forma de uma lei ou de um tratado de Direito Internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica representa a produção de uma norma geral (KELSEN, 2000, p. 250).

E qual é diferença de argumentação e atuação entre os membros do Poder Legislativo e membros do Poder Judiciário? Sobre esse questionamento é oportuno citar Debora Diniz e Ana Cristina Gonzalez Vélez, quando discutiram a respeito do aborto de feto anencéfalo[1]. No âmbito legislativo, percebe-se que:

> (...) é politicamente aceitável que um parlamentar represente uma determinada comunidade moral e, por isso, uma de suas missões possa ser garantir que os valores de sua comunidade estejam representados no debate legislativo. No cenário político brasileiro, é possível, por exemplo, imaginar um parlamentar cristão em defesa de um projeto de lei sobre o direito incondicional à vida do feto, ou seja, um árduo proponente do princípio moral da sacralidade da vida do feto (DINIZ; VÉLEZ, 2008, p. 649).

Já no âmbito jurídico:

[1] O artigo foi publicado antes do julgamento do STF sobre a possibilidade de realizar a interrupção voluntária da gravidez quando o feto fosse anencéfalo. Assim, um dos pontos tratados pelas autoras é a diferença dos argumentos que podem ser pronunciados pelos Magistrados e pelos legisladores.

> Vários são os fundamentos argumentativos da razão pública a serem seguidos por um juiz da Suprema Corte ao julgar um caso. A razoabilidade de seus argumentos e o compromisso com o consenso sobreposto são alguns deles. Um argumento é razoável quando pode ser expresso em termos públicos, o que na Suprema Corte pode ser medido pelo cumprimento dos princípios e das normas constitucionais. O consenso sobreposto representa um conjunto de acordos firmados por diferentes comunidades morais de um Estado democrático e que, no caso específico do aborto em uma democracia laica, expressar-se-ia na garantia da neutralidade confessional dos argumentos.
>
> Nesse sentido, o compromisso com a razão pública - aqui representada pelo compromisso com a razoabilidade argumentativa e com a neutralidade confessional do Estado - permite uma análise dos posicionamentos dos juízes em seus próprios termos morais. A razão pública é a *língua franca* dos juízes da Suprema Corte, ao mesmo tempo que é um instrumento de controle democrático de seus posicionamentos. (DINIZ; VÉLEZ, 2008, p. 650-651)

Diante disso, percebe-se a diferença de atuação dos poderes. Os magistrados têm o dever se ter ao texto legal, realizando argumentos da razão pública. Já os legisladores têm a responsabilidade de representarem seu grupo de eleitores, assim, tem maior liberdade de argumentar a favor de preceitos morais específicos e valores de uma comunidade.

Deve-se destacar que diversas constituições foram instituídas após regimes totalitários e isso fez com que seus textos fossem ambiciosos e cheios de garantias voltadas a proteger a democracia contra ameaças e tentações autoritárias. Esses novos regimes instituídos pelo texto constitucional conferiram aos tribunais a função de proteção do regime democrático. Contudo, tal pensamento não é unânime, e agora deve-se analisar algumas críticas de Jeremy Waldron a atuação dos tribunais na revisão constitucional forte, como violadoras dos princípios democráticos

APONTAMENTOS DO PENSAMENTO DE JEREMY

Este tópico destina-se a apresentar brevemente aos apontamentos de Jeremy Waldron sobre a revisão judicial do texto constitucional, o que gera consequentemente a análise da atuação dos tribunais.

Primeiramente deve-se pontuar que Jeremy Waldron é neozelandês e professor da Faculdade de Direito na Universidade de Nova York. Ele estuda

especificamente a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, criticando o controle judicial de constitucionalidade[2].

A premissa base que o autor parte é que atualmente a sociedade é complexa e plural, resultando em discordâncias sobre o sentido de justiça e de conteúdo dos direitos. Frente a existência de dissensos verdadeiros, questiona-se qual seria a instituição responsável para cessar tais desacordos? (LIMA, 2018)

No ensaio "The Core of the Case against Judicial Review", Waldron aponta que em vários países os juízes têm a autoridade para retirar a validade a legislação quando compreender que ela esta violando direitos individuais. Um exemplo citado por Waldron foi que em 2003, o Supremo Tribunal de Massachusettes determinado que as leis de licenciamento de casamento daquele Estado violavam direitos constitucionais, por limitar o casamento a união entre um homem e uma mulher (WALDRON, 2006).

Waldron afirma que reconhece o valor de muitas decisões judiciais, contudo, ele argumenta que a revisão judicial do texto legal é inadequada como um modo de decisão final em uma sociedade livre e democrática (WALDRON, 2006).

O autor defende que em países nos quais a revisão judicial não tem a força de retirar a vigência de uma lei, os representantes do povo que terão poder de deliberar e resolver a questão. E graças a isso, por exemplo na Nova Zelândia, os debates legislativos são de alta qualidade. Já no cenário norte-americano, tendo em vista que a opinião dos tribunais prevalece sobre o texto legal aprovado, os legisladores não têm a certeza que suas decisões prevalecerão.

Segundo o autor, a revisão judicial é vulnerável a dois tipos de ataque:

> In this Essay, I shall argue that judicial review is vulnerable to attack on two fronts. It does not, as is often claimed, provide a way for a society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedent, texts, and interpretation. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and

[2] Apenas a título de complementação, na Inglaterra, Richard Bellamy também estuda a revisão judicial e atuação do parlamento britânico. Ambos os autores criticam o controle judicial de constitucionalidade. Contudo, neste trabalho será focado na análise dos pensamentos de Waldron, que muitas vezes são coincidentes com Bellamy.

> brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights. (WALDRON, 2006, p. 1353)

Deve-se destacar que Waldron critica fortemente a revisão judicial forte da legislação. Sobre isso é importante realizar uma distinção, que é apresentada por Waldron, da revisão judicial forte e fraca. No sistema de revisão judicial forte, os tribunais podem recusar aplicar uma norma ao caso concreto, podem também modificar o efeito da norma, e, em alguns países é possível também invalidar a norma para toda a sociedade, isso significa anular os efeitos em todo o território (WALDRON, 2006).

Já no sistema de revisão judicial fraca, os tribunais podem analisar se a norma está adequada aos direitos fundamentais, podendo concluir pela incompatibilidade da disposição com a Constituição, como ocorre no Reino Unido, contudo, a lei continuaria em vigor no país. Por meio dessa "declaração de incompatibilidade", poderia iniciar um processo legislativo afim de alterar a lei. E ainda em uma forma de revisão judicial mais fraca, que é por exemplo a dos tribunais da Nova Zelândia, o Poder Judiciário não pode recusar a aplicação de legislação quando viola direitos humanos, mas podem se esforçar para encontrar interpretações que evitem a violação (WALDRON, 2006).

Feitas essas observações, percebe-se que a crítica de Waldron foca na revisão judicial forte e seus argumentos são condicionados. Isto significa que caso algum argumento apresentado por ele falhe, seu argumento não é válido (WALDRON, 2006).

Contudo, antes de apresenta-lo, deve-se destacar que todos devem se basear em:

> Let me lay out in summary the four assumptions I shall make. We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institututions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights (WALDRON, 2006, p. 1360)

Sobre essas condições, Waldron faz algumas observações: quando afirma a presença das instituições, elas devem estar funcionando com a eleição de

representantes democratas, isso não significa exigir que as leis aprovadas sejam justas ou boas; ou ponto é que não é razoável esperar que haja consenso sobre questões de direitos complexas ou complicadas, havendo assim escolhas.

Havendo o dissenso, cabe ao Legislativo discuti-lo e soluciona-lo. É importante que haja um mecanismo para o cidadão informar os legisladores que eles devem discutir determinado tema. Por exemplo, no Reino Unido, os tribunais podem emitir uma declaração para o parlamento, informando que há um dissenso e um tema a ser discutido.

É essencial que haja o estabelecimento de um procedimento de decisão para o Legislativo, e Waldron já destaca que nenhum procedimento será perfeito.

Neste processo decisório devem ser observadas razões relacionadas aos resultados e razões relacionadas aos processos. O primeiro aspecto visa um projeto de decisão que garanta um resultado apropriado, enquanto no segundo, em complemento, foca na pessoa que irá decidir.

No tocante as "razões resultadas com os processos", os tribunais não são adequados para decidir questões multifacetadas, cabendo na verdade aos representantes do povo decidi-las. Todavia, existe o pensamento que os membros da legislatura são movidos por interesses próprios. Para Waldron, deve-se perceber que o Poder Legislativo é formado por membros o povo, assim cria-se estruturas de representação.

Diante disso, Waldron aponta três vantagens da decisão por parte do Legislativo e não pelo Judiciário:

a) As questões de direitos são apresentadas aos juízes de primeira instância no contexto de casos específicos, mas, conforme vão sendo propostos recursos, os pontos de discussão vão ficando mais abstratos. Por isso, o legislativo estaria mais preparado para avaliar os casos.

b) A abordagem dos tribunais na questão de direito é orientada pelo texto da Declaração de Direitos, e esta forma de interpretação, pelo autor, é realizada de forma obsessiva pelos tribunais, buscando refúgios textuais para seu raciocínio, resultando na distorção do raciocínio judicial.

c) O raciocínio e a fundamentação desempenham um papel de destaque na deliberação judicial, todavia, o legislador ao representar seu povo ele cita as suas razões, logo, a fundamentação não é exclusiva dos juízes.

Nesse contexto, o autor pontua que os tribunais se preocupam mais em se adequar ao sistema de precedentes, o que é uma desvantagem para a população. Ademais, argumentos favoráveis a riqueza do argumento judicial em contraponto ao argumento legislativo é facilmente derrubada pelo exemplo de países sem revisão judicial, nos quais é impressionante a riqueza do raciocínio nos debates do legislativo.

Já nas "razões relacionadas ao processo", trata-se da legitimidade política para decidir uma questão de desacordo, com base em um procedimento. Nesse ponto o maior questionamento levantado é "por que eles [tribunais] decidem e não eu [cidadão]"? Por que proporcionam a determinadas pessoas tem mais peso do que o pensamento de outro indivíduo? A resposta a esses questionamentos são os argumentos de justiça relacionados ao princípio da maioria.

Determina-se nos Estados que os membros eleitos irão decidir, seguindo como base o princípio da maioria decisória. Assim, havendo a decisão de questões com base no apoio da maioria, haverá a justiça.

Entretanto, e quando os tribunais decidem uma questão de dissenso? Nessa situação, um pequeno grupo de pessoas não eleitas estão decidindo, eles têm mais peso de decisão do que os representantes do povo. Os membros do legislativo representam as demorarias e seus valores e são eleitos pelo povo, assim eles deveriam decidir.

Os defensores do papel decisório por parte dos magistrados, apontam que:

a) Juízes tem tal competência com base na declaração de direitos. No tocante a esse argumento, Waldron o refuta, afirmando que há divergências sobre esse direito;

b) Os juízes estão apenas impondo o pré-compromisso da própria sociedade aos direitos;

c) Se legisladores discordam da decisão judicial sobre direitos, podem fazer campanhas para alterarem.

d) Na prática, a possibilidade de revisão por parte do Judiciário pode ser mais um mecanismo a disposição do cidadão para a discussão de seus direitos.

Visando refutar tais argumentos, Waldron analisa as ideias de tirania da maioria, uma vez que há a preocupação no tocante a segurança de direitos das minorias. A tirania ocorrerá quando grupos minoritários tiverem seus direitos negados (WALDRON, 2006).

Waldron afirma que a tirania pode ocorrer tanto no parlamento como nas cortes, e será quando minorias tópicas coincidirem com as minorias decisórias (LIMA, 2018). Assim, haverá a injustiça quando os direitos e interesses das minorias estiverem subordinados aos da maioria. E tal injustiça pode ocorrer tanto pelo Legislativo como também pelo Judiciário. Mas, para o autor, ocorre uma perda democrática quando os poderes eleitos estão sujeitos à revisão judicial (WALDRON, 2006).

Percebe-se que as pessoas discordam e deve haver uma decisão final seguindo um procedimento, devendo os direitos tratados no caso serem tratados com seriedade.

Analisando esses pontos, o autor volta a afirmar que a revisão judicial consiste em uma resposta as falhas percebidas das instituições democráticas ou ao fato que os direitos não estão sendo tratados com seriedade. Sobre isso, o autor afirma que se tratam de suposições que não são irrealistas (já que existem instituições legislativas projetadas para seguir o princípio da igualdade política). Entretanto, o argumento do autor irá falhar se as maiorias decisórias estiverem infectadas com preconceito contra as minorias. O autor afirma que na prática a revisão judicial não pode fazer nada pelos direitos das minorias se não houver apoio algum na sociedade para esses direitos.

Para Waldron, a caso que prevalência da revisão judicial é baseado em uma suposição especifica, quando houver simpatia muito mais forte entre as elites políticas. Entretanto, essa ideia, para o autor, é falsa, porque as instituições eleitas prezam mais pela proteção dos direitos das minorias porque permitem o apoio popular.

Alguns apontamentos realizados pelo autor ao final do ensaio devem ser apresentados integralmente:

> Instead I have tried to show why rights-based judicial review is inappropriate for reasonably democratic societies whose main problem is not that their legislative institutions are dysfunctional but that their members disagree about rights. Disagreement about rights is not unreasonable, and people can disagree about rights while still taking rights seriously. In these circumstances, they need to adopt procedures for

> resolving their disagreements that respect the voices and opinions of the persons - in their millions - whose rights are at stake in these disagreements and treat them as equals in the process. At the same time, they must ensure that these procedures address, in a responsible an deliberative fashion, the tough and complex issues that rights-disagreements raise. Ordinary legislative procedures can do this, I have argued, and an additional layer of final review by courts adds little to the process except a rather insulting form of disenfranchisement and a legalistic obfuscation of the moral issues at stake in our disagreements about rights (WALDRON, 2006, p. 1406)

Diante disso, percebe-se que no tocante a atuação do legislativo, Waldron defende que quando perspectivas diferentes são apresentadas em uma deliberação coletiva, o processo de tomada de decisão será melhor informado e atinge um resultado substancialmente mais adequado do que o tomado por uma única pessoa (LIMA, 2018). Contudo, deve-se destacar que para haver essa ampla discussão deve haver uma pluralidade de representação no sistema eleitoral.

O legislativo assim, para Waldron, tem a tarefa de criação e modificação do direito, o que garante o pleno funcionamento da democracia. Todavia, a ampla atuação da revisão judicial, para Waldron, decorre da ideia que o Poder Legislativo falhou em decidir. Mas o autor contra-argumenta, que os tribunais utilizam o mesmo método de decisão, contudo sem serem representantes do povo (LIMA, 2018).

Para Waldron, a melhor forma de decisão é por meio a regra majoritária de maioria simples, posicionando-se contrário as regras de maioria qualificada por viola o tratamento equânime dos participantes.

Após essa breve apresentação das ideias de Waldron, percebe-se que para a ideia central do filósofo ser válida, e alguns pressupostos são necessários. Transpondo para a realidade nacional, nota-se que há a existência e pleno funcionamento de todas as instituições democráticas, contudo a representação política da pluralidade de grupos que formam a sociedade brasileira ainda é deficitária. Isso resulta na dificuldade de grupos minoritários conseguirem aprovações de mudanças legislativas fundamentais para a concretização dos seus direitos.

Frente a isso, percebe-se que, no campo dos Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel fundamental para garantir e efetivar os direitos fundamentais dos grupos vulneráveis da sociedade. Assim, o seguinte tópico analisa dois julgados importantíssimos em matéria de Direitos Humanos que foram proferidos pelo STF.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988 estipula direitos e princípios que foram o Estado Democrático de Direito, tais direitos não podem ser supridos, uma vez que estão inseridos como cláusulas pétreas.

Nesse contexto, Oscar Vilhena Vieira (2018), aponta que os Tribunais atuam como uma ferramenta para garantir a aplicação e existência da Constituição, ademais a corte deve resolver os problemas decorrente da falta de clareza das normas constitucionais e eventuais conflitos que possam surgir (VIEIRA, 2018)

Na história do STF, desde o processo de transição da democracia, é nítida a mudança na forma de atuação desse tribunal, atuando em um primeiro momento com uma postura mais omissão, depois adotou um comportamento mais deferente, e por fim, atualmente encontra-se com uma postura mais responsiva.

Nos últimos anos, diversos temas importantes envolvendo direitos fundamentais foram judicializados, cabendo aos ministros do STF soluciona-los. Assim, "O Supremo tornou-se uma espécie de seguro contra as incertezas trazidas pelo novo texto constitucional" (VIEIRA, 2018, p. 165).

Tendo em vista essa realidade, José Rodrigo Rodriguez afirma sobre mudança do rigor da argumentação do tribunal:

> O poder personalista e irracional da jurisdição vai dando lugar a uma demanda crescente por justificação, ou seja, uma demanda pela alteração do sentido da fundamentação, que pode vir a ter impacto sobre a definição das características mais gerais da atuação de nossas instituições. O processo ainda está em aberto, mas ele tem potencial para alterar todo o panorama do pensamento jurídico brasileiro, além do padrão de funcionamento de nosso direito (RODRIGUEZ, 2013, p. 106).

Feito esses breves comentários, deve-se analisar os dois casos selecionados nesse artigo: possibilidade de aborto quando a gravidez for de feto anencéfalo e a criminalização da homofobia.

Uma das ações que deve ser observada nesse estudo é sobre a possibilidade de interrupção da gestação quando o feto for anecéfalo. Pelo texto legal, o aborto é considerado crime, exceto no caso de risco de vida para a mulher e gravidez resultante de estupro. Demais casos de interrupção voluntária da gravidez são considerados crime.

O tema do aborto envolve a discussão do direito à vida do feto *versus* a liberdade da mulher e seus direitos reprodutivos e sexuais. Ademais, é um tema que envolve muita discussão social, tendo em vista esbarrar em questões religiosas e filosóficas. Tendo em vista a formação atual do Congresso Nacional brasileiro, o tema do aborto tornou-se muito politizado no Brasil e encontra vários entraves para ser devidamente discutido no campo legislativo.

Debora Diniz e Ana Cristina Gonzalez Vélez apontam alguns argumentos que envolvem as discussões sobre o aborto de feto anencéfalo:

> Os principais argumentos morais contrários à legalização do aborto no Brasil amparam-se em valores cristãos sobre o sentido da existência ou do início da vida. Muito embora uma democracia laica não necessite de consenso religioso sobre essa matéria para legalizar o aborto, o debate sobre a anencefalia foi capaz de suplantar o dilema moral paralisante sobre a moralidade do aborto ao atestar a inviabilidade fetal. A superação da retórica tradicional que sustenta a imoralidade do aborto no pressuposto de que seria um ato contra uma vida em potencial permitiu que novos argumentos éticos fossem colocados na mesa de discussões políticas. (DINIZ; VÉLEZ, 2008, p. 648)

Diante disso, percebe-se que no cenário legislativo brasileiro não houve nenhuma mudança concreta buscando resguardar os direitos das mulheres gestantes de fetos anencéfalos. No caso da anencefalia deve-se pontuar que a criança que irá nascer, devido a ausência de cérebro, ou nascerá morta ou viverá até poucos dias, sem nenhuma condição de manter-se viva. Assim, percebe-se que a impossibilidade da mulher realizar o aborto e encerrar uma gravidez sem futuro, apenas gerava a ela grande abalo psicológico.

Em decorrência da omissão do Poder Legislativo de analisar tal situação latente na sociedade brasileira, o STF foi chamado para responder a questão. Assim, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que visavam a declaração de inconstitucionalidade da interpretação que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo era configurado crime de aborto. Caso a decisão do STF fosse favorável, haveria a expansão do rol de hipóteses do aborto legal no Brasil.

Nesse caso o ministro relator era o Ministro Marco Aurélio que terminou uma audiência pública para debater o tema, se o plenário do STF compreendesse pela admissibilidade da ação. Em 2004, os ministros julgaram favoráveis a admissibilidade da ação, permitindo a realização da audiência pública.

A audiência pública ocorreu em setembro de 2018, e contou com a presença de 22 instituições, nas quais 60% eram favores a ação e 30% contra. O Poder Legislativo participou da ação apresentando argumentos para os dois votos (CARVALHO, 2011).

Após a audiência pública, a ação foi posta para votação do plenário. O primeiro voto foi proferido pelo ministro relato, Marco Aurélio, que se posicionou favorável ao aborto, entendendo que nesse caso a vida do feto não era possível, logo, ele nunca se tornaria uma pessoa, não tendo, consequentemente, proteção estatal.

É oportuno, citar alguns trechos do voto do ministro relator, Marco Aurélio. Primeiramente, o ministro realizou uma análise da finalidade da tutela penal atinente ao aborto e proteção da integridade psicofísica da mulher:

> É de conhecimento corrente que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina. A literalidade do Código Penal de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante –, estabeleceu como impunível o aborto provocado em gestação oriunda de estupro, ou seja, quando o feto é plenamente viável (BRASIL, 2012, p. 25).

Outro ponto muito interessante, é que o ministro Marco Aurélio destaca que o Comitê de Direitos Humanos da ONU já compreendia a favor da interrupção da gravidez nessa situação:

> Esse foi o entendimento endossado pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Em decisão histórica, proferida em novembro de 2005, no "Caso K.L. contra Peru", o Comitê assentou equiparar-se à tortura obrigar uma mulher a levar adiante a gestação de um feto anencéfalo (BRASIL, 2012, p. 34).

A votação foi concluída com 8 ministros votando a favor do aborto contra 2 ministros que se posicionaram contra. Os ministros que acompanharam o relator foram: Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello. Já os ministros que votaram contra: Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. O ministro Dias Toffoli se declarou

impedido de participar do julgamento porque participou do processo quando era Advogado-Geral da União.

Por meio desse caso, o STF autorizou judicialmente mais uma modalidade de aborto legal, além dos casos previstos em lei.

Outro julgamento muito importante foi realizado sobre a criminalização da homofobia e transfobia como crimes de racismo. Essas condutas não eram criminalizadas, percebe-se assim que este grupo vulnerável, formado por pessoas do grupo LGBTI+, estava totalmente desamparado de uma proteção contra violações sofridas por sua orientação sexual e sua vida.

Diante da falta de criminalização da conduta e a existência de violências contra esses indivíduos, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, cujo relator era o ministro Celso de Melo, e o Mandado de Injunção n. 4733. Nessas ações, o objetivo era reconhecer que o Congresso Nacional foi omisso no tocante a resguardar os direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTI+ e, frente a isso, que as condutas violentas configuradas como homofóbicas e transfóbicas fossem consideradas crimes. Por maioria (oito votos contra três votos), a Corte equiparou a homofobia e transfobia aos crimes previstos na Lei 7.716.

É muito interessante que na decisão, a maioria dos ministros compreendeu que houve uma omissão do Estado em proteger esses grupos, decidindo que houve "mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição". E sobre esse ponto, é oportuno citar algumas afirmações apresentadas pelo ministro relator Celso de Mello:

> A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que , mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (BRASIL, 2019, p. 51)
>
> – Nada mais nocivo , perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno

> de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade (BRASIL, 2019, p. 52).

Diante disso, fica evidente que o Poder Legislativo não concedeu a resposta apropriada para zelar pelos direitos dos integrantes desse grupo vulnerável e minoritário. Dada a ausência legislativa, visando resguardar aos direitos fundamentais previstos no texto Constitucional, o Poder Judiciário teve que atuar e assim se afirmar um dos valores máximos da Carta Magna, todos os indivíduos têm direitos fundamentais e o Estado deve zelar pela sua proteção.

Assim, a atuação do STF nesses dois casos, e destaca-se no campo dos Direitos Humanos, foi essencial para concretizar os valores defendidos pelo Estado Democrático de Direito. Dessa forma, deve-se haver a atuação dos poderes, caso um poder não haja, deve haver a possibilidade de outro auxiliar, dentro de limites legais, visando proteger sempre o indivíduo.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado uma atividade essencial no tocante a proteção dos Direitos Humanos. Os dois casos apresentados mostram claramente que não houve uma resposta adequada por parte do Poder Legislativo, sendo necessário então haver um pedido de atuação por parte da Suprema Corte Brasileira.

No caso específico da criminalização da homofobia, a Corte reconhece que houve uma omissão por parte do Poder Legislativo de não tratar do assunto. Assim, há a oportunidade de os representantes do povo atuarem, contudo, eles se omitem. Diante desse quadro, não é possível que grupos minoritários e vulneráveis fiquem desprotegidos, sem seus direitos fundamentais e humanos tutelados. Então, o ato realizado pelo STF apenas reafirma o seu compromisso de garantir todos os direitos a todos os brasileiros, conforme emana a Constituição Federal.

As críticas realizadas por Jeremy Waldron, apesar muito interessantes, não se enquadram devidamente no cenário brasileiro, tendo em vista as suas particularidades. O Congresso Nacional não consegue representar a pluralidade que forma a sociedade e os debates nem sempre são tão aprofundados como em outros países, mas sim com diversos argumentos morais e religiosos.

Assim, conclui-se que a atuação do STF é pertinente e adequada ao Estado Democrático de Direito, no campo dos Direitos Humanos não há qualquer violação aos princípios democráticos, mas sim atua com o intuito de reafirmar princípios e valores constitucionais. Então, o regime democrático e a separação de poderes estão sendo respeitadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. De 12/04/2012. Disponível em: < https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2015/6/art20150603-07.pdf>. Acesso em: 27 nov 2020.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 – Distrito Federal**. Voto do ministro Celso de Mello. Data: 20/02/2019. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>. Acesso em: 27 nov 2020.

CARVALHO, Flávia Martins de. Audiência pública tenta legitimar decisão sobre aborto. **Conjur**. Publicado em 17 mai 2011. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2011-mai-17/audiencia-publica-tenta-democratizar-decisao-aborto-anencefalo>. Acesso em: 3 nov 2020.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª Ed., Rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014). São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DE LA ROSA, Yezid Carrilo. Derecho y argumentación. El puesto de la razón en la fundamentación de las decisiones judiciales. In: ZAMORA, Jorge Luís Fabra; VAQUERO, Alvaro Núñez (coord.). **Enciclopedia de filosofia y teoria del derecho**. 2015. p. 325.

DINIZ, Debora; VELEZ, Ana Cristina Gonzalez. Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis , v. 16, n. 2, p. 647-652, Aug. 2008 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-

026X2008000200019&lng=en&nrm=iso>. access on 26 Oct. 2020. https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200019.

GUASTINI, Riccardo. El realismo jurídico redefinido. **Revista Brasileira de Filosofia**. Ano 62 – vol. 240 – jan.-jun. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

LIMA, Jairo. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**. São Paulo: Lumen Iuris, 2018.

MORESO, José Juan. Positivismo jurídico contemporáneo. In: **Enciclopeia de filosofia y teoría del derecho**, v. 1, p. 171-205, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes** – Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, 115 **Yale L. J**. 2006. Disponível em: https://cddrl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf

A CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE WEIMAR (1919) E O ESTADO SOCIAL DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1931

Marco Aurelio Peri Guedes
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Professor Dr. Adjunto de Direito Público, DCJUR-IM, Nova Iguaçu, Brasil, marcoguedes3@gmail.com

Resumo: Este trabalho tem por objetivo analisar o surgimento do Estado social de Direito na Espanha, sob a égide da Constituição espanhola de 1931. Por ser um estudo de Direito Comparado, será empregado o método funcionalista, em uma comparação nos planos macro e micro. O ponto de partida são as Revoluções Industrial inglesa e a Revolução Francesa (1789) em suas linhas fundamentais, que provocaram inúmeras transformações na ordem socioeconômica europeia no século XIX. O foco então é direcionado à Alemanha, da formação do *Zollverein* nos idos de 1850 até a primeira unificação em 1870, passando pela legislação social de Bismarck e seu *Sozialstaat* até chegar à Primeira Guerra Mundial e à Constituição de Weimar de 1919. Com estes elementos, é feita uma macrocomparação com o Estado espanhol e seu constitucionalismo no século XIX, para então analisarmos a Segunda República espanhola e sua Constituição de 1931. Finalmente, em termos microcomparativos são comparados dispositivos das Constituições alemã de 1919 e espanhola de 1931, nas Ordens econômica e social, a fim de apontar semelhanças entre as duas.

Palavras chave: Estado liberal. Estado social. Direitos sociais. Constituição de Weimar (1919). Constituição espanhola (1931).

INTRODUÇÃO

O século XIX na Europa fica marcado pela consagração dos valores do liberalismo político-econômico em muitas das Constituições, expressa nas liberdades públicas fundamentais. Este foi o período de consolidação do projeto político liberal-burguês que havia triunfado sobre as monarquias do antigo regime, notadamente após a Revolução francesa de 1789. Inobstante a derrota de Napoleão Bonaparte em Waterloo (1815), as campanhas napoleônicas haviam difundido os valores liberais por grande parte da Europa. Do choque entre as ideias liberais e os valores absolutistas surgiram mudanças em muitas monarquias, que assistiram ao inevitável nascimento do constitucionalismo e com ele, o florescer de inúmeras Constituições assegurando a proteção da liberdade, propriedade e outras liberdades públicas. A formalização constitucional destas

liberdades públicas delineou o Estado liberal naquele século, não interventor na ordem socioeconômica, em muito devido ao pensamento predominante das forças econômicas pautadas pelo primevo capitalismo industrial. Entre avanços e recuos causados por movimentos restauracionistas na órbita política, o projeto de Estado liberal não atravessa o século sem críticas aos efeitos deletérios do absenteísmo estatal na ordem socioeconômica.

Das sucessivas crises do Estado liberal por toda a Europa, haveria de surgir um novo desenho político-institucional para o Estado, renovando o pacto fundamental e estabelecendo novas relações entre o Estado e a sociedade. A última quadra do século XIX registra os sintomas mais graves, em muito notados pela tíbia resposta aos inúmeros problemas sociais com a edição de esparsa legislação social em muitos países. A Primeira Guerra Mundial (1914-1918) assinala o momento de transição do Estado liberal ao Estado social, pois foi durante ou depois do conflito que surgiram as designadas Constituições sociais a formalizar no plano constitucional novos direitos às liberdades fundamentais.

A efeméride de 11 de agosto de 2019 assinala a passagem do primeiro centenário da promulgação da Constituição alemã de Weimar, a mais expressiva das pioneiras Constituições sociais promulgadas na primeira quadra do século XX. Ao lado da Constituição mexicana de 1917 e da Russa de 1918, inaugurou o ciclo do denominado constitucionalismo social. As três foram o resultado das transformações socioeconômicas ocorridas na Europa desde os primeiros momentos da Revolução Industrial inglesa, nos idos de 1750. A dimensão histórica desta Constituição alemã ainda está por ser de todo compreendida, pois suas repercussões ainda se fazem sentir na dogmática constitucional contemporânea. O estudo destas Constituições deve ser antecedido de leitura da História do período que lhes antecede, devendo-se atentar ao contexto em que se desenvolvem e ao especial significado que em si trazem.

A Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919 inaugura o projeto republicano na Alemanha logo após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), trazendo em si um catálogo de novos direitos, os designados Direitos Sociais. No constitucionalismo de entreguerras, esta será a Constituição que mais influência exercerá no hemisfério ocidental – dentre as três há pouco indicadas, muito além de suas fronteiras e para além de seu tempo. Podemos citar, como exemplos, a Constituição espanhola de 1931, a portuguesa de 1933 e a brasileira de 1934, entre outras, onde sua influência se faz notar com relevo. E para além de seu tempo, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, as Constituições portuguesa de 1976,

espanhola de 1978 e brasileira de 1988, entre outras. Com estas Constituições e seus avanços configurou-se o Estado social.

O objetivo do presente trabalho é abordar em grandes linhas as transformações socioeconômicas ocorridas na Europa desde 1750 – tendo início na Revolução Industrial inglesa –; passando pela Revolução francesa (1789), pelo constitucionalismo liberal europeu decimonônico e mostrar como repercutiram no constitucionalismo social do século XX. Neste ponto, analisaremos como estas transformações ocorreram na Alemanha de Weimar, bem como analisar suas influências no surgimento do Estado social de Direito em Espanha, com sua Constituição de 09 de dezembro de 1931. Portanto, o percurso a ser abordado vai do Estado liberal (século XVIII-XIX) ao Estado social de Direito (século XX). Ao longo do século XIX as transformações na economia com aumento exponencial na geração de riqueza trouxeram repercussões no mundo do Direito. A tutela da liberdade e da propriedade haveria de ser a nota marcante deste século, tanto na Inglaterra da Revolução Industrial como em França da designada Revolução cidadã, com seus valores liberal-burgueses. De Inglaterra nos chegam as lições e ponderações de Adam Smith e John Locke sobre liberdade e propriedade. De França a limitação do poder estatal pela Constituição, o conceito de cidadania e a tutela das liberdades públicas fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão - de 26 de agosto de 1789 - assinala a vitória da burguesia sobre o absolutismo francês.

Inglaterra e França, Revolução Industrial e Revolução Francesa, Economia e Direito, riqueza e burguesia, livre comércio e contratos, liberdade e segurança jurídica, eis alguns exemplos de conceitos que passaram a fazer parte de nossas vidas cotidianas em razão das transformações socioeconômicas ocorridas desde 1750. Observar como isto ocorreu na Europa nos permitirá compreender a evolução do Constitucionalismo de primeira e segunda gerações, com seus mecanismos de tutela das liberdades e das igualdades, desde o Estado liberal em França (1789) até chegar ao Estado Social na Alemanha (1919) e na Espanha (1931). Escolhemos a Constituição espanhola de 1931, pelo fato de esta instância de investigação pós-doutoral ter sido desenvolvida junto à Universidade de Vigo, no campus avançado de Ourense – Campus da Auga, e para contribuir ao estudo dos liames constitucionais entre Alemanha e Espanha.

Assim, tendo como ponto de partida estas duas Revoluções – Inglesa (1750) e Francesa (1789), elegemos como eixo analítico a evolução constitucional dos Estados alemão e espanhol (*Schwerpunkte*) desde princípios do século XIX, sob a perspectiva de sua evolução socioeconômica. Neste percurso, apontaremos

brevemente as linhas históricas fundamentais (*Historische Grundlinien*) de seu desenvolvimento socioeconômico para em macrocomparação, indicar eventuais singularidades, semelhanças e diferenças entre ambos – núcleo comum de conceitos, valores e princípios no âmbito de seus marcos constitucionais, em uma perspectiva interdisciplinar. E assim, indicar como os dispositivos das Constituições alemã (1919) e espanhola (1931) se aproximaram dogmaticamente. Ao par do Direito Constitucional, contribuirão para este trabalho as disciplinas de Direito Comparado, Direito Romano, História Constitucional e Teoria do Estado fundamentalmente. A comparação histórica trará elementos de compreensão necessários à contextualização de suas Constituições no tempo político de cada Estado e o modelo de solução adotado[1]. Ao chegar no século XX, abordaremos a Primeira Guerra Mundial como catalisador de eventos políticos no continente europeu, e o surgimento do constitucionalismo social em Weimar. Em seguida, faremos apontamentos entre a Constituição de Weimar (1919) e a Constituição da República espanhola (1931). E daí a comparação entre alguns dispositivos das Constituições no plano da microcomparação, à luz de uma ótica funcionalista[2].

1. Da liberdade à igualdade: dois séculos de constitucionalismo.

A Inglaterra de fins do século XVIII assistirá a um ciclo de inovações técnicas e de ideias afetas à organização do trabalho e da produção que ficará conhecido como Revolução Industrial. Um dos símbolos desta revolução na economia, a máquina a vapor de James Watt com técnica superior à de seus antecessores, será mais econômica e mais eficiente que as anteriores. Rompendo os limites da força humana, a máquina a vapor aumentará a força empregada numa atividade pela otimização da energia utilizada. Sua aplicação em larga escala em fábricas e embarcações conduzirá a Inglaterra a uma era de prosperidade e riqueza sem precedentes. Em conjunto com outras inovações no mundo da técnica e aplicando-se novas ideias no âmbito da produção, o capitalismo inglês lançou as bases de uma economia de escala global. A indústria de tecidos e seus teares mecanizados ilustram a expansão desta economia global[3]. Daquele momento em diante, todos os territórios que compunham o Império britânico ampliariam a

[1] Heinen (2020, p. 178).

[2] Dutra (2020, p. 198-200).

[3] De se recordar do Tratado de Panos e Vinhos entre Inglaterra e Portugal, de princípios do século XVIII. A Inglaterra já se destacava na produção de tecidos na Europa. Em muitos momentos o tecido inglês seria contrabandeado para as colônias da América hispânica.

importação dos tecidos e outros produtos industrializados ingleses. O conceito de mercado se amplia de nacional para global[4] e ao liderar tecnologicamente estes processos Inglaterra se tornará a potência industrial dominante em todo o século XIX. O designado liberalismo clássico – a caracterizar este período em termos político-econômicos - toma forma com essa integração dos mercados nacionais em um ensaio de globalização, assemelhando-se em muito ao que realizaram os romanos no auge de seu império[5], quando então dominavam todo o mundo conhecido. Em decorrência disto, o capitalismo renovado necessitava de instrumentos e soluções jurídicas que trouxessem segurança jurídica ao comércio e ao sistema de trocas, pelo que se deu o resgate e desenvolvimento de antigos institutos do Direito Romano[6]. A base do sistema capitalista é a propriedade privada, instituto que havia se desenvolvido muito com os romanos, quando determinaram os conceitos de *possessio* e *dominium*.

De fato, na Inglaterra pós-romana a propriedade como base do sistema capitalista já havia sido tutelada na *Magna Charta Libertatis* (1215)[7], um dos mais significativos textos do Direito Constitucional, quando trata do que mais tarde seria conhecido como o princípio do *due process of law* – devido processo legal[8]. Da Filosofia Política, temos a contribuição de John Locke com seu 'Segundo tratado

[4] Global, pois assim o era o Império Britânico naquele momento, com tamanha extensão em todo o globo terrestre que se dizia que nele o sol nunca se punha.

[5] Neste sentido, consultar Blázquez (2018, p. 34): "Roma adota a livre circulação internacional terrestre e marítima de pessoas e bens entre seus domínios e se garantem assim seus interesses".

[6] Para os desenvolvimentos de institutos empresariais, comerciais e contratuais como resultado desta expansão territorial romana, consultar ainda Blázquez (2016), Blázquez (2017), Blázquez (2019a, p. 1-92) e Blázquez (2019b). O autor nos proporciona uma pesquisa profunda sobre o tema, demonstrando como ainda vivemos sob premissas estabelecidas pelos romanos.

[7] Neste sentido Ristik (2020, p. 2): "Nomeadamente, os compromissos mais importantes do rei estavam contidos no Capítulo 39, que prevê o seguinte: 'Nenhum homem livre deve ser preso, detido na prisão, **ou privado de sua propriedade**, ou de qualquer forma molestado; e não enviaremos contra ele, nem agiremos contra ele, a não ser pelo juízo legal de seus pares ou pela lei da terra'. Neste capítulo, o rei João concordou que, no futuro, ele não privaria o homem livre de suas vidas, liberdades ou propriedades, a menos que isso fosse exigido pelas leis existentes e adequadas e, então, somente de acordo com procedimentos justos e adequados" [Grifo nosso].

[8] Mais tarde, este princípio seria consagrado no constitucionalismo norte-americano, na Quinta Emenda à Constituição norte-americana de 1787: "[...] ninguém será [...] privado de vida, liberdade ou propriedade, sem o **devido processo legal**" [Grifo nosso]. A Quinta Emenda, portanto, é corolário das garantias e procedimentos da Magna Carta, na forma da "[...] lei da terra".

de Governo Civil' publicado pela primeira vez em 1689, discorrendo sobre as origens da propriedade e embasando o Estado liberal. Para Locke a propriedade é um direito natural do indivíduo e sua aquisição se dá pelo trabalho empregado na terra[9]. A transição do estado de natureza para o estado civil teria sido motivada pela necessária tutela da propriedade. Daí os homens serem levados a celebrar um pacto em razão do qual o Estado surge, tendo como objetivos fundamentais a proteção da vida e da propriedade – em um sentido amplo. Posteriormente, este pensamento seria reforçado por Adam Smith com sua obra 'A riqueza das nações', publicada em 1776, discorre sobre como o comércio e as trocas fazem parte da vida no concerto das nações, pois nenhuma nação em qualquer momento da história foi – ou é - autossuficiente em tudo. A teoria explicativa de Locke para o surgimento do Estado ensejaria muitas das críticas de Marx, pois para este o Estado teria sido uma invenção da burguesia para a proteção da propriedade e dos meios de produção, mantendo um estado de desigualdade iniciado com o pacto fundamental de transição do estado de natureza.

A Revolução Industrial foi o corolário de todas estas reflexões e contribuições provenientes de distintas áreas do engenho humano – da técnica às ciências sociais, que naquele momento convergiram e criaram uma sinergia singular. Novas técnicas, a maneira de pensar a propriedade e o novos modos de produção pela divisão do trabalho – sempre mais, melhor e mais barato – abriram um novo capítulo na história da Economia e dos Estados[10]. A era da manufatura havia passado. A máquina dominaria o ambiente da produção, por trabalhar de forma regular, contínua e incansavelmente. O homem a si ficaria subordinado, assistindo e assegurando o seu funcionamento contínuo, em distintos turnos de trabalho. As fábricas atrairiam mão-de-obra do interior – pelas constantes limitações ao trabalho na terra, provocando o ocaso lento da aristocracia rural e causando o surgimento do proletariado urbano. A população que migra do campo às cidades formaria o exército de mão-de-obra disponível, em excesso, a induzir por sua vez à baixa remuneração dos operários. De um lado, essa população encontraria precárias condições de vida no meio urbano, pelo que haveria um aumento da pobreza, doenças, criminalidade e prostituição. De outro lado, a produção excedente em Inglaterra teria que ser distribuída em novos mercados e isto seria feito através do comércio além-mar[11]. O comércio, portanto, que

[9] Neste sentido, consultar Martins (2020).

[10] Consultar Soares (2020, p. 6).

[11] Inclusive, através de práticas de contrabando nos territórios de Nova Espanha, na América Latina ao longo do século XIX. Ou ainda, através de antigas práticas

compõe item estratégico na pauta dos Estados, deveria ser incentivado e protegido. Como outrora já haviam feito os romanos e agora o fariam os ingleses. Deste modo, os conceitos de liberdade, propriedade, comércio e indústria seriam contribuições inglesas ao capitalismo nos séculos XVIII e XIX. Mas, este novo mundo não regulado em muito de seus aspectos traria desdobramentos e reveses mais adiante, com as desigualdades socioeconômicas já se manifestando[12].

Do outro lado do Canal da Mancha, os franceses produziam mudanças à sua maneira. A burguesia comercial que surgira nas grandes cidades e se ampliara nos séculos XVI-XVIII cansara-se de contribuir à manutenção da Corte com elevados tributos. Havia pobreza nos campos e nas cidades. O excesso de leis - muitas ainda do medievo, dificultavam as trocas e o comércio. E, nos idos de 1780 o clima havia prejudicado as colheitas. A fome chega às cidades pela escassez de alimentos. A burguesia enxerga uma oportunidade e movimenta-se contra o Antigo Regime. A massa popular dos *sans culottes* é mobilizada e volta-se contra os nobres e o Rei. A 14 de julho de 1789 ocorre o evento deflagrador da Revolução Francesa: a queda da Bastilha[13]. Os eventos subsequentes demonstrariam a fragilidade de a monarquia francesa se defender, em muito desgastada pelos seus excessos e luxos, como ficou comprovado com a tomada do Palácio de Versalhes.

Como certidão de nascimento da I República francesa é elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. A Declaração enumera os direitos fundamentais do cidadão, sob o mote revolucionário de 'Liberdade, Igualdade e Fraternidade', entre eles a propriedade em seu artigo 2º [14] como um valor caro à burguesia. Outros direitos são as

diplomáticas pouco justas com alguns de seus aliados, como foi o caso do Tratado de Panos e Vinhos com Portugal – Tratado de Methuen, que vigorou entre 1703 e 1836. Por este tratado Portugal como que renunciou a desenvolver sua indústria têxtil, permitindo também o acesso inglês às colônias portuguesas, notadamente o Brasil. Sobre o excedente na produção, na teoria de Adam Smith, consultar Borba (2020, p. 3).

[12] Cuenca (2000, p. 40) destaca as primeiras peças de legislação laboral protetiva em Inglaterra em 1802 (trabalho infantil em fábricas de algodão), 1819, 1833, 1842 (Lei de Minas), 1844, 1864 e 1878; tratando de condições de trabalho, horários de trabalho, descanso hebdomadário, etc.

[13] Da relação entre Revolução Industrial na Inglaterra e Revolução Francesa, consultar De Lima (2020, p. 5).

[14] Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão e artigo 17º- Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública

liberdades de circulação, de expressão e de pensamento, a aplicação de penas justas e motivadas, a separação de poderes, a responsabilização dos agentes públicos no trato da coisa pública. Como observa Saldanha (1983), a burguesia toma o poder com ajuda do povo e substitui a aristocracia, passando com o tempo a beneficiar-se também de privilégios. Em França, portanto, avançaria o Direito Constitucional como dogmática[15] tendo como objetivo instruir as novas gerações sobre o valor das conquistas da Revolução, como a liberdade e a Constituição. Neste momento inicial, em razão do anterior Antigo Regime, a tutela da liberdade recebe maior atenção. As desigualdades sociais permaneciam, sem merecer maiores considerações, até porque incipientes. Naquele momento o inimigo maior a ser combatido era o absolutismo, supostamente o causador da pobreza e das desigualdades.

Na Inglaterra, a proliferação das fábricas nas grandes cidades expõe o outro lado do capitalismo naquele momento. O trabalho e suas relações não eram regulados pelo Estado, pelo que são comuns os registros históricos de jornadas de trabalhos superiores a doze horas, o emprego de crianças e mulheres nas fábricas em atividades perigosas e de risco, as condições insalubres no ambiente de trabalho e os baixos salários. Adicionando-se a isto a fome e as doenças que acometem boa parte da mão-de-obra disponível pelas precárias condições habitacionais e sanitárias, pode-se constatar que os trabalhadores estavam submetidos a condições extremas e desumanas. É com base nestas condições, que logo serão um cenário comum por toda a Europa, que surgirão críticas ao liberalismo econômico como modelo de organização econômica. A designada 'mão invisível do mercado' não corrige estas distorções[16]. Pelo que, em 21 de fevereiro de 1848 é publicado pela primeira vez o 'Manifesto Comunista', de Karl Marx. O manifesto analisava criticamente a ordem econômica estabelecida e exortava os trabalhadores a se unirem por melhores condições de trabalho. Para Marx, a classe operária deveria unir-se e tomar o poder, apropriando-se dos meios de produção e coletivizando a propriedade. Esta seria a única forma de eliminar

legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização. Também neste sentido Agesta (1978, p. 484): "[...] as pobres classes médias que um século antes inventaram o constitucionalismo como instrumento de poder de quem cria possuir, com a propriedade, a capacidade intelectual e a independência".

[15] Em 1834 seria fundada a Cátedra da disciplina na Universidade de Paris, por François Guizot.

[16] Sobre a Teoria do Livre Comércio e a 'mão invisível do mercado', consultar Borba (2020, p. 10 e 14).

as desigualdades sociais. O Estado deveria ter um papel mais ativo neste processo inicial, para que ulteriormente ele mesmo deixasse de existir. Portanto, o marxismo se coloca como oponente conceitual do Estado em sua essência. Ao par do 'Manifesto' de Marx, os idos de 1840-1848 também foi um período marcado por Revoluções liberais em todo o centro europeu[17], em muito motivadas pela pobreza e contra o absolutismo restaurado após o Congresso de Viena de 1815[18].

O Estado de Direito (*Rechtsstaat*) que desde princípios do século XVIII se delineava não apresentava ferramentas para lidar com as novas realidades sociais. Seu propósito conceitual era limitar o poder soberano do Estado, submetendo cidadãos e seus mandatários ao império da lei, e depois da Constituição como lei fundamental do Estado. E, portanto, as desigualdades sociais surgidas com a Revolução Industrial permaneceriam uma ferida aberta nas sociedades europeias ao longo de todo o século XIX, mobilizando trabalhadores em vários países pela criação de sindicatos e partidos operários. O Estado Liberal evoluía ao largo destas situações. No centro da Europa, onde se encontra atualmente a Alemanha, a Prússia ascendia como potência, desafiando a Áustria como potência militar no centro-leste europeu. Em 1834, por sua iniciativa, é criado o *Zollverein* – ou União Aduaneira[19], primeiro estágio de integração econômica entre os trinta e nove principais Estados germânicos para futura unidade política. O *Zollverein* teve como resultado uma rápida industrialização naqueles Estados, pelo que já nos idos de 1860 o chanceler prussiano Otto von Bismarck já notara os movimentos operários como outra ameaça ao Estado prussiano, além da Áustria e da *Kulturkampf* promovida em face das influências da Igreja Católica no Estado. A sua resposta para as questões sociais seria o *Sozialstaat* – ou socialismo de Estado, conjunto de leis de conteúdo social[20] objetivando mitigar os efeitos da pobreza entre os

[17] Consultar Sigmann (1985, pp. 80-95). Em Espanha não houve mais que uns pronunciamentos e movimentos de parte de alguns grupos militares (AGESTA, 1978, p. 397).

[18] Consultar Brunn (1992, p. 15-20).

[19] Sobre o *Zollverein* – ou Liga Aduaneira - consultar Koch (1984, p. 87).

[20] Segundo Guedes (1998, p. 28): "Em 1883 é criado o Seguro de Saúde e Responsabilidade Civil; em 1884 é promulgada uma Lei de Seguro contra Acidentes; em 1889 é promulgada uma Lei de Amparo à Velhice e a Invalidez; em 1891 é criada ampla Legislação de Proteção ao Trabalho". Neste sentido Stolper (1942, p. 77) destaca que a ideia de reforma social teria se originado em países de tradição industrial mais longeva, notadamente a Inglaterra, mas que na Alemanha se transformou numa filosofia social. Cuenca (2000, p. 35) destaca uma aliança entre os socialistas de Ferdinand Lassale e Otto von Bismarck pela unificação da Alemanha, em troca desta legislação social.

trabalhadores[21]. Estavam lançadas as sementes históricas do Estado Social. Todo este introito histórico é imprescindível, pois como resume bem Solé Tura (2000, p. 118-119):

> A história constitucional de um país não se pode explicar unicamente através das Constituições. [...]. [...] é imprescindível ter em conta os diversos aspectos da realidade político-ideológica, [...]. Finalmente, há que se introduzir continuamente na explicação da história constitucional o elemento internacional.

Em Espanha, a chegada das tropas francesas e seus desdobramentos políticos fazem surgir o constitucionalismo espanhol na primeira quadra do século XIX. O ponto deflagrador teria sido a outorga do Estatuto de Bayona (1808)[22], que em seu Título XIII reunia alguns dos princípios fundamentais do liberalismo, ainda incipiente na Espanha[23]. A elevação ao trono de José Bonaparte como Rei de Espanha mobiliza a nação espanhola em lutas de resistência aos invasores. Foi em meio à chamada Guerra Peninsular (1807-1814) em Espanha que em vários locais houve a criação de Juntas, a fim de deliberar assuntos relativos à resistência e posterior reconstrução do Estado. Uma das correntes deliberou pela elaboração de uma Constituição. Influenciada pelo iluminismo francês, a Constituição de Cádiz (1812) foi um projeto liberal que resultou malsucedido no intento de limitar o absolutismo espanhol[24], mas este documento marca o surgimento do

[21] Neste sentido, consultar Guedes (1998, p. 28).

[22] Del Moral (2009, p. 20). O autor mostra a divisão na sociedade espanhola. O texto continha 146 artigos e foi, na verdade "[...] uma Carta outorgada" (DEL MORAL, 2009, p. 40). Redigido sob orientação de Napoleão, por representantes espanhóis dos altos estamentos, foi paradoxal ao trazer em seu artigo 1º a seguinte proclamação: "A religião Católica, Apostólica e Romana em Espanha e em todas as possessões espanholas, será a religião do Rei e da Nação e não se permitirá nenhuma outra". Napoleão, o filho da Revolução, permite a continuidade do Estado confessional em Espanha. Acrescenta o autor (p. 28) que "O texto de 1808 estabelecia pela primeira vez em Espanha uma monarquia de caráter limitado, [...]". Consultar também Solé Tura (2000, p. 11).

[23] Como, por exemplo: inviolabilidade de domicílio (artigo 126), *habeas corpus* (artigo 130), abolição da pena de tormento (artigo 133), igualdade de trato fiscal sem distinção de classes (artigo 140).

[24] Suanzes-Carpegna (2020, p. 263): "Constituição de Cádiz mal entrou em vigor e, logo deixou de vigorar, pois em maio de 1814, quando Fernando VII de volta do exílio francês, anulou a Constituição junto a todos os decretos aprovados pelas Cortes". Para Del Moral (2009, p 22) isto se deve ao fato de que em Espanha naquele momento não haver uma burguesia como em Inglaterra ou França, tanto que o movimento de ilustração estava sendo conduzido pela aristocracia, que buscava tornar-se "[...] uma sociedade estamental modernizada" (DEL MORAL, 2009, p. 21 e 45-76). A

constitucionalismo na Espanha e na Península Ibérica. Como anota Solé Tura (2000, p. 17) "Os poderes do monarca na Constituição estão inspirados pela desconfiança ante o possível retorno ao absolutismo". Havia um certo equilíbrio entre as partes conflitantes, pelo que o conflito entre liberais e absolutistas espanhóis prosseguiria indefinido nas décadas seguintes[25].

A Constituição de Cádiz resultou num texto extenso, com trezentos e oitenta e quatro artigos, organizados em dez Títulos, um dos mais extensos da História constitucional espanhola. Neste período ocorreram as Guerras de Independência dos territórios de Nova Espanha na América Latina, que esgotaram os recursos do tesouro. Para um Estado eminentemente agrário, o cenário econômico era desolador. A Guerra Peninsular havia trazido grande destruição e milhares de mortos. A vigência do texto de Cádiz foi muito curta, se aplicando apenas no período da Guerra Peninsular e um pouco depois. Entre avanços e recuos, em 1823 tem-se a restauração do absolutismo com Fernando VII, que declara nula a Constituição.

Em seguida, o chamado Período Isabelino (1833-1868) compõe-se do Estatuto Real (1834)[26], da Constituição de 1837 que foi "[...] uma Constituição transacional, fruto de um pacto político entre os dois grandes partidos liberais, o progressista e o moderado" [27], da Constituição de 1845[28] e 1856[29]. A Constituição de 1869 teve uma breve vivência republicana, refletindo o chamado Sextênio

Constituição era extensa e continha 384 artigos. De Cádiz, consultar também Solé Tura (2000, p. 13-23).

[25] Neste sentido destaco que "[...] houve uma revolução burguesa, [...] de forma descontinuada, como permitiram as circunstâncias, com avanços, retrocessos e longos períodos de letargia real ou aparente" (DEL MORAL, 2009, p. 24).

[26] Segundo Santos (2008, p. 163-168) era um texto de apenas cinquenta e cinco artigos, em cinco Títulos no texto principal e mais dez nas Disposições Gerais e Transitórias. Carecia de uma declaração de direitos e regulava basicamente as relações das Cortes com o Rei.

[27] Suanzes-Carpegna (2020, p. 263).

[28] Suanzes-Carpegna (2020, p. 269): "Muito em particular no texto de 1845, se configurava a doutrina da soberania compartilhada entre o rei e as Cortes e a concepção jovellanista de uma constituição histórica da Espanha, não necessariamente escrita, anterior e superior ao texto constitucional". Consultar também Solé Tura (2000, p. 41): "Tudo isso conduzirá, como veremos, à hegemonia constitucional do monarca e a direção política do Estado por uma reduzida oligarquia, política e social".

[29] Conhecida como 'Constituição não nascida', pois não entrou em vigor. Consultar também Solé Tura (2000, p. 50-52). Sobre esta Constituição consultar também González (1999, p. 459).

revolucionário (1868-1874). Neste momento, destronou-se Isabel II e entronizou-se a Dinastia de Savoia, resultando posteriormente na chamada Primeira República, igualmente breve. Para Solé Tura (2000, p. 57): "A Constituição de 1869 pode ser considerada a primeira Constituição democrática de nossa história, precedendo em várias décadas conquistas semelhantes de outros países europeus". Era "[...] marcadamente liberal, das mais avançadas da Europa naquela data" (DEL MORAL, 2009, p. 147), porém "[...] foi traída por uma classe política monárquica e foi tolerada por um Exército também monárquico" (DEL MORAL, 2009, p. 150)[30]. É sob sua vigência que evolui a questão social espanhola, também chamada na altura de "[...] questão pavorosa, [...], a qual se define como um antagonismo entre o capital e o trabalho" (AGESTA, 1978, p. 416)[31]. Em 1873 foi elaborado um Projeto de Constituição que as Cortes debateram mas não tiveram tempo hábil para aprovar. Para Solé Tura (2000, p. 65) "Seu maior interesse reside na estrutura federal que propõe" [32]. A Constituição de 1876 assinala o período da Restauração (1874-1931), apenas reafirmando o poder da coroa espanhola, com limitados avanços constitucionais[33]. O nome da política espanhola neste momento é Antonio Cánovas del Castillo, articulador político que exerceu influência na elaboração desta Constituição. O atraso do constitucionalismo no século XIX era um reflexo da realidade socioeconômica espanhola, podendo ser definida como agrária, arcaica e estamental (DEL MORAL, 2009, p.23-24), sem uma significativa burguesia ilustrada a difundir os valores liberais. Há que se destacar os movimentos políticos das oligarquias e do caciquismo neste período[34], influenciando as eleições e o jogo político. E até 1869 não se podia falar em um autêntico movimento operário espanhol[35]. Em meio a este contexto histórico de desigualdade social, registra Suanzes-Carpegna (2020b, p.4) a irrupção de um

[30] Mais do que isso, na ocasião tentou-se implantar um projeto federal para o Estado, que não logrou êxito. Neste sentido consultar Del Moral (2009, p. 152).

[31] Da expansão do movimento operário neste período à luz da liberdade de associação, consultar Agesta (1978, p. 416).

[32] Santos (2008, p. 356): "Artigo 39 - A forma de governo da Nação espanhola é a República federal".

[33] Para Del Moral (2009, p. 161): "Se trata de uma Constituição breve, flexível e elástica". Consultar também Solé Tura (2000, p. 70-74).

[34] Sobre o funcionamento do sistema oligárquico-caciquista e seus métodos para conseguir maioria nas eleições, nas cidades e no campo, consultar Solé Tura (2000, p. 75-79) e Agesta (1978, p. 184-191).

[35] Consultar Agesta (1978, p. 396).

organizado movimento operário, tal qual ocorria na Alemanha. Solé Tura (2000, p. 75) é mais contundente em sua análise:

> As características mais importantes do desenvolvimento capitalista que gera o regime da restauração residem na maior exploração, em comparação com a Europa ocidental, de que padece a classe operária e o campesinato espanhol, e na aproximação entre a oligarquia agrária e a burguesia industrial, tanto a nível político como econômico.

Os grupos em confronto dividiam-se de monarquistas a republicanos, moderados, progressistas ou democratas[36]. Assim, segundo anota Del Moral (2009, p. 175):

> Em Espanha, segundo Jover, dadas as estruturas econômicas e sociais vigentes e dada sua trajetória política durante o século XIX (isto é: sua deficiente revolução burguesa e o habitual recurso ao Exército), o empenho de Cánovas, consistente num regime constitucional com a concórdia de partidos que antanho haviam se combatido, só era possível com uma profunda reforma social e econômica ou falseando o sistema político. Tão logo se fez a reforma; seguiu-se preferencialmente a segunda opção, [...].

Cánovas era o líder político do período, hábil articulador e aberto a alianças espúrias e conchavos, de molde a permanecer no poder e se dispondo a compromissos políticos de toda ordem. De todo modo, comenta Suanzes-Carpegna (2020b, p. 12) que:

> É certo que desde fins do século XIX e sobretudo em princípios do século XX (pensemos em Canalejas e Dato), se tentou articular um Estado social de direito através de diversas medidas adotadas pelas Cortes e pelo governo, auspiciadas em boa parte delas pela Comissão de Reformas Sociais, criada em 1883 e transformada a partir de 1903 no Instituto de Reformas Sociais, [...]

Portanto, tal qual ocorria na Alemanha de Bismarck, os idos de 1880 na Espanha assistiram ao nascimento de um incipiente conjunto de leis com conteúdo social. A iniciativa chegava tarde, e a economia agrária espanhola em muito se diferenciava da dinâmica economia industrial alemã. Na virada para o século XX, a Guerra Hispano-americana (1898) e as perdas coloniais conduziram a Espanha a um momento de desprestígio e desencanto, contrastando com o passado glorioso do Império espanhol. O sistema político inaugurado em 1876 começa a dar mostras de esgotamento contínuo em 1923. Nesta ocasião "Surgiram, sim, partidos novos: o Radical, o PSOE, partidos regionalistas ou

[36] Consultar Del Moral (2009, p. 29).

nacionalistas periféricos. Mas nenhum com capacidade de mobilização de massas pelo momento" (DEL MORAL, 2009, p. 183)[37]. O constitucionalismo espanhol, de Cádiz (1812) à Constituição espanhola em vigor (1978) exclusive, com todos os seus textos é assim resumido por Del Moral (2009, p. 20) "Uma Constituição não passou de projeto, outra não foi promulgada, nenhuma foi cabalmente aplicada, várias tiveram uma vigência muito curta e todas tiveram uma vida soçobrante". Para este autor, o constitucionalismo espanhol é marcado por um falseamento formal da Constituição material, e, portanto, não viceja. As Constituições seriam meras alegorias políticas, Constituições semânticas, portanto. No ano de 1931 em Espanha, os valores do liberalismo econômico encontrar-se-iam com os princípios de igualdade social. Ao seguirem as Cortes a doutrina alemã em muitos dispositivos de sua Constituição entrariam em sincronia com os modernos paradigmas estabelecidos em Weimar. E, também, passariam pelos mesmos testes de forças políticas contrárias e polarizadas, a lhe rejeitar tal qual ocorrera na Alemanha de Weimar (1919).

1.1. Antecedentes históricos: a Alemanha entre 1870 e 1919.

Neste ponto do trabalho faremos uma abordagem do contexto político-social da Alemanha no período compreendido entre sua primeira unificação em 1870, sob o Imperador Guilherme I e seu Chanceler Otto von Bismarck, até a promulgação da Constituição de Weimar em 11 de agosto de 1919. O período abrange inúmeras transformações em termos de expansão do movimento operário na Alemanha, com a fundação de partidos políticos como o KPD – Partido Comunista da Alemanha, de Karl Liebknecht e Rosa Luxemburgo. Uma dissidência deste partido daria azo à fundação do SPD – Partido Social-democrata da Alemanha, ator político de relevo na formação da Primeira República alemã. Do ponto de vista socioeconômico, as desigualdades sociais trazidas com a rápida industrialização após o *Zollverein* ocasionaram a edição de uma série de leis de caráter social como forma de mitigar a expansão do movimento operário, entre 1883 e 1891. Este Socialismo de Estado ou *Sozialstaat* foi uma criação única e

[37] E prossegue Del Moral (2009, p. 184): "A Monarquia, dizia Ortega em 1931, era uma sociedade de socorros mútuos que haviam formado uns quantos grupos para usar do poder público: os grandes capitais, a alta hierarquia do Exército, a aristocracia de sangue, a Igreja. O monarca, acrescentava o citado autor, era o gerente dessa sociedade, nada mais, nada menos. Aqueles grupos, concluía, nunca se fundiram com a nação, mas sim a subordinaram sempre a seus particulares interesses".

paradoxal de Bismarck[38], pois provinha de uma monarquia autoritária que desprezava as classes mais baixas. O modelo assistencialista no qual se baseou foi o das indústrias Krupp, em cujo complexo industrial na cidade de Essen havia creche para os filhos de operários[39], moradia em vilas operárias e outros benefícios. Deste modelo privado de assistência e amparo ao trabalhador formou-se uma política de Estado.

A Carta constitucional alemã de 1871 não continha direitos fundamentais, pois estes direitos seriam contemplados nas Constituições dos *Länder* que compunham o recém-criado II Império alemão. Mas, esta Carta constitucional já continha dispositivos autorizando o intervencionismo estatal na economia[40], o que indicava a presença do Estado em amplos setores da vida social e econômica. Com a vindoura República este grau de intervencionismo não seria alterado, pelo que a futura Constituição de Weimar (1919) apenas formalizaria esta presença do Estado, sob o ângulo da social democracia. De um intervencionismo monárquico-autoritário ao social-democrata por motivações sociais. Embora as leis de caráter social tenham sido um avanço, não foram suficientes para conter os movimentos operários e partidos ditos progressistas. Em razão da unificação tardia, o Estado alemão chega tarde à corrida colonial, embora tenha logrado conseguir possessões territoriais no oriente e em África, às custas de uma política expansionista calcada na diplomacia. A rivalidade com Inglaterra se acirra na virada do século XX, notadamente na competição por mercados de produtos industrializados. Seu outro rival, no continente, a França se organiza para em oportunidade futura compensar suas perdas aos alemães na Guerra Franco-prussiana (1870). Nos idos de 1910 os resultados das reformas sociais da década de 1880-1890 já se notavam na Alemanha, com aumento da expectativa de vida[41]. Então, sob a ótica militarista

[38] Neste sentido, consultar Koch (1984, p. 97) e Stolper (1942, p. 77). Para as dificuldades em se conciliar Liberdade e Igualdade, consultar Borba (2020, p. 19).

[39] Lugar onde os filhos dos operários ficavam, sob cuidados, enquanto seus pais trabalhavam.

[40] Da Carta constitucional alemã de 1871, é o caso do artigo 41 (exploração, concessão e controle do sistema ferroviário), artigo 48 (sistema postal e telegráfico) e artigo 53 (marinha mercante e de guerra). Estes setores, por envolverem transporte e comunicação, passíveis de emprego militar, eram considerados estratégicos para o Estado. Consultar também Carr (1991, p. 136) para a relação entre o Estado na economia e a tradição do paternalismo monárquico.

[41] Como nota Holborn (1981, p. 367): "Melhor higiene, cuidado médico, e condições sociais aumentaram a expectativa de vida do indivíduo", de 37 anos em 1871, para 42 anos em 1890 e depois 50 anos nos idos de 1910. Consultar também Orlow (1995, p. 80).

prussiana, as condições socio econômicas da população se tornaram estratégicas, pois trariam soldados mais fortes e saudáveis e força de trabalho mais longeva.

Este é o contexto político-econômico que antecede a Primeira Guerra Mundial. O conflito entre grandes potências pela hegemonia europeia aproximava-se. E o evento do atentado ao Arquiduque Francisco Ferdinando em Sarajevo deflagraria a guerra. A questão de fundo era que estas potências, à exceção de França, eram monarquias que lutavam para resistir a novas ondas de republicanização. O mesmo ocorria em Espanha, um país cuja história constitucional havia se iniciado em 1812 com a Constituição de Cádiz, mas que até 1931 não teria uma Constituição democrática. A monarquia espanhola, decadente e arcaica nas suas práticas cortesãs, resistia cercada por estamentos com suas próprias agendas de interesse, em nada coincidentes com os interesses do Estado. O jogo político das oligarquias e o caciquismo atrasavam o ingresso do país na modernidade que se espalhava pela Europa. A população em sua maioria era pobre, analfabeta, exposta a inúmeras carências e sem perspectivas. Este o cenário que aproximava a Espanha do momento de ruptura com a ordem monárquica, tal qual ocorreria com a Alemanha no final da Guerra, em 1918.

Embora na Alemanha a guerra tenha sido determinante como catalisador de mudanças, como a República e a constitucionalização democrática, a Espanha não ficaria atrás, pois com uma diferença de doze anos a República ali também chegaria. Haveria, portanto, neste caso, quase que uma sincronia entre ambos os Estados em termos de renovação político-constitucional. E, dentre outros fatores, essa é uma das razões a explicar por que a Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919 exerceria esta influência nas Cortes Constituintes espanholas de 1931. Note-se que, embora a Constituição Mexicana de 1917 e a Russa de 1918 tenham lhe antecedido, a alemã se notabilizou pelo fato de muitos acadêmicos espanhóis terem estudado na Alemanha nos anos anteriores e pelo prestígio do direito alemão na Europa. Ao longo do século XIX a primeira unificação alemã foi construída enfrentando-se obstáculos singulares, pelo que mais tarde seria designado de *Sonderweg*[42]. Essa *Weltanschauung*[43] alemã era reconhecida por trazer questões importantes na organização político-administrativa do Estado, muito antes de o próprio Estado ter sido materializado na Alemanha. A difusão da

[42] No vernáculo 'caminho especial', conceito que foi plasmado ao longo dos séculos XIX e XX por distintos regimes, a destacar a grandeza do povo alemão e seu destino de glória.

[43] Ou 'visão de mundo' no vernáculo.

cultura e do pensamento alemão pelo mundo, através de sua expansão diplomática pós-1870, havia criado uma legião de discípulos da dogmática jurídica alemã[44].

E assim se explica o porquê da Constituição alemã (1919) ter sido privilegiada como fonte de influência nos trabalhos das Cortes Constituintes espanholas, pois era tida como modelo de prestígio. A Constituição alemã de Weimar, de 11 de agosto de 1919 não faria mais do que reconhecer formalmente o tempo da Constituição material em que se encontrava. A monarquia havia contido a sociedade alemã, formatando-a dentro de um pré-concebido e uniforme modelo educacional prussiano. A modernidade social, corolário da modernidade industrial decimonônica, havia chegado e suas mudanças seriam incontroláveis na virada para o século XX. Todo este curso de mudanças político-sociais correu em paralelo com a guerra, e ao final dela irrompeu com força. O liberalismo econômico que havia se desenvolvido sob a monarquia autoritária alemã ao longo do século XIX havia esgotado o seu ciclo[45]. A Proclamação da República, a chegada da democracia e a Constituição reconheceriam as vicissitudes do pós-guerra, com as fragilidades da família, dos idosos, dos jovens, dos enfermos, dos trabalhadores, a questão agrária, a nacionalização, a socialização, a universalização da educação, a dignidade da pessoa humana e a proteção ao trabalho, entre outras pioneiras contribuições. Além disto, a desmobilização dos exércitos com milhões de homens trouxera novos desafios, como lidar com o desemprego a níveis elevados, os inválidos, os órfãos e as viúvas. As questões socioeconômicas que evoluíam desde o século anterior alcançavam agora outro patamar, consentâneo com uma sociedade de massas. O modelo de solução adotado foi a mantença do intervencionismo estatal para benefício de toda a sociedade alemã, com eventuais ações de socialização e nacionalização – vetores da ação política do momento. Estes desafios e novidades constitucionais projetar-se-iam em países vizinhos,

[44] Na América latina esta expansão diplomática alemã trouxe impactos políticos importantes em países como o Chile. Uma geração de juristas seus na virada do século XX havia sido formada à luz dos teóricos alemães, nas ciências exatas e jurídicas, o que traria repercussões na elaboração da Constituição chilena de 1980.

[45] Suanzes-Carpegna (2020b, p.4): "Esta etapa se caracteriza por uma profunda crise do estado liberal que foi se construindo ao longo do século XIX, assim como da teoria que a seu abrigo tinha se construído. Esta crise, fruto de diversas e complexas causas socioeconômicas e culturais, entre as que só sinalizavam a irrupção de um potente movimento operário, se vinha anunciando nas últimas décadas da antepassada centúria, sobretudo nos países economicamente mais industrializados, como a Grã-Bretanha, Alemanha e França, mas estalou depois da grande guerra, estimulada pelo comunismo e pela reação fascista".

como a Espanha (1931), Portugal (1933) e mesmo além dos limites europeus como o Brasil (1934).

E foi à esteira destes desenvolvimentos que a Espanha iria - também em situação de desigualdade social por outras razões - vivenciar o ocaso do regime monárquico e de sua Constituição de 1869. Em termos macrocomparativos, tal como ocorrera na Alemanha, haveria aqui também uma ruptura no sistema político-constitucional na transição monarquia-república. O irromper das mudanças foi demasiado intenso em ambos os países, em pouco tempo, pelo que estas sociedades não estavam preparadas para assimilar os novos paradigmas constitucionais. O sistema político-partidário organizado sob as bases do século XIX, em ambos os países, não estava preparado para o regime democrático. Nos dois casos, nenhum governo se mostrou à altura dos desafios a serem vencidos, em magnitude inédita. O campo do centro na política, de liberais a social-democratas, não se afirmaria nos gabinetes de governo.

É neste contexto que o momento posterior à guerra evidenciaria a polarização fascismo-comunismo na Europa e as reações seriam em sequência. As classes médias e a aristocracia apoiariam o fascismo de Benito Mussolini na Itália em 1922, o nazismo de Hitler na Alemanha em 1933 e o franquismo de Francisco Franco na Espanha em 1939.

Contudo, ainda que tenha vigorado por pouco tempo, a Constituição de Weimar (1919) influenciaria a Constituição espanhola (1931) e a Lei Fundamental de Bonn (1949). E a Constituição espanhola de 1978[46] teria uma dúplice influência alemã, a primeira proveniente da Constituição de Weimar pelo texto de 1931 e da Lei Fundamental de Bonn de 1949.

3. A Constituição espanhola de 1931: pródromos e processo constituinte.

Como já afirmamos, a primeira quadra do século XX na Europa é testemunha de muitas mudanças políticas. Em Portugal a República é proclamada em 05 de outubro de 1910. A competição político-militar entre as potências coloniais europeias por áreas de influência e mercados, conduzem à Primeira Guerra Mundial (1914-1918). A guerra duraria quatro anos, consumiria milhões

[46] Suanzes-Carpegna (2020b, p.2). Consultar Suanzes-Carpegna (2020b, p.16-18), também Atienza (2020, p.30-33) para semelhanças entre as Constituições espanholas de 1931 e 1978.

de vidas e mostrar-se-ia como que um capricho de ultrapassada honra de cavalheiros. O fim da Primeira Guerra Mundial (1918) e o Tratado de Versalhes (1919) provocam inúmeras transformações político-sociais na Europa. "Como assinalou Arno Mayer [55] o término da Primeira Guerra mundial é, em boa medida, o fim do Antigo Regime" (ATIENZA, 2020, p.10).

Estes dois eventos catalisam a solução de alguns problemas políticos históricos, mas criam outros que conduzirão ao conflito em 1939. Alguns Estados desaparecem e vários outros surgem[47], redesenhando o mapa político europeu. A República alemã proclamada a 09 de novembro de 1918 por Philipp Scheidemann mostra-se inovadora neste sentido, pois no artigo 1º da Constituição alemã (1919) consta "O Império é uma República", numa tentativa de convencer que a República seria a continuidade das tradições imperiais veneradas pelos alemães. À Alemanha são impostas pesadas reparações financeiras, material ferroviário é confiscado, há significativa perda de território e de suas colônias em além-mar. Mesmo com este cenário econômico-financeiro desfavorável, os novos governos de pós-guerra conseguem equilibrar temporariamente a situação, modernizar o país e retomar o crescimento até a crise de 1929[48]. Os sinais de modernidade social que já eram detectados em fins do século XIX exsurgem e dão a tônica da nova Alemanha. O período é marcado por consumo de drogas, pobreza, abortos e prostituição. Estas questões sociais serão associadas ao advento da democracia liberal e mais tarde repudiados por setores conservadores e pelos nazistas como hábitos degenerados da burguesia republicana. Sob o ponto de vista jurídico-constitucional o período entreguerras será marcado pela influência da Constituição de Weimar - de 11 de agosto de 1919[49], a mais notável dentre as Constituições sociais. Esta Constituição traz em si as ideias e propostas da socialdemocracia alemã, pois coube ao S.P.D. – Partido Social-democrata alemão conduzir o processo político de transição à República, após a abdicação do Kaiser Wilhelm II em 1918.

[47] Desaparece o Império Austro-húngaro e surgem Áustria, Hungria, República Tcheca, Eslováquia, Iugoslávia, Romênia, Polônia, dentre outros.

[48] Consultar Guedes (1998, p. 35-86).

[49] O ciclo do designado constitucionalismo social tem início com a Constituição mexicana de 1917, promulgada em Querétaro. A Constituição russa de 1918 é a segunda, e a de Weimar (1919) é a terceira. De todas, a de Weimar exerceu maior projeção e influência pelo reconhecimento e respeito à dogmática jurídica alemã.

Em Espanha, por sua vez, as vicissitudes socioeconômicas da sociedade não encontravam resposta satisfatória[50]. A Constituição de 1869 era uma fachada de legitimidade para uma monarquia decadente e esgotada, que se prolongara para além de seu tempo. Segundo Suanzes-Carpegna (2020b, p.11), assim se resumiam as Constituições do século XIX:

> Progressistas e moderados haviam concebido as relações entre o Estado e a sociedade desde a mais pura ótica do liberalismo clássico, isto é, desde os postulados que haviam defendido os fisiocratas franceses e os fundadores da economia política, Adam Smith e David Ricardo.

Depois da Guerra de 1898, o ano de 1917 abriu crise mais profunda da Monarquia, motivada pelas Juntas Militares de Defesa que derrubam o governo de García de Prieto, a reação da Assembleia de parlamentares da Catalunha e a greve geral e revolucionária de 13 de agosto. Diante das contínuas crises políticas sob a égide da Constituição de 1876, agravadas após 1917, "O general Primo de Rivera, Capitão Geral da Catalunha, promove um golpe de Estado no dia 13 de setembro de 1923, aceito imediatamente pelo Rei, [...]" (DEL MORAL, 2009, p. 187)[51]. Neste momento, o país já contava com uma burguesia, com projeção "[...] econômica, social e política" (DEL MORAL, 2009, p. 24). Além da crise do sistema político em 1917 estava em aberto a "[...] questão operária" (ATIENZA, 2020, p.1)[52].

A Constituição de Weimar havia sido promulgada há pouco na Alemanha, com grandes inovações no campo dos Direitos Sociais somados às liberdades públicas fundamentais. As contradições políticas e o arcaísmo econômico buscariam em si um modelo de solução, ao menos no plano da Constituição formal. Entre 11 de outubro de 1927 e 21 de janeiro de 1930, foram debatidos e elaborados um Anteprojeto de Constituição e cinco Anteprojetos mais de Leis

[50] Apesar das reformas sociais, destacando Cuenca (2000, p. 42) a Lei de 24 de julho de 1873 (trabalho de menores), Lei de 26 de julho de 1878 (trabalhos perigosos para crianças), Lei de 13 de março de 1900 (trabalho de mulheres e crianças), Lei de 08 de março de 1904 (trabalho dominical), Decreto de 20 de junho de 1902 (limitação da autonomia da vontade no contrato de trabalho) e Decreto de 03 de abril de 1919 (jornada de oito horas).

[51] Solé Tura (2010, p. 88) aponta como 12 de setembro de 1923 a data do manifesto de Primo de Rivera. Para as causas da crise da Restauração e ascensão de Primo de Rivera, consultar Santos (2008, p. 387). Para uma cronologia dos eventos, de 1920 a 1936, consultar Sánchez-Marín (1994, p. 141-147).

[52] Santos (2008, p. 388) comenta: "[...]; temos que mencionar o surgimento em cena de novas forças sociais, sindicais, como são a socialista União Geral dos Trabalhadores (1887) e a anarquista Confederação nacional do Trabalho (1911)".

Orgânicas [53]. A Ditadura de Primo de Rivera continuaria até 28 de janeiro de 1930[54], quando apresentaria sua demissão e indicaria ao Rei Afonso XIII um sucessor, dentre eles o General Dámaso Berenguer[55], que assumiria o governo em 30 de janeiro de 1930[56]. "O objetivo do governo Berenguer consiste em uma volta paulatina e controlada às instituições da Constituição de 1876" (SOLÉ TURA, 2000, p. 91).

O novo governo não atende às demandas de amplos setores da sociedade, pelo que anota Del Moral (2009, p. 192):

> A Ditadura, por sua parte, não impediu uma certa organização da classe trabalhadora nem satisfez a burguesia industrial, [...]. [...], a crise econômica mundial começou a fazer notar-se em nosso país. A peseta se desvalorizou em 1930. Se sucederam movimentos sociais de reivindicação e de luta. [...]. Estamos, pois, ante uma ação convergente das capas liberais e progressistas da burguesia urbana e industrial com as forças políticas e sindicais operárias.

Neste intuito a 17 de agosto de 1930 ocorre uma reunião com representantes de amplos setores da sociedade espanhola, insatisfeitos com a crise, na cidade de San Sebastián[57], não tendo sido "[...] redigido nenhum documento; o acordo foi um pacto de cavalheiros. [...]. Constituíram um Comitê revolucionário que começou a planejar um levante geral contra a Monarquia" (DEL MORAL, 2009, p. 193)[58]. Pela ausência de estabilidade e contínua ação da oposição republicana, o governo de Berenguer cai em 16 de fevereiro de 1931[59]. O Rei tenta

---

[53] São eles: Lei Orgânica do Poder Executivo, das Cortes do Reino, do Poder Judicial, do Conselho do reino e de Ordem Pública. Seus fundamentos ideológicos são intervencionismo do Estado, corporativismo socioeconômico e a política corporativa como dogma, tão comum na época, como se percebe no fascismo italiano.

[54] Santos (2008, p. 390).

[55] Como nota Del Moral (2009, p. 175), o *establishment* político espanhol empregava os militares como o último recurso em tempos de crise. As Constituições eram verdadeiras folhas de papel, sem conexão com a realidade concreta da sociedade espanhola, como já notara Lassale (1985) em seu opúsculo. Daí a tese de Del Moral (2009) sobre o 'falseamento' do constitucionalismo espanhol de sua origem até 1931, com a primeira Constituição democrática de Espanha. Sobre o tema falseamento, consultar também Agesta (1978, p. 211-215). Sobre a atuação das oligarquias espanholas e do caciquismo na prática política, consultar Del Moral (2009, p. 181) e Solé Tura (2000, p. 75-78).

[56] Santos (2008, p. 392).

[57] Neste sentido Atienza (2020, p.3)

[58] Para os temas acordados, consultar Del Moral (2009, p. 193).

[59] Santos (2008, p. 393) indica como data o 14 de fevereiro de 1931. Aponta os levantes em Jaca e Cuatro Vientos, de Galán e García Hernández.

formar um novo governo e o requer ao Almirante Aznar, que organiza um calendário eleitoral escalonado, de eleições municipais às gerais. Em 12 de abril ocorrem as eleições municipais que tomam caráter plebiscitário, com vitória de candidaturas republicanas nas grandes cidades, mostrando o "[...] voto dos profissionais, das classes médias urbanas e do proletariado industrial o eixo decisório da mudança de regime" (DEL MORAL, p. 195)[60]. As forças políticas republicanas percebem que o momento é favorável e a República é proclamada nas ruas de grandes cidades a 14 de abril de 1931, chegando em harmonia com o sentimento político dos cidadãos espanhóis. O governo do país foi assumido por um Comitê Revolucionário constituído em Governo Provisório da República, presidido por Alcalá-Zamora. A Espanha, a exemplo da Alemanha republicana, tinha seus desafios e opositores internos. Impaciência com o ritmo das mudanças, conflito de classes, diversas agendas de interesses, o receio conservador e a ansiedade progressista; foram estes alguns fatores que dividiram mais do que uniram a sociedade espanhola naquela altura. Como anota Atienza (2020, p.1) "A Constituição de 1876 morria em abril de 1931 [...]. Carente do caráter normativo que faltou em nossas Constituições do século XIX, [...]". O Governo Provisório, com base em Decreto publicado a 15 de abril, passaria a governar com base em "[...] um <<Estatuto jurídico>> do Governo Provisório como espécie de Constituição para este tempo de interinidade. É realmente um Estatuto de valor constitucional" (CLAVERO, 1989, p. 173). A 10 de maio o Governo provisório reforma a Lei eleitoral de 1907, introduzindo "[...] modificações democratizadoras" (SOLÉ TURA, 2000, p.97).

As eleições às Cortes Constituintes são marcadas para 28 de junho. Segundo Suanzes-Carpegna (2020b, p.2):

> [...] o governo provisório encabeçado por Niceto Alcalá Zamora, criou uma Comissão Jurídica Assessora, subordinada ao Ministério da Justiça, à qual se encomendou a redação de um anteprojeto de Constituição. Tal encargo foi levado a cabo por uma Subcomissão, presidida por Ángel Ossorio y Gallardo, mas cujo membro mais influente foi Adolfo Posada, catedrático de direito político da Universidade de Madrid e o mais prestigioso constitucionalista espanhol da época, [...].[61]

[60] Sobre o resultado favorável à coalizão republicano-socialista, consultar Solé Tura (2000, p. 98).

[61] Além destes, anota Suanzes-Carpegna (2020b, p.2) que "[...] entre elas é preciso mencionar duas Adolfo Posada e Luís Jiménez de Asúa". Ainda que em momentos distintos. Sobre a Comissão consultar também Solé Tura (2000, p. 100). Ainda sobre o Anteprojeto consultar Clavero (1989, p.176).

Houve divergências em relação ao anteprojeto, mas este acabou sendo levado às Cortes, para servir como texto base. As Cortes Constituintes se reúnem em 14 de julho de 1931, "[...] em homenagem à queda da Bastilha, [...]"[62]. A 28 de julho de 1931, as Cortes nomeiam uma Comissão, presidida por Luis Jiménez de Asúa, prestigiado Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade de Madrid e membro do PSOE, que elabora outro projeto. A 27 de agosto tem início o debate do Projeto de Constituição no Plenário. As ideologias dominantes no processo constituinte foram o liberalismo e a social democracia. O Diário de Sessões das Cortes Constituintes registra neste dia o discurso de apresentação do Projeto de Luis Giménez de Asúa, ressaltando em inúmeros pontos as influências da Constituição alemã de Weimar[63]. Para Suanzes-Carpegna (2020b, p.3): "Uma Constituição 'de esquerdas', como reconheceu Jiménez de Asúa em seu discurso"[64].

Para Suanzes-Carpegna (2020b, p.3) foi:

> Uma Constituição que, rompendo deliberadamente com o constitucionalismo espanhol do século XIX, sobremaneira com o moderado e conservador que encarnava a Constituição canovista de 1876, tivesse como ponto de referência as Constituições estrangeiras nascidas durante ou depois do fim da Primeira Guerra Mundial. Umas Constituições que Posada se havia encarregado de dar a conhecer, às vezes com a ajuda de seu jovem discípulo Nicolás Pérez Serrano, com quem editou em 1927 um livro intitulado *Constituições da Europa e América*, no qual se recolhiam e comentavam, entre outras muitas, a mexicana de 1917, a alemã de 1919 – a chamada Constituição de Weimar -, a austríaca de 1920 e a tchecoslovaca desse mesmo ano, que foram as Constituições que serviram de modelo aos constituintes de 1931. [...]".

---

[62] Santos (2008, p. 394).

[63] Neste sentido consultar Asúa (2020), Sánchez-Marín (1994, p. 100) e Solé Tura (2000, p. 100). Este último (2000, p. 119) destaca que o Direito Constitucional espanhol passou a ter preponderante influência internacional após a Constituição de 1931. Consultar também Santos (2008, p. 395) que acrescenta "[...] a influência de alguns de nossos textos decimonônicos como a Constituição de Cádiz, a Constituição de 1869 e o Projeto republicano federal de 1873".

[64] Divergindo um pouco anota Solé Tura (2000, p. 102): "A influência socialista, evidente em toda a regulação dos direitos, se preocupou, em um sentido muito renovador, por respeitar a organização social da propriedade, prevendo a possibilidade no futuro, ou em caso de necessidade, de nacionalizar determinados setores chaves da produção". E Suanzes-Carpegna (2020b, p. 6): "[...] a Constituição espanhola da 1931 recolheu os traços essenciais do constitucionalismo de entreguerras ao construir um renovado Estado de direito, compatível com a organização de uma democracia social".

Diante dos grupos antagônicos que se articulavam neste momento político, com risco de enfrentamento, a República precisava de um instrumento que legitimasse a ação repressiva aos grupos mais exaltados e violentos. Nesta linha de reflexão, o primeiro documento político-constitucional será a Lei de Defesa da República - de 21 de outubro de 1931 – antecedendo o texto constitucional, a tipificar as condutas que seriam consideradas atos de agressão à República[65].

A Constituição espanhola será promulgada em 09 de dezembro de 1931, aprovada que foi por "[...] 368 votos"[66]. Como em Weimar, a Segunda República espanhola nasce sob o signo de confronto e repúdio. Logo em seguida "[...], Alcalá Zamora seria eleito o primeiro Presidente da Segunda República em 10 de dezembro de 1931" (SANTOS, 2008, p. 402). "Foi uma nova tentativa de regime liberal democrático, [...]" (DEL MORAL, 2009, p. 36). A Constituição inaugura formalmente a Segunda República espanhola (1931-1936), primeira a oferecer um consistente projeto republicano à Espanha, estabelecendo o chamado Estado integral[67], abrindo o debate público sobre a autonomia das Regiões (ATIENZA, 2020, p.25-26)[68]. A expressão 'Estado integral' teria sido uma solução intermediária encontrado pelos constituintes - entre os conceitos de 'Estado unitário' e 'Estado federal' – para lidar com a questão autonômica. Muitos

[65] O artigo 1º da Lei definia os atos considerados como de agressão.

[66] Sánchez-Marín (1994, p. 101). Agesta (1978, p. 483) nos proporciona outro ângulo desta leitura: "A Constituição de 1931 é já a mesma revolução em marcha, o processo de desagregação em seu ponto de fusão: a guerra ideológica, a luta de classes, a dissolução mesma da unidade nacional".

[67] Artigo 1º, parte 3, da Constituição espanhola de 1931: "A República constitui um Estado integral, compatível com a autonomia dos Municípios e Regiões". Sobre o Estado integral ou descentralizado, consultar Blanco Valdéz (2001, p. 164), Atienza (2020, p. 8), Clavero (1989, p. 180-181) e Solé Tura (2000, p. 107-109). Rivero (1997, p. 221) anota que "[...], a única formulação original do texto espanhol seja a referente à organização territorial do Estado mediante a fórmula do Estado integral, Regional chamaríamos agora, [...]". Consultar também o discurso de Asúa (2020) em 27 de agosto de 1931, quando insere o conceito de Estado integral no âmbito de um projeto socialista de aspiração civilizatória global: "Somos nós, os socialistas, não um partido político, mas uma civilização e precisamente isso é o que nos fez pensar no Estado integral e não no Estado federal; é por isso que somos uma civilização, [...]". Daí a reação conservadora que viria mais tarde, com Franco e outros setores mais conservadores espanhóis, à luz da polarização ideológica na Europa daquele momento, entre fascistas e comunistas.

[68] O artigo 20 da Constituição espanhola de 1931 sobre execução das leis da República pelas Regiões foi inspirado na Constituição de Weimar.

representantes nas Cortes eram acadêmicos[69], o que trouxe ao texto uma redação culta. Utilizaram-se vocábulos como 'socialização' e 'nacionalização', muito em voga na altura e que já haviam sido inscritos na Constituição de Weimar. A Constituição apresentava cento e vinte e cinco artigos e duas disposições transitórias[70]. Suanzes-Carpegna (2020b, p. 7-9) registra ainda que "[...] a Constituição de 1931 supôs um giro copernicano ao reconhecer a supremacia da Constituição – não da lei – no conjunto das fontes do direito. Uma supremacia que lhe havia negado o anterior constitucionalismo"

Pelo seu perfil liberal com tons de social democracia, trazia em si uma Declaração de Direitos individuais e políticos, família, economia e cultura[71]. Cada direito destes, protegido pelo sistema de recursos jurídicos, em sede de recurso de amparo ao Tribunal de Garantias Constitucionais, na forma do artigo 121, alínea 'b'[72] – outra inovação desta Constituição. No âmbito dos Direitos Sociais e Econômicos, se baseou nas Constituições mexicana de Querétaro (1917) e de Weimar (1919) fundamentalmente se pautando nos mencionados modelos de 'socialização' e 'nacionalização'[73]. O artigo 44 subordinava a propriedade privada

[69] Santos (2008, p. 395): "A Constituição de 1931 forma parte das chamadas <<Constituições dos professores>> de grande altura técnica, mas de escasso resultado político".

[70] Assim discursou Luis Jiménez Asúa na apresentação do Projeto, em 27 de agosto de 1931: "Em primeiro lugar, gostaria de afirmar que a Constituição por nós redigida não é excessiva no articulado, pois só contém 121 artigos. A parte propriamente dispositiva da Constituição alemã tem 165, e 150 a austríaca, e não esqueceis que a Constituição de Cádiz tinha 384 artigos; porque a experiência nos ensina que as Constituições populares são sempre longas, e o que vamos fazer aqui é uma Constituição". Segundo Santos (2008, p. 395): "Com uma extensão intermediária, desta Constituição se pode predicar que é completa e sistemática".

[71] Solé Tura (2000, p. 101).

[72] Pois como dissera Asúa, em seu discurso de 27 de agosto de 1931, a Constituição trazia uma declaração e não uma declamação de direitos. Esses direitos seriam garantidos em sede de recurso de amparo ao Tribunal Constitucional.

[73] A este respeito, o discurso de Luis Jiménez de Asúa, na apresentação do Projeto às Cortes, a 27 de agosto de 1931: "E por isso nos encontramos com o que as ânsias populares vão a essas Constituições, porque desde a do México, de 1917, a da Rússia, de 1918, e a da Alemanha, de 1919, cada uma a seu estilo, tem em seu texto uma série de preceitos e de princípios que antes não correspondiam ao conceito puro constitucional, [...]". E com Suanzes-Carpegna (2020b, p. 10): "Mas, além de democrático, o Estado configurado na Constituição de 1931 era também social. Quiçá neste ponto, mais que em nenhum outro, o texto republicano se unia com as tendências constitucionais mais vanguardistas da época, encarnadas na Constituição mexicana de 1917 (cotejando-se os seus artigos 3º, 5º, 27 e 123 com os 43 a 48 da espanhola) e na

e os meios de produção aos interesses da economia nacional, pautados nos modelos socialização-nacionalização, sob o signo do intervencionismo estatal – tal qual no texto alemão de Weimar (1919). Como anota Suanzes-Carpegna (2020b, p.5) "[...] destacadamente a mexicana de 1917 e a alemã de 1919, vertebravam um Estado social de Direito que só as Constituições francesas de 1793 e 1848 tinham antes se atrevido a esboçar"[74], resultado da aliança entre sindicatos operários e burgueses progressistas. Asúa (2020) rechaçara em seu discurso de apresentação do Projeto de Constituição em 27 de agosto de 1931, o argumento de que os Direitos Sociais não deveriam constar do texto constitucional, por alegadamente faltar-lhes materialidade constitucional, se utilizando de exemplos de outras Constituições europeias – e mesmo espanholas do século XIX – nas quais dispositivos estranhos a uma Constituição foram nela inseridos[75].

E prossegue Asúa (2020):

> […] mas, sobretudo, desde a Constituição mexicana de 1917, a Constituição russa de 1918 e a Constituição alemã de 1919, se engrandece o território dos direitos do homem de uma maneira extraordinária, e chegam aí não só os direitos individuais, mas os direitos das entidades coletivas: sindicatos, família, etc, mas a evolução ainda não para aqui, estabelecendo, ao lado dos direitos individuais, estes outros direitos da vida familiar e econômica, mas que busca que não sejam as declarações de direitos do homem declamações de direitos, como se disse ao debater-se a Constituição de Weimar.

Como de se esperar, em reação ao modelo de Estado monárquico com concentração de poder no Executivo, a Constituição buscou fortalecer o Parlamento[76]. Contudo, como havia uma questão socioeconômica a ser resolvida, o intervencionismo estatal na economia, tal qual ocorrera na Alemanha de Weimar, demandaria poderes amplos ao executivo, de molde a atender aos anseios formalizados de socialização e nacionalização[77]. Note-se, contudo, que estes

---

de Weimar, se distanciava completamente do constitucionalismo espanhol e europeu do século XIX".

[74] No mesmo sentido Cuenca (2000, p. 43), mencionando os artigos 21 (instrução pública) e 22 (garantia social) da Constituição francesa de 1793, bem como o item VIII do Preâmbulo da Constituição francesa de 1848.

[75] No caso da Espanha, menciona Asúa em seu discurso: "E na Espanha temos o exemplo na Constituição de Bayona, na de Cádiz e na de 1869, nas quais vemos preceitos que estabelecem normas para os cavalheiros que se encarregam da educação do Rei infante, [...]".

[76] Notar o discurso de Asúa (2020), ao destacar a novidade das Comissões Parlamentares. Consultar Suanzes-Carpegna (2020b, p.15) sobre a responsabilidade do governo.

[77] Del Moral (2009, p. 204): "[...], as exigências do crescente intervencionismo estatal os persuadiam da necessidade de um executivo ágil e não excessivamente dependente da

vocábulos não implicavam que a Constituição espanhola representasse um projeto de implantação do socialismo, mas sim uma tendência social-democrata estabelecida anteriormente pela Constituição alemã (1919). Como assinala Del Moral (2009, p. 210): "[...], o sistema econômico estabelecido na Constituição era, em geral, avançado, mas não socialista"[78]. Para Suanzes-Carpegna (2020b, p.10) "Mas além de democrático, o Estado configurado na Constituição espanhola de 1931 era também social". E ainda "Em resumo, se institucionalizou um Estado interventor e socializador, mas não confiscador" (DEL MORAL, 2009, p. 211). A propriedade era garantida, mas podia ser expropriada, algo completamente diverso de se afirmar que a propriedade era coletiva[79]. Sobre os Direitos Sociais na Constituição de 1931 anota Atienza (2020, p.3) que:

> É o mundo de Weimar, 'um ponto de referência doutrinário e prático imprescindível para o Direito Constitucional Europeu Continental' [7] e 'microcosmos cultural do Direito Constitucional Ocidental Europeu que ainda nos inspira' [8]. É um mundo no qual o debate político é debate constitucional, e o debate constitucional é um dos âmbitos em que se expressa aquele debate político[80].

E prossegue Atienza (2020, p.3):

> Nesse ambiente participaram também os que haviam de ser constituintes na Espanha de 1931. Frente às influências historicamente recebidas [9], **a influência predominante nos constitucionalistas espanhóis dos anos 20-30 é procedente da doutrina alemã**, como foi frequentemente notado

alquimia parlamentar. Assim se vinha fazendo no constitucionalismo de entreguerras e muito especialmente na Constituição de Weimar". Da socialização e nacionalização, consultar também Solé Tura (2000, p. 102).

[78] E esclarece o autor porque confunde-se esta Constituição com um projeto socialista: "Como diz Jackson, em 1931 nenhum regime havia empregado ainda os métodos keynesianos. De todo modo, uns anos mais tarde seria prática comum nos países capitalistas o que havia sido em 1931 – e foi – considerado como comunismo. Tal aconteceu com o modelo econômico de nossa Segunda República". Suanzes-Carpegna (2020b, p.4): "As Constituições de entreguerras antes citadas continham um programa verdadeiramente transformador do velho Estado liberal, ainda que sem destruir suas premissas básicas, diferentemente do fascismo e do bolchevismo".

[79] Para uma visão dos setores socialistas sobre a propriedade no contexto da Constituição espanhola de 1931, consultar Agesta (1978, p. 485).

[80] Neste mesmo sentido Callejón (2013, p. 44), ao analisar o 'caráter derivado' das Constituições espanholas por receber influências de outras Constituições: "[...], por último, a Constituição da Segunda República tem uma nítida influência das Constituições europeias de entreguerras, sobretudo a Constituição de Weimar de 1919". Consultar também Solé Tura (2000, p. 100) indicando expressamente as Constituições de Weimar, a austríaca e a mexicana como modelos de prestígio.

> [10]: boa parte deles havia estudado na Alemanha, e quem não o fez, havia seguido e conhecia seus debates e propostas. [Grifo nosso][81]

Ainda com Atienza (2020, p.12) temos que "A declaração de direitos segue as pautas das mais avançadas da época, particularmente da mexicana e da alemã" e busca solução para os então chamados "[...] problemas modernos". E então, a Espanha alinhou-se ao constitucionalismo alemão, o mais avançado de sua época e com sólida tradição na Europa desde o século XIX. A dogmática jurídica deve ser estudada ao par da História política alemã do período. As Constituições posteriores à Primeira Guerra Mundial (1914-1918) estabeleceram com os Direitos Sociais novas relações entre o Estado e a sociedade, como um corolário da sociedade industrial e de massas que se anunciava (SUANZES-CARPEGNA, 2020b, p.4). Depois de duzentos anos o Estado liberal expunha publicamente a sua crise na Europa, politicamente com a crise das democracias liberais e socioeconomicamente com as desigualdades sociais[82]. O pacto fundamental das sociedades teria que ser refeito por todos os lados e as mudanças agora seriam inevitáveis. Ao acrescentar Direitos Sociais ao catálogo de liberdades públicas tipicamente liberais surgia o Estado social de Direito[83], por muitos

[81] Outras influências estrangeiras foram a já mencionada Constituição mexicana, a austríaca e a tcheca de 1920 (Suanzes-Carpegna, 2020b, p. 3). São Constituições nascidas durante ou após a Primeira Guerra Mundial. A mexicana influenciou os direitos sociais, juntamente com a alemã. A Constituição austríaca e a influência de Hans Kelsen mostram-se no capítulo referente ao controle concentrado de constitucionalidade, pois Weimar não tratava do tema (ATIENZA, 2020, p. 6-7). E acrescenta Suanzes-Carpegna (2020b, p.4) "[...] sobretudo a alemã e austríaca, em cuja elaboração haviam desempenhado um destacado papel Hugo Preuss e Hans Kelsen; juristas, estes últimos, bem conhecidos por seus colegas espanhóis, empapados de cultura germânica".

[82] Anota Agesta (1978, p. 488): "O liberalismo parece estar já nessa situação limite na qual sobre suas ruínas se enfrentam novas doutrinas com uma profundidade dogmática e um sentido social alheio ao constitucionalismo genuíno".

[83] Segado (2020, p. 7), o princípio da solidariedade no Estado Social. "Foi Hermann Heller quem cunhou em 1903 a noção de «Estado social» (*sozialer Rechtsstaat*), com que se ia tratar de positivar velhas aspirações sociais, elevadas agora à categoria de princípios constitucionais. As Constituições de Querétaro de 1917 e de Weimar de 1919 constituiriam os primeiros exemplos significativos desta nova concepção de ordem política". No mesmo sentido Cuenca (2000, p. 17), para quem "[...] Heller tratou de contrapor o Estado de Direito liberal e puramente formalista com um Estado de Direito material, que tivesse como finalidade fazer realidade para todos os cidadãos os postulados do Estado de Direito clássico", mais tarde reconhecido no artigo 1º da Constituição espanhola de 1978. Rivero (1997, p. 221) fala em "[...] Estado Social e Democrático de Direito".

designado social-democrata[84]. O Estado social de Direito concebido em Weimar e transplantado em Espanha havia lançado raízes, que resistiriam à vindoura guerra civil e à Ditadura de Francisco Franco, retornando em 1978[85]. Para Del Moral (2009, p. 211):

> O sistema que pretendia instaurar a República em nenhum momento se entendeu como socialismo, mas, segundo R. Carr, como um Estado de bem-estar social, com relações trabalhistas controladas pelo Estado, com participação limitada dos trabalhadores na gestão da empresa e com salário mínimo

Assinala Callejón (2013, p. 42):

> Inobstante, como as demais Constituições de entreguerras, a espanhola de 1931 naufragou em meio às tensões provocadas pela irrupção de movimentos políticos antiparlamentares, o fascismo e o bolchevismo, que alcançaram o poder para destruir a partir de dentro um ainda imperfeito sistema parlamentar [...].

A reação que recebe a nova ordem constitucional no que afeta à propriedade é própria de um tempo em que a compreensão deste instituto em Espanha enxergava a mínima interferência estatal como uma ameaça socialista. Compreensão em muito sustentada pelo absolutismo espanhol, como forma de granjear o apoio dos estamentos que eram os maiores detentores de terra: a Igreja católica e a aristocracia rural. Cabe, portanto, atenção na significação que se atribui aos vocábulos neste momento da História e do constitucionalismo espanhol. Outra situação semelhante, neste sentido, é trazida por Suanzes-Carpegna (2020b, p.8-9) ao comentar que a Constituição espanhola de 1931 conseguiu compatibilizar a oposição liberalismo e democracia em Espanha. Isto porque, segundo o autor o liberalismo de Cádiz não era democrático no sentido que atualmente compreendemos a democracia. A democracia em princípios do século XIX em Espanha era identificada com o período do terror da Revolução francesa (1789), daí se explicando a reação conservadora de uma sociedade monárquica e agrária naquela quadra histórica.

Como se não bastassem as tensões externas, as divisões internas também não ajudavam na construção de uma estabilidade política. As desigualdades socioeconômicas históricas haviam criado não forças ou correntes políticas, mas

[84] Para setores mais extremos da esquerda europeia, na ocasião os social-democratas eram chamados de social-fascistas, como muitas vezes foi chamado o Partido Social Democrata alemão. Sobre os direitos sociais acrescentados às Constituições liberais, consultar Suanzes-Carpegna (2020b, p. 5).

[85] Ver artigo 1.1 da Constituição espanhola de 1978.

sim forças de classe. E estas divisões entre monarquistas e republicanos, católicos e defensores do Estado laico, progressistas e conservadores, civis e militares, burguesia comercial, industrial e financeira, campo e cidades, compunham o universo político espanhol, refletindo-o no Parlamento. A atmosfera política era de confronto e de busca por hegemonia dos grupos em confronto. O jogo político parlamentar, modelado na Constituição de Weimar (1919), refletiria estas divisões profundas e traria instabilidade constante[86]. Comparativamente, a inexistência de um autêntico sistema político-partidário – por ausência de prática democrática, como em Weimar – seria uma das explicações desta instabilidade[87]. Para Santos (2008, p. 406) "[...], os atores da vida política, seja qual for sua ideologia e partido, pecaram por falta de lealdade e prudência na observância das regras do jogo constitucional". Com estas deficiências históricas a Constituição de 1931 não vigoraria por muito tempo, pois após Guerra Civil espanhola (1936-1939) tem início Ditadura de Francisco Franco (1939-1975).

O texto constitucional sintetizou um pacto temporário entre setores burgueses reformadores e segmentos do movimento operário. Nos idos de 1933 os enfrentamentos ocorrem entre as partes antagônicas[88], que desejam o poder. Os de esquerda para instaurar um Estado socialista e os de direita para restaurar a monarquia e os valores conservadores. O período compreendido entre 1933 e 1935 é chamado de 'Biênio negro' [89]. Em 1936 há muitos enfrentamentos nas ruas e atos de violência entre os grupos políticos antagônicos[90]. Resume bem Santos (2008, p. 407-408), com as palavras de Oliver Araujo:

---

[86] Neste sentido, consultar Weber (1993, p. 38). A crise da democracia liberal na Alemanha nos idos de 1919-1933 se deveu muito à inexperiência democrático-partidária, em razão do sistema político monárquico deixado por Bismarck. O sistema político-partidário não estava organizado.

[87] Neste sentido Solé Tura (2000, p. 126-131). A exemplo do que Weber (1993, p. 38) registrara na Alemanha.

[88] Consultar Agesta (1978, p. 458-459) sobre a tese do 'particularismo' de Ortega, como explicação para o processo de desintegração da Espanha no período 1890-1920. E de como o fracionamento no interior da sociedade espanhola conduziu à ausência de uma alma coletiva: "A consequência desta não solidariedade é, pois, a ação direta, a imposição da vontade própria". As diferentes leituras sobre a construção de um Estado nacional, genericamente agrupadas em duas linhas, uma calcada na tradição monárquica e a outra na revolução leva Agesta a cunhar a expressão 'As duas Espanhas' (1978, p. 465-467).

[89] Consultar Solé Tura (2000, p. 114-116).

[90] As tensões haviam iniciado quando da proclamação da República, como registra Solé Tura (2000, p. 109): "Desde os primeiros dias os partidos operários refletiam a tensão

> Contudo, a Constituição de 09 de dezembro de 1931 poderia ter servido, sem dúvida, para consolidar a democracia e transformar o Estado em chave de justiça e liberdade. Não pode sê-lo. A uma Espanha imobilizadora, injusta e extremamente conservadora (...) se lhe opuseram umas forças políticas que faziam bandeira da revanche e que concebiam o Estado de Direito como um meio e não como um fim.

"Por isso os anos de inquieta vigência da Constituição de 1931 são a crise final do regime liberal" (AGESTA, 1978, p. 488)[91]. O caminho para a Guerra Civil estava aberto, e as seculares forças antagônicas da sociedade espanhola tentariam resolver seus conflitos de interesse pela violência[92]. Cada lado recorreria a aliados externos e a Guerra Civil espanhola (1936-1939) seria o capítulo de abertura da Segunda Guerra Mundial. A chegada de Francisco Franco ao poder representaria para muitos uma pausa na História constitucional espanhola, até 1978[93].

3.1. Estudo comparado dos casos alemão e espanhol.

3.1.1. A Ordem Social.

Quando trabalhamos com Direito Comparado sempre nos vem à mente o ditado 'Comparar é aprender'. Agora que delineamos as condições socioeconômicas de Alemanha e Espanha em retrospectiva desde princípios do século XIX, bem como os principais pontos da História constitucional espanhola, podemos passar ao plano da microcomparação entre os dispositivos da Constituição alemã de Weimar (1919) e da Constituição espanhola (1931), destacando semelhanças e diferenças. Há inúmeros autores espanhóis que analisaram as influências daquela Constituição alemã nesta Constituição espanhola, mas não encontramos uma comparação direta entre as duas, pela justaposição de seus textos, pelo que este trabalho se mostra como uma contribuição original.

---

entre seus objetivos últimos, largamente reprimidos, e as possibilidades concretas de atuação imediata".

[91] E ainda "O que a Constituição tinha de liberal foi, de certa maneira, a prova do absurdo de que o princípio não tinha já vigência nas consciências nem era viável na realidade histórica espanhola dessas datas".

[92] Agesta (1978, p. 489) destaca um balanço da violência no país feito nas Cortes Gerais em junho de 1936, com "[...]: 150 igrejas destruídas; 251 atacadas ou incendiadas; 269 pessoas assassinadas e 1.280 feridas; 69 lugares destruídos; 113 greves gerais e 228 parciais".

[93] Solé Tura (2000, p. 117).

O primeiro tópico a ser analisado será a Ordem Social. De se notar que este tópico na Constituição alemã de Weimar (1919) recebeu especial atenção em razão dos efeitos da Primeira Guerra Mundial, como a desmobilização de milhões de soldados alemães, o desemprego e as famílias desestruturadas pela perda dos pais - como provedores – nos campos de batalha, deixando suas viúvas e filhos órfãos. Ou ainda, dos mutilados pela guerra que dificilmente encontrariam trabalho adaptado às suas condições. Estas condições sensibilizaram em muito os constituintes de Weimar, que destes temas cuidaram na Parte II – 'Direitos e Deveres Fundamentais dos alemães', na Seção II – 'Da vida social', de onde abordaremos alguns dispositivos. Já a Constituição espanhola de 1931 cuida em seu Título III, Capítulo II, da 'Família, economia e cultura'[94]. Os direitos dos espanhóis são topograficamente posicionados no texto anteriormente à organização das funções do Estado, sinalizando uma mudança clara na História constitucional espanhola e o caráter democrático da Constituição. Seguindo o modelo de Weimar, há um posicionamento do constituinte originário espanhol pelo intervencionismo, dirigindo as ações do Estado na proteção da família como núcleo fundamental do Estado, como acentuado pela dogmática jurídica da época[95]. Como a Espanha não se envolveu diretamente na Primeira Guerra Mundial, não há que se falar em famílias economicamente fragilizadas por morte dos homens provedores em batalha. Mas, embora este fator não tenha influenciado diretamente os constituintes espanhóis, o cuidado com a família, jovens e idosos chegaram em Espanha pelas inovações do texto alemão. Há que se lembrar também dos efeitos causados pela crise econômica de 1929, cuja solução ainda estava longe quando da promulgação da Constituição de 1931. Sobre o tema destaca Atienza (2020, p.12):

[94] Consultar Suanzes-Carpegna, 2020b, p.12.

[95] Na primeira quadra do século XX ainda se encontra o modelo de família patriarcal, com o homem sendo o provedor da casa. A família era estruturada em torno do homem, que deveria zelar financeiramente por todos: pela mulher que realizava o trabalho doméstico, pelos filhos jovens e pelos idosos. Com o chamado às armas, muitos chefes de família morrem nos campos de batalha deixando suas famílias desassistidas. As necessidades da guerra causam outra mudança de ordem sociológica, pois as mulheres são chamadas ao trabalho nas fábricas de munições e outros insumos. Há, portanto, um avanço muito grande do papel da mulher na família, na conquista da igualdade. É neste contexto que o conceito de família monoparental começa a evoluir, fortalecendo também a causa feminista pela igualdade de direitos. De se notar que, já em 1918 às mulheres é concedido o direito ao voto para a Assembleia Constituinte de Weimar. Neste sentido, consultar Brunet (1921, p. 134-137) e Holborn (1981, p. 524).

> Fundamentalmente baseada em Weimar, a regulação constitucional da família [...] concretiza determinadas questões de importância na sociedade espanhola de 1931 (e que voltariam a ser enfrentadas pelo constituinte de 1978): afirmação da igualdade entre os cônjuges e da igualdade entre filhos, nascessem ou não dentro do casamento, e proibição de consignar declaração sobre legitimidade ou ilegitimidade dos matrimônios ou sobre o estado civil dos pais: definição das obrigações dos pais e dos direitos dos filhos; possibilidade de investigação de paternidade; reconhecimento constitucional da possibilidade de divórcio por mútuo dissenso ou a pedido de qualquer cônjuge que alegue justa causa.

No plano da educação os artigos 120 e 143 da Constituição alemã (1919) encontra correspondência no artigo 43 da Constituição espanhola (1931). O artigo 120 destaca a educação dos filhos para aperfeiçoamento físico, moral e social, cabendo à Comunidade ou Municipalidade – *Gemeinde*[96] – sua fiscalização. O artigo 120 faz menção expressa à educação como "[...] direito natural dos pais". O artigo 143 destaca a proteção da juventude, pelo que o poder público do Império, Estados e comunas devem se envolver. Já a Constituição espanhola (1931) dispõe sobre a família no artigo 43, impondo a obrigação dos pais em "[...] alimentar, assistir, educar e instruir seus filhos", com acompanhamento pelo Estado e sua participação subsidiária. Também trata da assistência a enfermos e idosos, proteção à maternidade e infância. O artigo 48 trata do acesso ao ensino público em todos os graus de ensino, condicionado pela aptidão e vocação do aluno; a fim de reverter o histórico de analfabetismo na Espanha. Da educação da juventude cuidam os dispositivos 122 e 143 da Constituição alemã (1919), destacando a proteção contra "[...] o abandono moral, intelectual e físico". Ao Estado e às Comunidades caberia sua criação, organização e fiscalização, dispositivos que encontram equivalente no artigo 50, parágrafo 1 da Constituição espanhola (1931).

Da fiscalização do ensino dispõe o artigo 144 da Constituição alemã (1919), pelo estado com colaboração das Comunidades, encontrando correspondência com o artigo 50 da Constituição espanhola (1931), autorizando as Regiões Autônomas a organizar o ensino, mas sob supervisão do Estado. O artigo 148 da Constituição alemã (1919) destaca que o ensino deve se pautar pela formação moral, espírito cívico e capacidade profissional, destacando o 'caráter

[96] *Gemeinde* – ou Comuna, Comunidade ou Município - é uma unidade administrativa, mais parecida com município. A comunidade pode ser um povoado ou cidade, ou várias aldeias e cidades pequenas que possuem um conselho municipal comum. A Comunidade tem uma administração, um prefeito, sua própria gerência de águas residuais e às vezes a escola.

nacional alemão' e a 'reconciliação dos povos' – em direta relação com a guerra, enquanto que o artigo 48 da Constituição espanhola (1931) destaca o caráter laico do ensino e a 'solidariedade humana', dentro de uma ótica progressista.

O artigo 145 da Constituição alemã (1919) estabelece o princípio da escolaridade obrigatória e gratuita, encontrando dispositivo equivalente no artigo 48, parágrafo 2 da Constituição espanhola (1931). Nesta mesma linha de reflexão o artigo 146 da Constituição alemã (1919) prevê que o poder público em todas as suas instâncias (Império, Estados e Comunidades) auxiliarão os pais "[...] dos alunos desprovidos de recursos suficientes", nos ensinos secundário e superior, "[...] até a conclusão dos respectivos cursos"; encontrando dispositivo semelhante no artigo 48, parágrafo 3, da Constituição espanhola (1931), quando menciona "[...] facilitar aos espanhóis economicamente necessitados o acesso a todos os graus de ensino", lembrando apenas que as ordens de limitação seriam apenas a aptidão ou vocação do aluno.

Um avanço no Direito de Família foi a igualdade jurídica entre filhos legítimos e ilegítimos, de que trata o artigo 121 da Constituição alemã (1919), com direta correspondência com o artigo 43 da Constituição espanhola (1931), em seu parágrafo 3; aqui prevendo inclusive investigação de paternidade no parágrafo 4. Foram previstas inclusive mudanças nas leis de registro público, vedando a distinção ou rubricas distintas nos livros de registro.

O artigo 132 e 133 da Constituição alemã (1919) dispõe que o cidadão tem o dever de aceitar "[...] funções não retribuídas" e "[...] prestar ao Estado e às Comunidades serviços" em harmonia com as leis, pelo bem do povo; dispositivo que encontra equivalente no artigo 37 da Constituição espanhola (1931), que dispõe que "O estado poderá exigir de todo cidadão sua prestação pessoal para serviços civis e militares, na forma da lei". O artigo 134, na mesma linha, trata de os cidadãos serem "[...] obrigados a contribuir com suas faculdades para os encargos públicos", dispositivo sem equivalente na Constituição espanhola (1931).

No plano da cultura, cuida o artigo 142 da Constituição alemã (1919) das artes e das ciências, assegurando-lhe plena liberdade e colocando o Estado como seu protetor e colaborador, pois são consideradas expressões da alma nacional; enquanto na Constituição espanhola (1931) estes tópicos são tratados nos artigos 45 e 48 da Constituição espanhola (1931), dispondo o artigo 45 que a "[...] a riqueza artística e histórica do país" devem ser preservados e protegidos pelo Estado, como "[...] tesouro cultural da nação" e o artigo 48 que a "[...] cultura é atribuição essencial do Estado". O artigo 45 prevê ainda possibilidade de expropriações para sua defesa.

3.1.2. A ordem Econômica.

A Ordem Econômica em uma Constituição trata constitucionalmente do regime jurídico da propriedade. Desde a Revolução Industrial até as Constituições sociais o regime jurídico da propriedade sofreu crescentes restrições de ordem constitucional, sempre buscando atender aos interesses da sociedade, em suas múltiplas acepções. A propriedade obriga e deve atender a sua função social. Sua nota característica em um sistema capitalista é propiciar a geração de riqueza, valor que deve ser conjugado com o conceito de moradia digna.

A Ordem Econômica na Constituição alemã (1919) é tratada na Seção V – 'Da vida econômica'. O dispositivo que mais nos chama atenção é o artigo 151, que dispõe sobre os vetores a serem observados, dentre eles o princípio de justiça, para então enunciar a dignidade da pessoa humana. Esta Constituição foi das pioneiras a dispor formalmente sobre este tema, depois também formalizado na Lei Fundamental de Bonn (1949). Mesmo sendo uma Constituição social-democrata, a vida econômica seria pautada pela liberdade econômica individual, bem como pela liberdade de comércio e de indústria. Estas liberdades estão diretamente associadas ao artigo 153, primeira parte, que garante a propriedade. Estes valores encontraram eco no artigo 46, parte 2, da Constituição espanhola (1931), quando dispõe que "A República assegurará a todo trabalhador as condições necessárias de uma existência digna". E como desdobramento jurídico da dignidade da pessoa humana, "Sua legislação social regulará: os casos de seguro-doença, acidente, desemprego, velhice, invalidez e morte; o trabalho das mulheres e jovens, e especialmente a proteção da maternidade; [...]". O artigo 165, parágrafo 1, da Constituição alemã (1919) dispõe sobre a participação dos trabalhadores na gestão das forças produtivas em cooperação com os empregadores[97], encontrando dispositivo semelhante no artigo 46, parágrafo 2, parte final, ao dispor sobre "[...] a participação dos trabalhadores na direção, administração e nos benefícios da empresa, e tudo quanto afete a defesa dos trabalhadores". Uma redação muito próxima.

O artigo 152 da Constituição alemã (1919) formalizou o princípio da autonomia da vontade nos contratos, vedando a prática da usura e prevendo pena de nulidade aos atos contrários aos bons costumes, enquanto a Constituição

[97] Artigo 165, parte 1 - "Os trabalhadores e empregados serão convocados a participar, em pé-de-igualdade e cooperação com os empregadores, na regulação dos salários e condições de trabalho bem como no desenvolvimento econômico das forças produtivas".

espanhola (1931) não apresenta dispositivo semelhante, mas o tema é tratado pela denominada Lei da Usura ou Lei Azcárate, de 23 de julho de 1908.

O regime jurídico-constitucional da propriedade é previsto no artigo 153 da Constituição alemã (1919), sendo a propriedade garantida pela Constituição. Mas, há previsão de expropriação pautada pelo bem-comum mediante justa indenização, salvo exceções previstas em lei. O dispositivo é claro sobre o novo conceito de propriedade ao determinar que "A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social". Já na Constituição espanhola (1931) o artigo 44 prevê que toda riqueza do país, "[...] seja quem for seu dono", fica sujeita ao interesse nacional – um conceito jurídico indeterminado, prevendo-se ainda, no parágrafo 1, que toda classe de bens pode ser expropriada, por utilidade social, mediante adequada indenização, e no parágrafo 2 que "Com os mesmos requisitos a propriedade poderá ser socializada". A repartição e o uso do solo são previstos no artigo 155 da Constituição alemã (1919), visando assegurar aos alemães e suas famílias habitação salubre. Há previsão de expropriação de imóveis para suprir carências de alojamento, e para "[...] promover a colonização e o aproveitamento dos baldios ou para o progresso da agricultura". E ainda, que "O cultivo e a exploração do solo constituem um dever do proprietário para com a coletividade. A mais valia deve ser utilizada em benefício da coletividade". Não encontramos dispositivo semelhante no texto constitucional, mas a matéria foi tratada na Lei da Reforma Agrária da Espanha, de 09 de setembro de 1932[98].

O artigo 156 da Constituição alemã (1919) dispõe que "Mediante indenização e por analogia com as disposições relativas à expropriação, o Império pode, por lei, converter em propriedade da coletividade as empresas econômicas privadas suscetíveis de serem socializadas", enquanto o artigo 44 da Constituição espanhola (1931) prevê no parágrafo 5 que "O Estado poderá intervir por lei na exploração e coordenação de indústrias e empresas [...]", não se admitindo em nenhum caso o confisco de bens.

O regime jurídico do trabalho encontra previsão no artigo 157 da Constituição alemã (1919), ficando "[...] sob especial proteção do Império", enquanto o artigo 46 da Constituição espanhola (1931) prevê que o trabalho "[...] é uma obrigação social e gozará da proteção das leis". Ainda relativo a este regime jurídico, há que se comentar da sindicalização, tema tratado no artigo 159 da Constituição alemã (1919), "[...] para defesa e melhorias das condições de trabalho

[98] Sobre a questão agraria na Segunda República espanhola (1931-1936), consultar Robledo (2020).

e de vida"; enquanto o tema encontra dispositivo semelhante no artigo 39 da Constituição espanhola (1931), "[...] para os distintos fins da vida humana"[99].

Da segurança social cuida o artigo 161 da Constituição alemã (1919), para "[...] conservação da saúde e da capacidade de trabalho, proteção da maternidade e prevenção dos riscos da idade, da invalidez e das vicissitudes da vida"; encontrando dispositivos semelhantes nos artigos 43, parágrafo 6 – "O Estado prestará assistência aos enfermos e idosos e proteção à maternidade e à infância, fazendo sua a <<Declaração de Genebra>> ou carta dos direitos da criança", e artigo 46, parágrafo 2 – "A República assegurará a todo trabalhador as condições necessárias de uma existência digna. Sua legislação social regulará: os casos de seguro-doença, acidente, desemprego, velhice, invalidez e morte, [...]".

Finalmente, os artigos 162 e 163 da Constituição alemã (1919), quando tratam de uma regulação internacional do regime jurídico dos trabalhadores e de um conjunto de direitos sociais para a classe trabalhadora da humanidade – a teor do discurso de Asúa sobre um projeto civilizatório, e do dever moral de "[...] empregar suas forças intelectuais e físicas para o bem da coletividade". Também aqui cuida-se do seguro-desemprego ao dispor "Na falta de trabalho apropriado, deve-lhe ser assegurado o seu sustento"; não encontram disposição semelhante na Constituição espanhola (1931).

Franca Filho (2020, p. 3) resume bem o desafio enfrentado ao se construir um Estado Social e democrático de Direito:

> [...] hoje a tarefa mestra do Estado Social e Democrático de Direito é "superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social". Para atingir tal fim, é basilar um certo intervencionismo do Estado na sociedade, mediante eficazes formas de assistência e previdência sociais, cabendo à legislação ordinária, às decisões judiciais e aos atos administrativos do governo preencher de conteúdo concreto essa ação. O grande desafio do Estado Social e Democrático de Direito é, portanto, conjugar, de modo preciso e equilibrado, a liberdade individual e o abstencionismo estatal com a segurança social e o intervencionismo.

[99] Da expansão do movimento operário neste período à luz da liberdade de associação, consultar Agesta (1978, p. 416).

Tabela de Justaposição

CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE 11 DE AGOSTO DE 1919	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ESPANHOLA DE 09 DE DEZEMBRO DE 1931
Preâmbulo	**Preâmbulo**
O povo alemão, uno em seus componentes étnicos e animado da vontade de renovar e consolidar o seu Império, na liberdade e na justiça, de contribuir para a paz dentro e fora de suas fronteiras e de trabalhar para o progresso social, estabelece a Constituição seguinte:	Como Presidente das Cortes Constituintes, e em seu nome, declaro solenemente que estas, em uso da soberania de que estão investidas, decretaram e sancionaram o seguinte: Espanha, no uso de sua soberania, representada pelas Cortes Constituintes, decreta e sanciona esta Constituição.
PARTE II — DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS DOS ALEMÃES	**CAPÍTULO II – Família, economia e cultura**
Seção II — Da vida social	-
Art. 120. A educação dos filhos em vista do aperfeiçoamento físico, moral e social é o dever supremo e constitui direito natural dos pais, incumbe à comunidade política cuidar de sua fiscalização. Art. 143. Para a educação da juventude existem estabelecimentos públicos. O Império, os Estados e as comunas colaboram na sua organização. Art. 144. O ensino no seu conjunto está sob fiscalização do Estado, que a isso pode associar as comunas.	Art. 43. A família está sob a salvaguarda especial do Estado. [...]. (1) Os pais estão obrigados a alimentar, assistir, educar e instruir seus filhos. O estado velará pelo cumprimento destes deveres e se obriga subsidiariamente a sua execução.

Art. 148. O ensino ministrado em todas as escolas visa ao desenvolvimento da formação moral, do espírito cívico e da capacidade individual e profissional, em conformidade com o caráter nacional alemão e com a reconciliação dos povos. Art. 121. A lei deve assegurar aos filhos ilegítimos as mesmas condições de desenvolvimento físico, moral e social dos filhos legítimos.	Art. 50. [...]. (1) O Estado exercerá a suprema fiscalização em todo o território nacional para assegurar o cumprimento das disposições contidas neste artigo e nos anteriores. Art. 48 [...]. (4) O ensino será laico, fará do trabalho o eixo de sua atividade metodológica e se inspirará nos ideais de solidariedade humana. Art. 43. [...]. (3) Os pais têm para com os filhos havidos fora do matrimônio os mesmos deveres que em respeito aos nascidos nele. (4) As leis civis regularão a investigação de paternidade. (5) Não se poderá consignar declaração alguma sobre a legitimidade ou ilegitimidade dos nascimentos nem sobre o estado civil dos pais, nas atas de inscrição, nem em qualquer filiação.
Art. 122. A juventude deve ser protegida contra a exploração e o abandono moral, intelectual e físico. O Estado e as comunas têm o dever de criar as instituições adequadas necessárias. Art. 143. Para a educação da juventude existem estabelecimentos públicos. O Império, os estados e as comunas colaboram na sua organização.	Art. 46. 2. [...]; o trabalho da mulher e dos jovens, [...]. Art. 50. [...]. (1) O Estado exercerá a suprema fiscalização em todo o

	território nacional para assegurar o cumprimento das disposições contidas neste artigo e nos anteriores.
Art. 132. Todo cidadão tem o dever de aceitar funções não retribuídas, nos termos da lei.	Sem norma constitucional correspondente.
Art. 133. Todos os cidadãos são obrigados a prestar ao Estado e às comunas serviços em harmonia com as leis.	Art. 37. O Estado poderá exigir de todo cidadão sua prestação pessoal para serviços civis e militares, na forma da lei.
Art. 134. Todos os cidadãos são obrigados a contribuir conforme as suas faculdades para os encargos públicos, em harmonia com as leis.	Sem norma constitucional correspondente.
Art. 142. As artes, as ciências e o seu ensino são livres. Incumbe ao Estado protegê-las e contribuir para o seu desenvolvimento.	Art. 48. O serviço da cultura é atribuição essencial do estado, e o prestará mediante instituições educativas enlaçadas pelo sistema de ensino unificado. Art. 45. Toda a riqueza artística e histórica do país, seja quem for seu dono, constitui tesouro cultural da Nação e estará sob a salvaguarda do Estado, que poderá proibir sua exportação e alienação e decretar as expropriações legais que estimar oportunas para sua defesa. O Estado organizará um registro da riqueza artística e histórica, assegurará sua zelosa custódia e atenderá sua perfeita conservação. (1) O Estado protegerá também os lugares notáveis por sua beleza natural ou por seu reconhecido valor artístico ou histórico.
Art. 145. O Estado assegura o princípio da escolaridade obrigatória. [...]. São gratuitas a instrução e a assistência escolar nas escolas populares e de aperfeiçoamento.	Art. 48 [...]. (2) O ensino primário será gratuito e obrigatório.

Art. 146. O ensino público deve obedecer a um plano orgânico. [...]. O Império, os Estados e as comunas prestarão o necessário auxílio aos pais dos alunos desprovidos de recursos suficientes e dignos de ascenderem ao ensino secundário e superior, até a conclusão dos respectivos cursos.	Art. 48 [...]. (3) A República legislará no sentido de facilitar aos espanhóis economicamente necessitados o acesso a todos os graus de ensino, a fim de que não se ache limitado mais que pela aptidão ou vocação.
Seção V — Da vida econômica.	-
Art. 151. A organização da vida econômica deverá realizar os princípios de justiça, tendo em vista assegurar a todos uma existência conforme a dignidade humana. Dentro destes limites deve ser assegurada a liberdade econômica individual. É garantida a liberdade de comércio e indústria em harmonia com as leis do Império. Artigo 165, parágrafo 1: Os trabalhadores e empregados serão convocados a participar, em pé-de-igualdade e cooperação com os empregadores, na regulação dos salários e condições de trabalho bem como no desenvolvimento econômico das forças produtivas. As organizações formadas por ambos os lados e seus acordos mútuos serão reconhecidos.	Art. 44. [...]. (5) O Estado poderá intervir por lei na exploração e coordenação de indústrias e empresas quando assim exigirem a racionalização da produção e os interesses da economia nacional. Art. 46. [...] (2) A República assegurará a todo trabalhador as condições necessárias de uma existência digna. Sua legislação social regulará: os casos de seguro-doença, acidente, desemprego, velhice, invalidez e morte; o trabalho das mulheres e jovens, e especialmente a proteção da maternidade; a jornada de trabalho e o salário mínimo e familiar; as férias anuais remuneradas; as condições do trabalhador espanhol no estrangeiro; as instituições de cooperação; a relação econômico-jurídica dos fatores que integram a produção, a participação dos trabalhadores na direção, administração e nos benefícios da empresa, e tudo quanto afete a defesa dos trabalhadores.

	Art. 33. Toda pessoa pode escolher livremente sua profissão. É reconhecida a liberdade de indústria e comércio, salvo as limitações que, por motivos econômicos e sociais de interesse geral, imponham as leis.
Art. 152. Nas relações econômicas a liberdade contratual só vigora nos limites da lei. É proibida a usura. São nulos os atos contrários aos bons costumes.	Sem norma constitucional correspondente. O tema é tratado na Lei de Usura ou Lei Azcárate, de 23 de julho de 1908, ainda em vigor.
Art. 153. A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e os seus limites resultam da lei. A expropriação tem de ser determinada pelo bem comum e dá-se em virtude de disposições legais e mediante justa indenização, exceto nos casos declarados na lei. Havendo litígio acerca da quantidade da indenização, permite-se o recurso aos tributos ordinários, salvo disposição de lei do Império em contrário. A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social.	Art. 44. Toda a riqueza do país, seja quem for seu dono, está subordinada aos interesses da economia nacional e afeta à manutenção dos encargos públicos, com apoio na Constituição e nas leis. (1) A propriedade de toda classe de bens poderá ser objeto de expropriação forçada por causa de utilidade social mediante adequada indenização, a menos que disponha outra coisa uma lei aprovada pelos votos da maioria absoluta das Cortes. (2) Com os mesmos requisitos a propriedade poderá ser socializada.
Art. 155. O Estado tem o direito e a obrigação de regular a repartição e utilização do solo, evitando quaisquer abusos, e com a objetivo de assegurar a todos os alemães uma habitação salubre e a todas as famílias, especialmente às mais numerosas, um lar independente e um centro de atividade econômica correspondente às suas necessidades. Podem ser expropriados os imóveis cuja aquisição seja necessária para acudir às carências de alojamento, para promover a colonização e o aproveitamento dos baldios ou para o progresso da agricultura. O cultivo e a exploração do solo constituem um dever do proprietário para com a coletividade. A mais valia deve ser utilizada em benefício da coletividade.	O uso da terra não foi tratado constitucionalmente. Para este intento foi editada a Lei de Reforma Agrária da Espanha, de 09 de setembro de 1932.

Todas as riquezas do solo e do subsolo e todas as forças naturais suscetíveis de utilização económica estão sob a fiscalização do Estado.	
Art. 156. Mediante indenização e por analogia com as disposições relativas à expropriação, o Império pode, por lei, converter em propriedade da coletividade as empresas econômicas privadas suscetíveis de serem socializadas.	Art. 44 [...]. (5) O Estado poderá intervir por lei na exploração e coordenação de indústrias e empresas [...]. (6) Em nenhum caso se imporá a pena de confisco de bens.
Art. 157. O trabalho está sob proteção especial do Império. O Império instituirá um direito do trabalho uniforme.	Art. 46. O trabalho, em suas diversas formas, é uma obrigação social e gozará da proteção das leis.
Art. 159. É garantida a liberdade de associação para defesa e melhoria das condições de trabalho e de vida. São nulas quaisquer convenções ou atos destinados a limitar ou impedir o exercício desta atividade.	Art. 39. Os espanhóis poderão associar-se ou sindicalizar-se livremente para os distintos fins da vida humana, conforme as leis do Estado. Os Sindicatos e Associações estão obrigados a inscrever-se no Registro público correspondente, na forma da lei.
Art. 161. O Império promoverá a criação de um sistema geral de segurança social, para conservação da saúde e da capacidade de trabalho, proteção da maternidade e prevenção dos riscos da idade, da invalidez e das vicissitudes da vida.	Art. 43. [...]. (6) O Estado prestará assistência aos enfermos e idosos e proteção à maternidade e à infância, fazendo sua a <<Declaração de Genebra>> ou carta dos direitos da criança.
Art. 162. O Império procurará obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegure ao conjunto da classe operária da humanidade um mínimo de direitos sociais.	Sem norma constitucional correspondente.
Art. 163. Sem prejuízo da sua liberdade individual, todos os cidadãos têm o dever moral de empregar as suas forças intelectuais e físicas para o bem da coletividade. Deve ser dada a cada cidadão a possibilidade de granjear os meios de vida pelo seu trabalho. Na falta de trabalho apropriado, deve-lhe ser assegurado o seu sustento.	Sem norma constitucional correspondente.

Conclusões

Após demonstrar as transformações socioeconômicas ocorridas na Europa com as Revoluções Industrial e Francesa, com os movimentos operários que surgiriam, bem como os seus impactos na vida das pessoas ao longo do século XIX, acreditamos ter logrado êxito em traçar o percurso do Estado Liberal ao Estado Social e democrático de Direito. As nações mais industrializadas da Europa no período compreendido entre os séculos XVIII-XX, Inglaterra e Alemanha, estiveram à frente destas transformações e influenciaram os países vizinhos. No centro europeu, contudo, o destaque fica com a Alemanha, pois o processo de unificação como conduzido pela Prússia deu espaço para o *Zollverein*, e daí para a aceleração da industrialização dos Estados germânicos e depois para a unificação da Alemanha. As deficiências do Estado liberal haviam sido bem assinaladas em 1848 com o 'Manifesto' de Karl Marx. No caso alemão, o modelo de solução seria definido somente em 1919 com a Constituição de Weimar.

No caso espanhol, do surgimento de seu constitucionalismo com a Constituição de Cádiz (1812) à Constituição de 1931, inaugurando a Segunda República espanhola, um percurso semelhante foi percorrido, com enfrentamento de liberais e conservadores, com Constituições sem efeito prático, com desigualdades sociais que se agravaram e cujos efeitos eclodiram em quase sincronia com o que ocorrera na Alemanha. Era a modernidade nas relações socioeconômicas que estava por chegar à Espanha. A Monarquia esgotara-se nas práticas oligárquico-caciquistas e as transformações se impunham por um movimento exógeno. Com a proclamação da Segunda República, o pioneirismo do constitucionalismo social alemão chegava à Península Ibérica através do trabalho de acadêmicos e estudiosos da dogmática alemã, durante o processo constituinte. A Espanha se alinhava ao que havia de mais moderno em dogmática constitucional, sinalizando assim a abertura de seu Direito ao Direito Internacional.

Ao elaborarmos a Tabela de Justaposição no plano da microcomparação, privilegiamos os títulos da Ordem Social e Econômica e buscamos dispositivos ou redações semelhantes nas Constituições alemã (1919) e espanhola (1931). Que a Constituição alemã (1919) tinha sido referência já o tínhamos constatado em algumas obras de referência sobre o tema, mas em comentários pontuais. Com a justaposição verificamos que inúmeros vocábulos da Constituição alemã (1919) se repetem na Constituição espanhola (1931), pelo que podemos afirmar que ao

seguir a dogmática alemã a Espanha assimilou formalmente o resultado prático da evolução constitucional e socioeconômica alemã do século XIX, buscando para si um modelo de solução que havia sido pensado para aquela sociedade. Um modelo de solução que, com ajustes, poderia ser aplicado na Espanha porque se apresentava como um modelo de solução de aplicação universal, diante da crise social que se mostrava em inúmeros países.

Finalmente, notamos que a Constituição de Weimar (1919) influenciou no período as Constituições espanhola (1931), portuguesa (1933) e brasileira (1934). A Constituição alemã de Weimar (1919) foi uma das pioneiras na tutela da dignidade da pessoa humana, numa mensagem clara de repúdio ao autoritarismo. E após a Segunda Guerra Mundial, seus valores seriam espelhados na Lei Fundamental de Bonn (1949), novamente com a dignidade da pessoa humana se destacando no texto constitucional, em repúdio ao totalitarismo nazifascista e sinalizando a importância dos Direitos Sociais para o fortalecimento do Estado Social e democrático de Direito. Sua presença, conquanto contida pelo nazifascismo e suas variantes, regressaria mais tarde no pós-Segunda Guerra Mundial nas Constituições portuguesa de 1976, espanhola de 1978 e brasileira de 1988. Portanto, compreender a História socioeconômica e o constitucionalismo europeu do século XIX e algumas de suas Constituições é fundamental para compreendermos o tempo em que vivemos, em boa medida ainda sob a sombra da Constituição de Weimar.

REFERÊNCIAS

AGESTA, S. L. *Historia del Constitucionalismo español*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978.

DE ASÚA, L. G. *Discurso de presentación del proyecto de Constitución*. Disponível em: <https://www.eroj.org/biblio/consrepu/jzasua.htm>. Acesso em: 30 jan. 2020.

ATIENZA, F. J. C. *La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=204824>. Acesso em: 23 jan. 2020.

BLANCO VALDÉZ, R. *El Estado federal interminable*. **In** El Estado de las autonomías en el siglo XXI: cierre o apertura indefinida. P. 163-211. Madrid, 2001.

BLÁZQUEZ, G. S. *Perspectivas jurídicas romanas de la construcción judicial del triángulo mágico fideicomisso&equity&trust*. RGDR, nº 26, Iustel, Madrid, Jul. 2016, pp. 1-48.

_____. *Perspectivas jurídicas romanas de Cy-près en la órbita del stare decisis nel Common Law Angloamericano*. Anuario de Historia del Derecho Español, Vol. LXXXVI, 2017, pp. 333-376.

_____. *Los pilares económicos y jurídicos romanos del capitalismo global*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. *Las esferas jurídicas de dos mundos*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019a.

_____. *Planos jurídicos de la 'Doctrina pedís possessio' en la esfera del common law de los Estados Unidos de América*. Revista: e-Legal History Review (e-SLHR), nº 29, Iustel, Madrid, Jan. 2019b, pp. 1-55.

BORBA, L. E. C. *Adam Smith e o uso objetivo da economía como forma para a obtenção do direito fundamental a liberdade*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/317595120_Adam_Smith_e_o_uso_objetivo_da_economia_como_forma_para_a_obtencao_do_direito_fundamental_a_liberdade>. Acesso em: 07 fev. 2020.

BRUNET, R. *La Constitution allemande du 11 aout 1919*. Paris: Payot & Cie, 1921.

BRUNN, G. *La Europa del siglo XIX (1815-1914)*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura, 1992.

CALLEJÓN, F. B. (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional*. 8ª ed. Vol. I. Madrid: Tecnos, 2013.

CARR, W. *A History of Germany 1815-1990*. 4ª ed. Londres: Edward Arnold, 1991.

CLAVERO, B. *Manual de historia constitucional de España*. Madrid: Alianza, 1989.

CUENCA, E. C. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.

DE LIMA, E. C., et al. *Revolução Industrial: considerações sobre o pioneirismo industrial inglês*. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/32912>. Acesso em: 07 fev.2020.

DE OLIVEIRA, J. M. *Continuidade e ruptura em O Antigo Regime e a Revolução: o problema da centralização administrativa*. Disponível em: https://www.historiadahistoriografia.com.br/revista/article/download/474/355. Acesso em: 28 jan. 2020.

DEL MORAL, A. T. *Constitucionalismo histórico español*. 6ª ed. Madrid: Servicio de Publicaciones – Facultad de Derecho / Universidad Complutense, 2009.

DUTRA, D. C. *Métodos em Direito Comparado*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/312202721_METODOS_EM_DIREITO_COMPARADO>. Acesso em: 20 de jan. 2020.

ESPANHA. [Constituição (1931)]. *Constitución de 09 de dezembro de 1931*. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-source/constituciones-espa/1931_2.pdf?sfvrsn=6>. Acesso em: 23 jan. 2020.

ESPANHA. [Constituição (1978)]. *Constitución española*. Disponível em: <https://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

FLORENZANO, M. *François Furet – historiador da Revolução Fr***ancesa**. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/download/18757/20820. Acesso em: 28 jan. 2020.

FRANCA FILHO, M. T. *A Alemanha e o Estado de Direito*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/200/r133-12.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 28 jan. 2020.

FRANÇA. [Declaração (1789)]. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 07 fev. 2020.

GONZÁLEZ, S. M. C. *Manual de Historia del derecho Español*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GUEDES, M. A. P. *Estado e Ordem Econômica e Social – A experiencia constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934*. 1º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HEINEN, J. *Método de Direito Comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/25147 >. Acesso em 20 de jan. 2020.

HOLBORN, H. *History of Modern Germany 1840-194***5**. Princeton: Princeton University Press, 1981.

KOCH, H. W. 1ª ed. *A constitutional history of Germany in thenineteenth and twentieth centuries*. New York: Longman, 1984.

LASSALE, F. *A essência da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LIMA, S. C. de C. *Compreender Tocqueville através da Revolução Francesa: a historiografia pela República.* Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6077160.pdf. Acesso em: 28 jan. 2020.

MARTINS, A. E. M. *John Locke e a liberdade como fundamento da propriedade*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6630142.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020.

ORLOW, D. *A History of Modern Germany – 1871 to present*. 3ª ed. New Jersey: Prentice Hall, 1995.

RISTIK, J. *Right to property from Magna Carta to the European Convention of Human Righ***ts**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/290600941_Right_To_Property_From_Magna_Carta_To_The_European_Convention_On_Human_Rights>. Acesso em: 28 jan. 2020.

RIVERO, C. N.; SEGARRA, R. M. M. *Historia Constitucional de España*. Madrid: Universitas, 1997.

ROBLEDO, R. *Tierra, trabajo y reforma agraria en la Segunda República española (1931-1936): algunas consideraciones críticas*. Disponível em: <http://historiaagraria.com/FILE/articulos/HA72_Robledo-Gonzalez.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2020.

SALDANHA, N. *Formação da Teoria Constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SÁNCHEZ-MARÍN, A. *Constitucionalismo español 1808-1978*. Madrid: Zaquizami, 1994.

SEGADO, F. F. *La solidaridad como principio constitucional*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4097796.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

SIGMANN, J. *1848 – Las revoluciones románticas y democráticas de Europa*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1985.

SMITH, A. *A riqueza das nações*. Livro 1. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4881/mod_resource/content/3/CHY%20A%20Riqueza%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020.

SOARES, L. C. *O mecanismo e as bases intelectuais da Revolução Industrial inglesa*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/273170799_O_MECANISMO_E_

AS_BASES_INTELECTUAIS_DA_REVOLUCAO_INDUSTRIAL_INGLESA>. Acesso em: 24 jan. 2020.

STOLPER, G. *Historia Económica de Alemania de 1870 a 1940*. [S.l.]: Fondo de Cultura Econömica, 1942.

SUANZES-CARPEGNA, J. V. *La Constitución de 1931 y la organización territorial del Estado*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga-articulo/4966571.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020 a.

_____. *La Constitución española de 1931 (fuentes, rasgos, influencias)*. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4798/15.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020b.

SOLÉ TURA, J. *Constituciones y períodos constituyentes em España (1808-1936)*. 18ª ed. Madrid: Siglo XXI, 2000.

SANTOS, J. M. V. *Las constituciones de España – las Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*. Pamplona: Thomson-civitas, 2008.

WEBER, M. *Parlamento e governo na Alemanha reordenada*. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

FEDERAÇÃO E UNITARISMO: notas sobre a experiência autonômica hispano-brasileira

Marco Aurelio Peri Guedes
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Professor Dr. Adjunto de Direito Público, DCJUR-IM, Nova Iguaçu, Brasil, marcoguedes3@gmail.com

Resumo: O artigo analisa a formação do Estado espanhol e a aplicação do conceito de autonomia nas suas regiões, para então comparar com a federação brasileira. A formação dos dois Estados será feita em linhas fundamentais, destacando-se os elementos históricos conducentes a estas formas de Estado adotadas como modelo de solução. Tomando a Espanha como referência, serão analisados os princípios dispositivo e da solidariedade como pressupostos à experiência autonômica, buscando dispositivos similares na ordem constitucional brasileira, sob a Constituição de 1988. Daí serão indicadas leis que orientam a viabilidade financeira do Estado e a plena materialização das autonomias regionais, em Espanha e no Brasil, sob os princípios da cooperação e coordenação. Percebe-se nos dois casos estudados que a plena autonomia só é uma realidade quando há recursos financeiros suficientes para a realização das competências legislativas e atribuições administrativas definidas no marco constitucional. Nota-se um indicativo claro de que este ponto de equilíbrio ainda está por ser alcançado, demandando ajustes constantes por melhor organização do Estado e gestão mais eficiente de recursos financeiros. Independente da forma de Estado, a variável financeira é uma questão estrutural. Finalmente, compara-se o Estatuto de Galícia com a Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989.

Palavras-chave: Autonomia. Espanha. Brasil. Finanças públicas. Equilíbrio.

1.Introdução

O Estado enquanto fenômeno de poder político reconhecido após o século XVI não se apresenta de modo idêntico em sua forma de organização no concerto das nações. Para o entendimento de cada uma destas formas de organização do poder soberano, há que se observar condicionantes de ordem histórico-geográfica de cada sociedade que conduzem à adoção de distintas formas de Estado. Espaço territorial complexo onde ocorreram estas transformações nos últimos quinhentos anos, a realidade política europeia nos é ainda distante, pelo que nosso desconhecimento acerca da formação de alguns Estados nos conduz a compreensões equivocadas sobre si. Não podemos vislumbrar o surgimento do

fenômeno estatal na Europa como se obedecesse a um roteiro único de eventos e resultados, pois como assevera Nicola Matteucci, cada Estado europeu percorreu um caminho único, particular, em sua construção – leia-se unificação territorial, devendo por isso ser analisado com cuidado e em detalhe.

Com Matteucci, por exemplo, devemos perceber a formação do Estado italiano e de suas complexidades territoriais com outros olhos, uma Itália que se unifica apenas em 1870. De igual modo podemos analisar o Estado alemão no século XIX. No *Heartland* europeu, onde hoje encontramos uma Alemanha antes de sua primeira unificação em 1871 havia mais de trezentos e sessenta Estados germânicos. Em ambos os casos se reflete a existência de expressiva fragmentação territorial e processos de redução progressiva à unidade. Já Portugal apresentou um caminho diverso, pois desde seus primórdios seu território já nasce uno e sob controle da Realeza, sem ter passado pelo regime feudal e suas multiplicidades territoriais.

Outro exemplo particular em sua formação territorial é a Espanha, um dos mais antigos Estados europeus e cuja formação remonta aos séculos XII-XV. Aqui encontramos uma nação que se formou e evoluiu ao longo de oito séculos merecendo poucas linhas em nossos manuais de Teoria do Estado e algumas considerações acerca do conceito de autonomia, quando do estudo de formas de Estado. A *Hispania* da alta Idade Média com todos os seus reinos cristãos pouco atrai nossa atenção, mas seu conhecimento é fundamental para compreender o Estado espanhol atualmente configurado. Sua lembrança mais marcante nos estudos de Teoria do Estado é a de ser exemplo de Estado autonômico, sem que as razões desta formação estatal sejam evidenciadas com maiores reflexões.

Uma aproximação cuidadosa poderia nos oferecer uma outra perspectiva de compreensão, bem mais enriquecedora desta realidade estatal. Trata-se de caso único, até o momento exitoso, de unificação de distintas nacionalidades e reinos com preservação de suas identidades históricas. O propósito deste trabalho é analisar alguns ângulos da engenharia política do Estado autonômico espanhol e sua atual Constituição (1978) e compará-los nos âmbitos macro e micro - no plano estatal e no plano local da autonomia – com o Estado federal brasileiro e sua Constituição (1988). Após situar brevemente os dois Estados nacionais em termos histórico-políticos, faremos uma comparação do âmbito da autonomia entre a Comunidade Autônoma da Galícia (com seu Estatuto de 1981) e o Estado do Rio de Janeiro com sua Constituição (1989). Para tanto, faremos uso de uma abordagem interdisciplinar empregando métodos de Direito Comparado - em

perspectivas micro e macro - auxiliados por outras disciplinas como História do Direito, Teoria do Estado, Ciência Política, Direito Constitucional, Direito Financeiro e Tributário. Há, portanto, que serem feitas considerações e abordagens conceituais de distintas ordens a fim de compreendermos melhor esta experiência política única, apontando semelhanças e particularidades.

Compreender o conceito de Estado de autonomias não pode resumir-se apenas à sua posição no marco constitucional espanhol, pois deve incidir também em uma análise histórica relativa à formação das distintas nacionalidades que compõem este Estado. Já de início nos salta aos olhos uma importante distinção conceitual a envolver o conceito de nação, qual seja o de que a Espanha é uma nação que se compõe de nacionalidades – ou Comunidades autônomas. Trata-se, portanto, de caso de chamado Estado plurinacional. Ao contrário do Brasil, onde identificamos uma nação de composição multiétnica, mas dotada de língua, religião e cultura predominantemente homogênea. No cenário brasileiro, estes elementos são identitários da nação brasileira. Este já é um ponto de partida referencial, pois na América latina nos é ensinado que nossas nações são multiétnicas, mas dotadas de certa homogeneidade. Não estamos habituados a analisar o elemento humano - como elemento constitutivo do Estado - sendo formado por nações distintas, bem caracterizadas por séculos de existência.

Foi para atender estas identidades nacionais, cujos interesses e demandas foram relegados a segundo plano ao longo de séculos, que o debate político iniciado com a redemocratização em Espanha no ano de 1975 abraçou a causa autonômica, a fim de manter a integridade do Estado nacional. A descentralização administrativa seria uma conquista para estas nações, assegurando um autogoverno com espaço decisório próprio nos respectivos territórios para temas de seu interesse. Na Espanha, o próprio sentido da palavra independência ganha outra conotação, não significando a ruptura com o Estado nacional, mas sim autogoverno com dependência de Madrid. O sentimento de pertença nacional (*Staatsangehörigkeit)* tem aqui um significado desdobrado, pois para além da Comunidade Autônoma, a nacionalidade ou região pertence também a um projeto político maior. Com este cenário, o Estado de autonomias apresenta Estatutos de autonomia diferentes, acordados com o Parlamento espanhol, com competências legislativas e atribuições administrativas distintas.

De outro lado, no plano autonômico o Estado brasileiro parece ter sempre se orientado a uma aplicação homogênea da autonomia entre seus Estados federados no plano constitucional. Com as Constituições brasileiras estabelecendo

uma régua única de competências a todos os Estados federados haveria idealmente maior segurança jurídica na aplicação do Direito em todo o território. Dotado de grande extensão territorial, o debate público travado nos processos constituintes teria alimentado uma pretensão de autonomia uniforme sem considerações a realidades político-culturais especificas, ou mesmo certas características e vocações econômicas regionais. Estas realidades e características teriam que se acomodar no marco constitucional das competências estabelecidas pelos diversos poderes constituintes.

Em qualquer Estado conhecido, as regiões componentes de seu território raramente apresentarão desenvolvimento econômico uniforme, pelo que este é um ponto a se considerar em sua organização político-administrativa. Para além do marco constitucional de autonomia, as regiões de um Estado de autonomias e os Estados federados devem ser dotados de um plexo de tributos de sua competência, a fim de serem plenamente autônomos. Outrossim, recomenda-se vir acompanhado de um sistema de repartição de receitas tributárias. A Constituição pode, ainda, ser dotada de instrumental jurídico para equilibrar eventuais desigualdades entre as regiões, no plano da Constituição Financeira, por exemplo, por fundos de participação dos Estados ou Regiões. Neste sentido, destacar-se-iam, então, os dois princípios a merecer atenção em nosso estudo: o princípio dispositivo e o princípio da solidariedade. Em se analisando estes dois princípios em detalhe, acreditamos ser possível apontar algumas singularidades e pontos de semelhança entre os dois Estados.

A Espanha como um Estado de autonomias é exemplo de como governar uma nação com várias nacionalidades e identidades em espaço territorial relativamente exíguo. Razões históricas seculares conduzem à realidade dos Estatutos de autonomia diferenciados. Os Estatutos foram elaborados em observância ao princípio dispositivo, pedra de toque do Estado autonômico. Os Estatutos atendem às expectativas de autogoverno e desenvolvimento regional das Comunidades Autônomas de acordo com sua vocação e interesses. Eventuais desequilíbrios são corrigidos pela aplicação do princípio da solidariedade.

Em sua história constitucional o Estado brasileiro experimentou três formas de Estado: Reino Unido a Portugal e Algarves (1808-1822), Estado simples durante o Império (1822-1889) e federação (1891- tempos atuais). Seguindo o modelo norte-americano de organização política, a forma federativa contemplou o anseio das oligarquias locais em manter sua liderança dada a extensão territorial do país, o que foi sacralizado nos distintos textos constitucionais ao longo da história

brasileira (1891, 1934, 1946, 1967, 1969 e 1988) com a descentralização político-administrativa. Os Estados federados não poderiam, contudo, ir de encontro ao projeto nacional idealizado e formalizado nos diversos pactos fundamentais. Tampouco separar-se do restante do país, dado o constantemente verbalizado e formalizado princípio da indissolubilidade da União. As desigualdades econômicas regionais podem ser enfrentadas à luz do princípio da solidariedade, também presente na ordem constitucional brasileira. A Constituição brasileira (1988) contempla a hipótese de planos de desenvolvimento regional como forma de redução da desigualdade econômica e social, ao abrigo do disposto nos artigos 3º, inciso III c/c 170, inciso VII e 174, § 1º.

A concepção do Estado espanhol como Estado de autonomias é resultante do ingresso do país na vivência democrática em 1978. Unitário em sua indivisibilidade territorial, mas respeitante das identidades nacionais que lhe compõem. Em se optando pela elaboração de seu próprio Estatuto de autonomia, cada Comunidade Autônoma escolhe as competências que deseja desenvolver, respeitado um conteúdo mínimo de competências comuns. Outras competências devem ser acordadas com o Parlamento. O poder central ou nacional – designado simplesmente 'Estado', assemelha-se ao da União em uma federação – atua acompanhando e fiscalizando as competências desenvolvidas pelas regiões, equilibrando as desigualdades econômicas regionais e preservando a sua integridade. Como historicamente o Estado espanhol formou-se pela união de vários reinos, cada um deles refletindo uma nação, seus interesses definidos e diferenciados marcam a escolha de certas competências dentre as oferecidas pelo marco constitucional. A singularidade e o pioneirismo no caso espanhol, em termos de forma de Estado, é que cada nação tem o direito tutelado constitucionalmente a pleitear autonomia, segundo o princípio dispositivo.

No que tange à redução de desigualdades e realização das vocações econômicas, cremos que a experiência espanhola dos Estatutos autonômicos - e das cidades de Ceuta e Melila - poderia ser aproveitada no Brasil, para além do plano dos Estados federados, desdobrando-se o conceito de autonomia e permitindo-o constitucionalmente no caso das grandes metrópoles brasileiras, como Rio de Janeiro e São Paulo. É de se lembrar em passado não muito distante o Estado da Guanabara, que atendeu características únicas da cidade do Rio de Janeiro, em especial quando esta cidade era capital federal. Isto porque as megacidades possuem dinâmica econômica própria e diferenciada, que poderia ser incrementada se dotadas de autonomia. Lembre-se ainda o caso da cidade alemã

de Hamburgo. Caberia ao Congresso Nacional, em sua vontade soberana como representação máxima dos interesses da sociedade brasileira, a coragem de debater essas mudanças em profundidade, como alternativa a um modelo que até recentemente privilegiou a centralização administrativa em mãos da União, em detrimento dos interesses dos Estados membros e de suas vocações regionais, e num momento histórico em que as megacidades não estavam no horizonte político.

Assim, tendo como ponto de partida a forma de Estado dos dois Estados analisados –à luz da autonomia - e focando nos dois eixos principiológicos indicados (*Schwerpunkte*): princípios dispositivo e solidariedade[1]; apontaremos brevemente as linhas históricas fundamentais (*Historische Grundlinien*) de seu desenvolvimento para através de métodos comparativos, indicar singularidades e semelhanças entre ambos – núcleo comum de conceitos, valores e princípios no âmbito do marco constitucional, em uma perspectiva interdisciplinar. A comparação histórica trará elementos de compreensão necessários à contextualização das Constituições no tempo político de cada Estado e o modelo de solução adotado[2]. E daí a comparação entre alguns dispositivos das Constituições no plano da macrocomparação, à luz de uma ótica funcionalista[3]. No plano microcomparativo para o Estado espanhol, destacaremos alguns pontos do Estatuto autonômico da região da Galícia, estabelecido na Lei Orgânica 1/1981, de 06 de abril. E para o caso brasileiro, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro (1989).

2. Antecedentes da unidade Espanhola: formação e redução progressiva à unidade

Cumpre inicialmente indagar por que a Espanha como Estado chegou a esta engenharia política complexa e delicada em termos de forma de Estado. Acreditamos que o modelo adotado em 1978 tem raízes históricas que devem ser analisadas para sua melhor compreensão. Com auxílio da Teoria do Estado, no que se refere aos elementos constitutivos do Estado, o elemento humano aqui tem especial relevo. O povoamento da península ibérica (compreendendo Portugal e Espanha atualmente) é resultado de inúmeras migrações e miscigenação de povos

[1] Heinen (2020, p. 174).
[2] Heinen (2020, p. 178).
[3] Dutra (2020, p. 198-200).

ao longo de séculos. Em tempos pré-romanos a península observou a presença de celtas, gregos, fenícios e cartagineses, entre outros povos mediterrâneos, constituindo um verdadeiro caldeirão de povos e raças históricas[4]. A chegada romana à península se dá a propósito da Segunda Guerra Púnica (218 a.c.) e da fundação de Cartago Nova[5] como uma frente secundária na guerra entre Roma e Cartago. Roma então decide ocupar a península, conquistando os povos ditos bárbaros ali existentes e contendo a presença cartaginesa na região. Estes acontecimentos são indicativos de uma verdadeira globalização romana naquele momento[6]: "Ao finalizar a terceira destas últimas (146 a.C.)[7], Roma é vencedora e a nova força econômica imperial, terrestre e marítima" (BLÁZQUEZ, 2018, p. 34). Pouco depois, Roma permite que contingentes expressivos de bárbaros germânicos que haviam atravessado o Rio Reno se instalassem na península, como os alanos, vândalos e suevos. Os suevos em particular criaram um reino na região da Galícia (411-585) com a permissão de Roma, tornando-se depois um dos primeiros reinos medievais após a queda de Roma. Como reino protetorado de Roma, ocupariam a região e defendê-la-iam como seus aliados. Com o fim do Império romano em 475 d.c., os mouros atravessam o estreito de Gibraltar e invadem a Europa pela península ibérica, conquistando-a quase por completo entre 711 e 726[8], dada a pouca resistência oferecida, somente sendo contidos após a linha dos Pirineus pelos francos liderados por Charles Martel no ano de 732, na Batalha de Poitiers. Começa, então, um dos capítulos mais importantes da história ocidental, com o gérmen da formação dos futuros reinos de Portugal e Espanha - que iriam surgir à propósito da resistência aos mouros – a navegar, conquistar e dividir o mundo de então[9].

---

[4] A este propósito consultar Areán-García (2020, p. 5). A autora analisa a formação filológica dos diversos povos da península Ibérica pré-romana. Neste sentido, consultar também López (2002, p. 12).

[5] Barcelona como a conhecemos atualmente. Sobre a presença cartaginesa na Ibéria neste período, consultar García (2020).

[6] Neste sentido, consultar Blázquez (2018, p. 34): "Roma adota a livre circulação internacional terrestre e marítima de pessoas e bens entre seus domínios e se garantem assim seus interesses". Para os desenvolvimentos de institutos empresariais, comerciais e contratuais como resultado desta expansão territorial romana, consultar ainda Blázquez (2016), Blázquez (2017), Blázquez (2019a, p. 1-92) e Blázquez (2019b). O autor nos proporciona uma pesquisa profunda sobre o tema, demonstrando como ainda vivemos sob premissas estabelecidas pelos romanos.

[7] A terceira Guerra Púnica ocorreu entre 149-146 a. C. (BLÁZQUEZ, 2018, p. 34).

[8] Consultar Areán-García (2020, p. 9).

[9] Tratado de Tordesilhas (1494).

Do século VII em diante a península seria quase toda ocupada pelos mouros por aproximadamente sete séculos, período no qual haveria de passar por inúmeros conflitos entre remanescentes reinos cristãos e mouros[10]. A resistência aos mouros conduz à formação de algumas identidades nacionais que se consolidam em reinos hispânicos[11] como os de Leão e Castela. Este período ficou conhecido como o período da Reconquista Cristã, que se encerrará em 1492 com a libertação de Granada aos mouros[12]. Em meio ao constante realinhamento de forças cristãs na região, surgira entre 1096-1163 o Condado Portucalense, futuro Reino de Portugal, por obra de Afonso Henriques. Portugal se vê limitado territorialmente a oeste pelos reinos de Castela e Leão, pelo que a única opção de expansão seria pelo mar. Anuncia-se em seguida a expansão ultramarina espanhola em conquistar novos territórios, numa decisão estratégica semelhante à dos portugueses. Entre estes dois momentos, pequenos reinos cristãos - como os de Leão, Castela, Aragão, Astúria e Cantábria - que haviam resistido aos mouros constituíram o nucleamento básico do futuro Estado espanhol.

A Espanha em formação como Estado encontrará limites à sua expansão no Leste com Portugal e no Oeste pelos montes Pirineus, acidente geográfico que ainda serve de fronteira natural entre Espanha e França. Neste período da presença moura até a libertação de Granada, a unidade dos reinos hispânicos dá-se pelo matrimônio entre as casas reais envolvidas e tendo como fator conducente o combate aos mouros. A união real constituída continuamente entre eles ocorria para fins de fortalecimento militar. E a estes reinos componentes do gérmen do Estado espanhol, outros foram sendo agregados por mecanismos de alianças, matrimônios e arranjos de poder ao longo de séculos. O Estado formou-se como uma União Real em constante expansão. Conquanto estivessem sendo unidos ao longo de séculos por estes mecanismos diversos, estes pequenos reinos souberam não apenas desenvolver, mas também preservar seus valores e identidades. Significa dizer que, souberam afirmar-se como comunidades detentoras de uma religião, língua, práticas culturais e presença territorial delimitada e contínua ao longo de séculos em um determinado local. Este seria um elemento histórico do Estado espanhol e condicionador no futuro das Comunidades autonômicas.

Dado o caráter absolutista da monarquia espanhola até praticamente o século XX, não havia condições objetivas favoráveis para questionamentos

[10] Consultar Areán-García (2020, p. 12).
[11] O vocábulo provém do latim Hispania, tal qual os romanos a designavam.
[12] Consultar Areán-García (2020, p. 10).

envolvendo a temática da autonomia para as distintas nações hispânicas. Em princípios do século XIX, a Constituição de Cádiz (1812) foi um projeto liberal que resultou malsucedido no intento de limitar o absolutismo espanhol[13], a exemplo do que se havia feito em França. A Constituição de 1837 foi "[...] uma Constituição transacional, fruto de um pacto político entre os dois grandes partidos liberais, o progressista e o moderado" [14]. As constituições de 1845[15], 1856[16], 1869 – com uma breve vivência republicana - e 1876 apenas reafirmaram o poder da coroa espanhola, com limitados avanços constitucionais. A Constituição de 1931[17] oferecera permissivos constitucionais para o debate público sobre Estatutos e comunidades autonômicas. A subsequente Guerra Civil espanhola (1936-1939) e a Ditadura de Francisco Franco (1939-1975) não permitiram que este debate evoluísse. A morte de Francisco Franco ofereceria um novo caminho para a retomada deste debate. A materialização do sentido de Comunidade Autônoma resultaria de um compromisso político-constitucional, como o que hoje identificamos na Constituição espanhola (1978).

O conceito de Comunidade Autônoma é deveras importante, devendo-se por ele compreender o modo pelo qual uma nação cultural, sociológica e linguisticamente individualizada em um certo território, há séculos, compõe o Estado espanhol e clama historicamente uma pretensão legítima a um Estatuto de autonomia. O Estatuto de autonomia tem fundamento de validade na Constituição espanhola (1978) e assegura o seu autogoverno. Neste contexto ibérico, nação e

---

[13] Suanzes-Carpegna (2020, p. 263): "Constituição de Cádiz mal entrou em vigor e, logo deixou de vigorar, pois em maio de 1814, quando Fernando VII de volta do exílio francês, anulou a Constituição junto a todos os decretos aprovados pelas Cortes. Assim começava o sextênio absolutista".

[14] Suanzes-Carpegna (2020, p. 263).

[15] Suanzes-Carpegna (2020, p. 269): "Muito em particular no texto de 1845, se configurava a doutrina da soberania compartilhada entre o rei e as Cortes e a concepção jovellanista de uma constituição histórica da Espanha, não necessariamente escrita, anterior e superior ao texto constitucional".

[16] Conhecida como 'Constituição não nascida', pois não entrou em vigor.

[17] Artigo 1º, parágrafo 3, da Constituição espanhola de 1931: "A República constitui um Estado integral, compatível com a autonomia dos Municípios e Regiões". E artigo 8º: "O Estado espanhol, [...], estará integrado por Municípios organizados em províncias e pelas regiões que se constituam em regime de autonomia". Neste sentido, Sospedra (2010, p. 232) anota que "[...] o sistema de autonomias previsto na Constituição é tributário do modelo previsto no T. I da Constituição de 1931, da qual provém uma boa parte da arquitetura [...]". Consultar Sospedra (2010, p. 233) para tabela comparativa entre o Título I (CE 1931) e Título VIII (CE 1978). Ver também sobre este tema Suanzes-Carpegna (2020 a).

Comunidade Autônoma como conceitos políticos se confundem. A presença destas nações e suas legítimas pretensões históricas não podem ser ignoradas[18]. Seu reconhecimento e sua inserção compõem a essência do Estado espanhol. Todos estes fatores de ordem histórica e política acabaram como que por informar e conformar o pacto político fundamental espanhol de 1978, pelo que a tendência quase que natural – e inevitável - em escolher a forma de Estado unitário[19], como a que mais se amolda a esta formação estatal.

Portanto, o que temos são condicionantes históricas seculares do Estado espanhol[20]. Desta forma, a adoção da forma de Estado unitária na história política contemporânea buscou atender demandas legítimas de autogoverno, sem separatismo – note-se, em considerando-se os fundamentos de legitimidade trazidos com a Revolução francesa de 1789[21]. No período abarcado de sua formação na Europa, entre os séculos VII e XIX, a mais próxima alternativa de organização político-administrativa seria a Suíça, como confederação até 1848, e depois federação tal qual hoje se apresenta. Em termos de História Constitucional moderna, a forma federativa de organização estatal terá repercussão com o surgimento dos Estados Unidos da América em 1787, influenciando com maior destaque os novos Estados que surgem na América latina em princípios do século XIX. Com todas estas questões políticas essenciais à existência e permanência do Estado espanhol no período, é de notar-se que a unidade restou assegurada pela centralização administrativa operada pela monarquia absolutista, mesmo quando estava em voga o florescer de Estados com base no Princípio da Nacionalidade de Pasquale Mancini - 1851 [22], também analisado – e associado ao projeto político

[18] Para Alonso de Antonio (2020, p. 4) esta é a 'Dimensão histórica' do Estado de autonomias espanhol.

[19] Estado unitário, mas aberto à vertente autonômica, com base no princípio dispositivo do artigo 2º da Constituição espanhola de 1978.

[20] Consultar Roura (1987, p. 89) sobre cinco séculos de centralização, do século XV a XX.

[21] A exemplo do que dissera Jean Jaques Rousseau, em sua obra "O Contrato social". A associação política decorre de um ato de consentimento pela adesão a um projeto de Estado, renunciando-se a liberdades e igualdades naturais. Sem o que, a união não revestir-se-ia de legitimidade, conquanto pudesse ser mantida pela força. No passado unidos por matrimônios, as bases destas uniões deveriam ser rediscutidas sob novos ditames e fundamentos. Um novo contrato político deveria ser estabelecido.

[22] Canteli (2020, p. 138): "O fio condutor de seu pensamento se revela na compreensão da nação como uma 'identidade cultural', que possui elementos materiais- geográfico, etnográfico e racional que se ligam a outros como crenças religiosas, costumes, leis e instituições sociais, além da história e das tradições da vida nacional – e um elemento

maior designado 'Estado' - pelo jurista alemão e teórico do Estado Bluntschli[23], para quem a cada nação deveria corresponder um Estado.

Conceito de relevância que se mostra de plena aplicação ao caso espanhol é o de progressiva redução à unidade, de Miguel Reale, em sua obra Teoria do Estado e do Direito[24]. Sim, pois o Estado como fenômeno de poder político se vai formando na Europa desde o século XII, em várias regiões, através de um contínuo processo de integração. Integrações estas produzidas pelo matrimônio, tratados, arranjos de interesses, alianças e golpes de diplomacia. No caso espanhol, nos primeiros séculos de existência, estes distintos processos de redução à unidade não consideraram a vontade das comunidades envolvidas, pois não era próprio de seu tempo dadas outras urgências. As questões políticas afetas à legitimidade e participação popular na configuração desta unidade nacional, são linhas de reflexão crítica na formação do Estado que exsurgiriam no século XIX com intensidade em razão da Revolução francesa (1789). Tais questões mal resolvidas constituiriam uma fenda pela qual infiltrar-se-iam nacionalismos e separatismos, objetivando a ruptura com este projeto histórico, justificado inicialmente noutras condições; porém necessário à unidade inicial e concebido de acordo com as possibilidades.

3. A Constituição espanhola de 1978 e o Estado de autonomias

Com o fim da guerra, a redemocratização de Itália (1948) e Alemanha (1949) estabelecem novos paradigmas constitucionais ao constitucionalismo ocidental, tendo como nota característica a tutela incondicional da dignidade da pessoa humana[25]. Portugal e Espanha são Estados que tardam a se redemocratizar uma vez que suas trajetórias políticas ficaram condicionadas por um passado autoritário que insistia em prolongar-se para além de seu tempo. Remanescentes de um passado monárquico e de tradição absolutista, ou ao menos antiliberal,

espiritual – consciência de nacionalidade. A reunião desses elementos daria ao princípio da nacionalidade um status de princípio supremo único".

[23] Villaamil (2016, p. 96): "Toda nação é chamada a ser um Estado e autorizada a constituí-lo. Do mesmo modo que a humanidade está repartida em uma série de nações, assim deve o mundo estar formado por outros tantos Estados. Nação é um Estado e cada Estado um ser nacional".

[24] Reale (2000, p. 43).

[25] Artigo 1 (1) da Lei Fundamental alemã de Bonn (1949): "A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público". De notar-se que, entretanto, a dignidade humana como valor já havia sido estabelecida no artigo 151 da Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919.

haviam sido expostos às experiências autoritárias que assolaram a Europa nos anos 1920, notadamente com o fascismo italiano (1922-1944) e o nacional-socialismo alemão (1933-1945) – e suas consequências. Suas constituições do período sofrem as influências de um prematuro republicanismo e instável prática democrática. Atravessam um século XIX marcado pelo absolutismo e ingressam no século XX pela porta do autoritarismo nazifascista, com suas variantes. Daí que naquela quadra histórica as Constituições de Espanha (1931) e Portugal (1933) tenham absorvido as inovações da Constituição alemã de Weimar de 1919 [26] – constituição social-democrata[27] cuja importância reverberou para além das fronteiras europeias - vislumbrando neste momento a ascensão do autoritarismo com Salazar em Portugal e Francisco Franco em Espanha, pouco depois da guerra civil espanhola (1936-1939).

Com a chegada de Franco ao poder, controlando o Estado espanhol, a Constituição de 1931 deixa de ser aplicada e nenhum outro texto se lhe coloca no lugar. Registra Callejón (2013, p. 46-47) que durante o período franquista "A organização política se regia por uma série de leis que ordenavam politicamente o Estado e suas instituições e recebiam o nome de 'Leis Fundamentais', no total de sete[28]. Quarenta anos depois, a morte do Ditador Francisco Franco em 20 de

[26] Atienza (2020, p.3): "É o mundo de Weimar, 'um ponto de referência doutrinário e prático imprescindível para o Direito Constitucional Europeu Continental' [7] e 'microcosmos cultural do Direito Constitucional Ocidental Europeu que ainda nos inspira' [8]. É um mundo no qual o debate político é debate constitucional, e o debate constitucional é um dos âmbitos em que se expressa aquele debate político". E prossegue: "Nesse ambiente participaram também os que haviam de ser constituintes na Espanha de 1931. Frente às influências historicamente recebidas [9], **a influência predominante nos constitucionalistas espanhóis dos anos 20-30 é procedente da doutrina alemã**, como foi frequentemente notado [10]: boa parte deles havia estudado na Alemanha, e quem não o fez, havia seguido e conhecia seus debates e propostas" (Grifo nosso). A doutrina alemã de início do século XX ainda resta avançada para nós, mais lida que compreendida.

[27] Uma referência no debate acerca dos direitos sociais. Segundo Atienza (2020, p. 12): "A declaração de direitos segue as pautas mais avançadas da época, particularmente da mexicana e alemã".

[28] Segundo Callejón (2013, p. 46) são elas: 1) Decreto de 09 de março de 1938 – Foro do Trabalho, 2) Lei de 17 de julho de 1942 – Cortes Espanholas, para legiferação, 3) Lei de 17 de julho de 1945 – Foro dos espanhóis, para regulação de direitos e deveres, 4) Lei de Referendo de 22 de outubro de 1945 – para consultas à nação, 5) Lei de 27 de julho de 1947 - Sucessão à Chefia do Estado, 6) Lei de 17 de maio de1958 – Lei de Princípios Fundamentais do Movimento Nacional e 7) Lei de 10 de janeiro de 1967 – Lei Orgânica do Estado.

novembro de 1975 assinala o início da transição democrática na Espanha[29]. Em Portugal, o fim do dito regime salazarista encontra seu ocaso histórico com a Revolução dos Cravos de 25 de abril de 1975. Portugal retomaria a prática democrática utilizando-se dos paradigmas alemães da Lei Fundamental de Bonn (1949), em sua Constituição de 1976. No lado espanhol, assinala Perales (2008, p. 29) que pouco depois se iniciavam conversações entre os setores mais importantes da sociedade espanhola a fim de tratar da nova ordem política. Um ciclo político se encerrava e outro teria início. "As primeiras e históricas eleições pluripartidárias tiveram lugar no dia 15 de junho de 1977" (CALLEJÓN, 2013, p. 54), e com elas "[...] a abertura de um ciclo de recuperação de ideais autonômicos, quer dizer, de autogovernos territoriais".

Os encontros entre membros do governo, os principais partidos da oposição, sindicatos de trabalhadores e empresários marcariam o que ficaria conhecido posteriormente como o Pacto de Moncloa, nos idos de 21 de outubro de 1977. Uma evidente marca do período franquista havia sido a centralização político-administrativa em Madrid. Não fora dado espaço aos autogovernos locais[30]. Este era um traço do período que se encerrara com Franco, e que, portanto, ficaria associado à Ditadura e a seu jaez autoritário, uma reminiscência do fascismo que outrora manifestara-se em distintas vertentes na Europa. O debate público pela democratização trouxera à luz o tema da autonomia das identidades nacionais e suas regiões. Segundo Perales (2008, p. 30) "[...] enquanto o projeto constitucional era debatido nas Câmaras, houve manifestações a favor da autonomia em várias regiões", pois segundo o autor teria ocorrido o renascer de uma "[...] consciência coletiva" (PERALES, 2008, p. 44-46). O resgate democrático era associado ao processo de autonomização. E continua Perales (2008, p. 31) ao registrar que "Estas disposições aplacavam as ânsias autonomistas despertadas, em muitos casos como emulação das regiões que haviam desfrutado de autonomia no passado, em particular Catalunha e o País Vasco". A transição à democracia mostrou-se uma oportunidade única, pois permitiria afinal a conquista da autonomia sob o signo constitucional, mediante o debate público nas Cortes Gerais.

[29] No que se refere a transição, consultar Callejón (2013, p. 45) para os conceitos de pretransição e transição propriamente dita. A pretransição ocorre ainda dentro do regime a ser substituído. A transição efetivamente ocorre com as operações políticas propriamente dita.

[30] Consultar Powell (2001, p. 37-38).

Até que o texto constitucional fosse aprovado pelo Parlamento, após apreciar as mais de mil, cento e trinta e três emendas ao projeto inicial, foram estabelecidas autonomias provisionais, via decreto-lei. Como assinala Perales (2008, p. 31) "[...] essas instituições provisionais se aprovaram igualmente por decretos-leis, [...], devido a que, em primeiro lugar, resulta mais rápida sua aprovação"[31]. A aprovação por esta via permitia esforços mais concentrados no processo constituinte. A constituição seria aprovada a 31 de outubro de 1978, no Congresso[32] e no Senado, em sessões simultâneas. Mas, o processo constituinte não seria encerrado aí, pois o texto seria submetido à aprovação da sociedade, tendo sido aprovado a 06 de dezembro de 1978[33] em referendo (PERALES, 2008, p. 36) organizado especialmente para este fim. Para Sospedra (2010, p.229) esta Constituição foi "[...] desenhada para a convivência, o pluralismo e a alternância no poder, [...]".

Da organização político-administrativa do Estado cuida o Título VIII, com a rubrica 'Organização territorial do Estado', dos artigos 137 a 158. Em movimento político contrário ao previamente existente no período franquista buscou-se a descentralização[34] administrativa. Assinala Ruipérez (2003, p. 128) que "[...] o vigente Código Jurídico-Político Fundamental é o único Texto Constitucional de nossa História que pode apresentar-se como o fruto do acordo das distintas forças políticas representadas na Constituinte". Como fruto do pós-guerra e do paradigma ítalo-germânico, a Constituição espanhola (1978) segue a Constituição portuguesa (1976) e se apresenta como principiológica, demonstrando abertura à Constituição material.

Como ocorre no Estado federal, temos que o texto constitucional determina claramente o princípio da indissolubilidade do Estado espanhol no artigo 2º [35] - "[...] pátria comum e indivisível de todos os espanhóis",

[31] Neste sentido, consultar também Blanco Valdéz (2001, p. 171).

[32] Equivalente à Câmara dos Deputados no Brasil. Em Espanha, denomina-se o Poder Legislativo e suas casas de 'Cortes Generales' – ou, Cortes Gerais no vernáculo.

[33] O texto foi aprovado por 87,87% dos eleitores.

[34] Segundo Roura (1987, p. 89): "A Constituição de 1978 acolheu, como se de uma questão óbvia se tratasse, o princípio de uma *redistribuição territorial do poder* e sancionou o fim do Estado centralizado, que havia sido a obra quase contínua de cinco séculos em Espanha". Para Robledo (2020b, p. 10) o Título VIII é permeado de "[...] ambiguidade e truculência".

[35] Artigo 2º: "A Constituição se fundamenta na indissolúvel unidade da Nação espanhola, pátria comum e indivisível de todos os espanhóis, e reconhece e garante o direito à autonomia das nacionalidades e regiões que a integram e a solidariedade entre todas

harmonizando-o com os princípios da autonomia e da solidariedade[36] entre as regiões, no âmbito de uma pátria comum e indivisível. Como assinala Alonso de Antonio (2020, p.11) este princípio é "[…] expressão do equilíbrio entre os interesses próprios de cada Comunidade Autônoma e os dos demais, assim como os superiores do Estado no qual todas elas se integram"[37], permitindo a integração da diversidade na unidade (ALONSO DE ANTONIO, 2020, p. 12 e 47). A integração destes interesses, via solidariedade, impõe ações políticas pautadas pela participação, cooperação e contribuição entre as Comunidades Autônomas, e entre estas e o Estado espanhol, assegurando a unidade da Pátria.

O Estado de Autonomias que surge com a descentralização administrativa deveria levar em conta dois elementos: a) a livre vontade das populações envolvidas e, b) o princípio dispositivo[38]. O princípio dispositivo assegura o acesso ao Estatuto de autonomias, mas como assinala Ruipérez (2003, p. 179) "[...] as Nacionalidades e Regiões terão a faculdade de não apenas alcançar a condição de

elas". E ainda, prossegue o autor à p. 11: "O Título VIII se concebeu, primeiramente, para satisfazer às demandas de autogoverno do País Vasco e da Catalunha, para resolver um problema, a integração destes territórios em Espanha, que de uma forma ou de outra sempre esteve presente na formação do Estado de Direito em Espanha, atravessando toda a História contemporânea espanhola, para não nos remontarmos a tempos anteriores".

[36] A solidariedade se mostra presente em termos de financiamento e custeio do Estado autonômico, entre as regiões. Ponencia Roura (1987, p. 100) sobre este princípio: "É, como se disse, a versão aplicativa da igualdade, enquanto que ante situações que estabelecem diferenças nas condições de vida dos cidadãos (Martin Mateo) se propõe a um certo nivelamento mediante o repasse de ativos de onde existam posições mais favoráveis para onde se dão circunstâncias adversas".

[37] Do conceito de interesse aborda Alonso de Antonio (2020, p. 12): "O conceito de <interesse> resulta ser, assim, o bem jurídico que justifica a existência e funções de distintas organizações políticas; por isso há de considerar-se elemento chave de nosso sistema autonômico, [...]". Convergem aqui os Princípios da Pluralidade e Solidariedade. Lembrar que o Estado de autonomias espanhol é um Estado plural. Por serem princípios – a CE de 1978 é principiológica - traduzem conceitos jurídicos indeterminados, carecendo interpretação e concretização pelo operador do Direito. Para uma perspectiva ético-filosófica do conceito de solidariedade, consultar Segado (2020, p. 1-7).

[38] Segundo Callejón (2013, p. 326) este é o princípio "[…] sob o qual se estruturou na prática o Estado autonômico a partir dessa indefinição constitucional. Em virtude desse princípio, a configuração da autonomia como um direito atribuído às nacionalidades e regiões, permitia a estas decidir desde o acesso ou não à autonomia, até o número e a qualidade das competências que assumiriam, dentro do marco constitucional, assim como a configuração concreta de suas instituições de governo".

Comunidade Autônoma ou, inclusive, de renunciar, também livremente, ao *status* já adquirido de ser um centro autônomo de decisão política"[39]. Neste sentido, são dispositivos chave para a compreensão do Estado unitário espanhol - em sua evolução para Estado autonômico - os artigos 2º que dispõe do princípio da autonomia combinado com os artigos 143 e 151, respeitantes aos procedimentos necessários à materialização da autonomia. Compõem o Estado de autonomias "[...]; as Comunidades Autônomas, caracterizadas por sua autonomia política, e as províncias e municípios, dotadas de autonomia administrativa de âmbito distinto"[40]. Neste sentido, assinala Callejón (2013, p. 325) que "Na prática configurou-se um Estado autonômico no qual se integram dezessete comunidades autônomas, mais duas cidades autônomas (Ceuta e Melilla)" [41]. Anota Ruipérez (2003, p. 148-149), contudo, que:

> [...] o Texto vigente, no Título VIII, os representantes do Povo espanhol, como soberano que desejava se dar uma nova estrutura jurídico-política, não foram capazes de chegar a um verdadeiro acordo sobre a estrutura do Estado. O resultado disso será que, como assinalou González Encinar, <<politicamente a Constituição não resolve, mas apenas abre, o debate sobre questões como o caráter das competências, a cláusula de prevalência do direito estatal, o valor das Leis de harmonização e algumas outras. [...]. Certo é que, no seio da Constituinte, se manifestou uma opção favorável à criação de um Estado federal, em qualquer de suas manifestações possíveis.

3.1- Estado, identidades nacionais e estatutos de autonomia: a unidade polifacética

No que cuida da organização político-administrativa de um Estado, são conceitos fundamentais e contrapostos os de soberania e autonomia. Segundo a Teoria do Estado, a soberania consiste num poder político decisório em última instância, incontrastável no território sobre o qual se aplica. O vocábulo em português tem origem no francês *souveraineté*[42], embora a terminologia empregada

[39] Segundo Ruipérez (2003, p. 253) a expressão Comunidade Autônoma designa "[...] genericamente toda Nacionalidade ou Região que tenha alcançado a autonomia [...]".

[40] Méndez (2003, p. 17), sobre a decisão do STC de 28 de julho de 1981.

[41] A definição correta da forma de Estado de Espanha é objeto de divergência doutrinária, pelo que encontramos as seguintes categorias comumente usadas: a) Estado unitário – se nenhuma região tivesse pleiteado autonomia, b) Estado regional, c) Estado autonômico – semelhante ao federal e Estado neoautonômico. Para Callejón (2013, p. 325) no Título VIII "[…] não se contempla um modelo específico de Estado".

[42] Jean Bodin, em sua obra "Os seis livros da república".

pela Escola alemã com o vocábulo assenhoreamento (*Herrschaft*) também mereça destaque. Já por autonomia (do grego *auto* + *nomos*), devemos compreender etimologicamente seu significado como o poder de se governar no âmbito de uma competência constitucional predefinida e designada a um certo espaço territorial do Estado. O conceito de autonomia é aplicável aos Estados federados e autonômicos, como espaços territoriais de decisão política não soberana. Autonomia não é soberania[43]. Há variações no que se refere ao grau de autonomia, tanto nas federações quanto nos Estados autonômicos e este é um viés conceitual que será objeto de nossa presente análise. O determinante destas variações é de ordem histórica, motivado por escolhas políticas e em conformidade com as condições objetivas em cada sociedade[44].

O Estado unitário espanhol assenta no Título VIII da Constituição espanhola (1978) a possibilidade de as nações que lhe compõem escolherem as competências que irão assumir e a maneira de materializar as instituições de

[43] STC 31/2010, p. 7: "Nesta linha, lembra o Procurador da República que, segundo a doutrina constitucional, «autonomia não é soberania» (SSTC 4/1981, de 2 de fevereiro, FJ 2; e 100/1984, de 8 de novembro, FJ 3)". Como nota Sanz Moreno (2005, p. 113): "[...] a autonomia significa [...] a capacidade de decidir quando e como exercem suas competências, dentro do marco da Constituição e de seus respectivos Estatutos de autonomia".

[44] Este é o caso dos EUA, em que os Estados federados têm elevado grau de autonomia em razão de sua forma confederativa inicial, ao ponto de poderem ter seus próprios códigos penais e processuais, desde que não confrontem a Constituição ou legislação federal. Mas este grau é uniforme entre eles. No Brasil, este grau de autonomia entre os Estados é reduzido, pois desde a proclamação da república (1889) houve centralização política e legislativa na União, sendo essa uma de suas competências. O mesmo pode dizer-se do grau de autonomia entre Estados unitários ou suas variantes, como é o caso da Itália e da Espanha, este um Estado autonômico *sui generis*, com cada região podendo ter seu estatuto autonômico diferenciado, mas pactuado ou acordado.

autogoverno[45], observado o conteúdo mínimo de competências[46]. Quando esta escolha da Comunidade pelo autogoverno ocorre, tem-se o Estado de autonomias. Um Projeto de Lei Orgânica é elaborado pela Comunidade e encaminhado às Cortes Gerais para aprovação. Há, portanto, uma palheta de competências obrigatórias (*obligatorische Kompetenzpallete*) que se lhes oferece dentro do marco constitucional predeterminado pelas Cortes Gerais, o designado conteúdo mínimo de competências expresso no artigo 147, parágrafo 2 da Constituição espanhola (1978). Matérias alheias ao marco constitucional não encontram fundamento de validade na Constituição de 1978[47]. O que resta claro, portanto, é que diante deste

[45] Callejón (2013, p. 332): "A distribuição de competências entre o Estado e as Comunidades Autônomas se realiza a partir da interação entre a Constituição e os Estatutos de Autonomia para as competências estatutárias que são as que derivam do exercício do Direito à autonomia reconhecido no artigo 2 da CE. A Constituição não estabelece diretamente as competências autonômicas, mas sim contém uma relação de competências autonômicas no artigo 148.1 e uma relação de competências estatais no próprio artigo 149.1". Assim, o que não for determinado como competência exclusiva do Estado, poderá ser objeto de transferência à Comunidade Autônoma, em sede de Estatuto autonômico, na forma do permissivo constitucional 149.3 da CE (1978). Para Ruipérez (2003, p. 150): "Por outro lado, estava a reivindicação de autogoverno por parte das entidades sociológicas que nela coexistiam, e que, em definitivo, convertem a Espanha em uma Nação de Nações". Para Alonso de Antonio (2020, p. 3) só existe constitucionalmente uma nação, a espanhola. Sobre a escolha das competências, mais além do conteúdo mínimo, Sospedra (2010, p. 234) refere-se a um "[...] mapa de repartição de competências que pode ser de 'geometria variável' ".

A abertura do texto constitucional permitiu certas incongruências, pelo que houve necessidade de se proceder a reformas nos estatutos autonômicos, que "[…] deram lugar a um nivelamento essencial nas competências de todas as Comunidades Autônomas". Este nivelamento adveio com a Lei Orgânica nº 9/1992. Da homogeneização ou nivelamento das competências, consultar também os comentários de Sospedra (2010, p. 239). Sobre o nivelamento das competências no período 1992-2000, consultar também López (2002, p. 108-113), que destaca a necessidade de "[...] ordenar e racionalizar" as competências.

[46] STC 31/2010, p. 8: "[…] alega o Procurador da República que o art. 147.2 da Constituição espanhola estabelece uma relação de matérias que necessariamente devem incluir-se no Estatuto de Autonomia, como conteúdo necessário ou mínimo (SSTC 99/1986, de 11 de julho, FJ 4; e 89/1984, de 28 de setembro, FJ 7) determinante de sua validade constitucional". No mesmo sentido Sospedra (2010, p. 235) associando o princípio dispositivo com o conteúdo mínimo, a que chama de "[...] teto autonômico".

[47] STC 31/2010, p. 9: "Em seguida, o Procurador do Estado invoca a doutrina constitucional como apoio à sua tese, citando a decisão do STC 5/1981, de 13 de fevereiro de FJ 21, em que três declarações capitais sobre a inclusão em uma lei orgânica de matérias conexas alheias às que estão reservadas: a) a regulamentação de matérias conexas, *lex silente*, fica revestida de força passiva das leis orgânicas e, para sua modificação ou revogação há de aplicar-se o art. 81.2 CE; b) a própria lei orgânica pode

manifesto direito de escolha das Deputações locais[48] sobre quais tarefas empreender – a seu cargo e com suas fontes de receitas, cabe ao Estado nacional acompanhar e zelar pela unidade do país e qualidade dos serviços prestados[49]. Neste plexo de opções possíveis, há espaço para assimetrias autonômicas, dentro da escolha que cada Comunidade pode efetuar além do conteúdo mínimo constitucional. Como, por exemplo, preservação da cultura e da língua, ordenação da pesca, entre outras competências, como veremos adiante ao tratar do Estatuto da Galícia. A decisão política fundamental pelo autogoverno, a elaboração de seu Estatuto e posterior aprovação das Cortes Gerais, na forma do princípio dispositivo constante do artigo 2 da Constituição espanhola (1978), ao par dos demais Estatutos autonômicos existentes, indicam o quão delicado é o funcionamento a contento deste modelo de Estado. Trata-se de um conceito de organização político-administrativa que deve ser submetido a acompanhamento constante pelo Estado nacional[50], com ajustes permanentes[51].

Vê-se, portanto, que o trato da autonomia sob estes fundamentos coloca o Estado unitário num impasse: de um lado, se há descentralização demais pode-se causar uma assincronia político-administrativa; e de outro, se há centralização no governo central com pouca autonomia das regiões, pode-se configurar um

excluir a aplicabilidade da disposição acima mencionada com relação a matérias conexas, para que possa ser modificada ou revogada pela lei ordinária; e, c) é possível que o Tribunal Constitucional, em sentença, prive de força passiva da lei orgânica as questões fora de sua reserva incluídas em seu regulamento".

[48] Parlamento regional, da comunidade autônoma; equivalente à Assembleia Legislativa dos Estados federados no Brasil.

[49] Para Alonso de Antonio (2020, p. 5) esta é a 'Dimensão racional' do Estado de autonomias espanhol, aproximar o utente dos serviços públicos da administração pública autonômica.

[50] Vide artigo 21 da Lei Orgânica nº 9/1992.

[51] Como assinala Laborda (1990, p. 82): "O delicado equilíbrio entre esses três princípios – unidade, autonomia, solidariedade – vai presidir permanentemente o processo de realização do que acertadamente se chama de <<Estado autonômico>> e as posturas doutrinárias que em torno de si se formulam". Em sentido semelhante Ruipérez (2003, p. 152): "Neste sentido, nos encontramos com os vacilos e condicionamentos que no momento constituinte conduziram a uma inacabada construção do infeliz e problemático Título VIII, se deparando com um modelo de Estado, o chamado <<Estado das Autonomias>> ou <<Estado autonômico>>, que, indefinido e inconcluso em suas colocações e pressupostos político-constitucionais, forçosamente resultou dúbio, errático e protéico não só em suas formulações dogmáticas, mas também em seu desenvolvimento prático". Para este autor é preciso retomar o debate sobre o Estado de autonomias.

Estado Regional, ou ainda, aproximar-se de um modelo federativo. A delimitação teórico-conceptual destes limites é muito sutil. Neste sentido, há que se mencionar o caso de Portugal, como Estado Regional que adotou Estatuto autonômico apenas para a Região dos Açores[52], dada a sua peculiar situação insular.

A independência financeira é *conditio sine qua non* à materialização da autonomia. É de se questionar a capacidade de as Comunidades Autônomas gerarem receitas tributárias suficientes à mantença de sua autonomia, atendendo às incumbências contidas em seus Estatutos e prestando serviços públicos de qualidade, que lhes tenham sido transferidos pelo Estado. Embora as Comunidades Autônomas desejem 'independência' de Madrid, a dependência financeira parece ser um dado concreto a ser enfrentado por muitas destas Comunidades[53]. Independência aqui entendida no aspecto financeiro, não político. Há que se considerar também a desigualdade econômica entre as regiões, sendo este justamente o *Leitmotiv* do princípio da solidariedade contido na Constituição. Parece haver, por ora, um indicativo de inviabilidade financeira para a realização desta desejada 'independência'[54], como parece demonstrar a *rationale* da Lei Orgânica de Financiamento das Comunidades Orgânicas – LOFCA, instituída pela Lei Orgânica nº 8/1980 e dos Fundos de Compensação Interterritorial – FCI,

[52] Lei nº 2/2009, de 12 de janeiro.

[53] Neste sentido consultar Castells (1991, p. 104): "Dificilmente as Comunidades Autônomas podem decidir o volume e composição de seus ingressos". E, mais adiante: "Estes dois fatores – limitações sobre as faculdades legislativas e administrativas e limitações do sistema de financiamento – apontam na mesma direção. Reduzem a autonomia política". Consultar também López (2002, p. 113), destacando que o financiamento das Comunidades autônomas era, na altura, tema recorrente. No mesmo sentido Sanz Moreno (2005, p. 106): "[...] a descentralização pós-constitucional, do Estado às Comunidades Autônomas, não foi acompanhada de um proporcional aumento das competências e dos recursos em mãos das Entidades Locais".

[54] Roura (1987, p. 100) assinala que foram criados dois mecanismos para a materialização do princípio da solidariedade inter-regional: 1) O Fundo de Compensação Interterritorial – Lei nº 7/1984, estabelecido pela Constituição de 1978 e depois consagrado na LOFCA, 2) um sistema de atribuições do Estado às Comunidades Autônomas, que mediante suas receitas tributárias não alcancem "[...] um nível mínimo na prestação dos serviços públicos fundamentais em todo território espanhol". E em sentido semelhante Laborda (1990, p. 154): "A finalidade originária do Fundo de Compensação Interterritorial é o desenvolvimento regional, a correção dos desequilíbrios econômicos interterritoriais". À p. 155 lê-se que estes fundos "Hão de destinar-se a financiar aqueles investimentos que colaborem para diminuir as diferenças de renda e riqueza: [...]". A materialização da autonomia no patamar ambicionado pelas Comunidades apenas será alcançada por algumas Nações, pois a economia não se apresenta a mesma em todo o território espanhol.

instituído pela Lei nº 22/2001[55]. O Item V, da Exposição de Motivos da LOFCA esclarece que a finalidade do FCI é "[...] corrigir os desequilíbrios econômicos interterritoriais e fazer efetivo o princípio da solidariedade"[56]. Mas, note-se, a LOFCA organicamente em sua finalidade normatiza as receitas, cessão de tributos, transferência de recursos e atividades financeiras das Comunidades Autônomas, o que de modo semelhante ocorre no Brasil com a Lei Complementar nº 101/2000[57]. As duas leis estão em sintonia as reformas dos Estatutos autonômicos, trazendo princípios e diretivas para a gestão financeira das Comunidades Autônomas, promoção do desenvolvimento e do equilíbrio econômico entre as regiões. Materializar a autonomia não se trata tanto da engenharia político-constitucional quanto à forma de Estado adotada, na Federação ou num Estado de autonomias, mas da escala monumental de tarefas a serem continuamente desempenhadas pelo Estado moderno em diferentes campos da vida, diante das constantes evoluções tecnológicas[58].

Cumpre notar, entretanto, que a assimetria de competências entre os Estatutos autonômicos decorreu do entusiasmo com a retomada democrática espanhola. Como inicialmente concebida, esta complexa engenharia política reflete

[55] Em um primeiro momento, o FCI foi regulado pela Lei nº 29/1990, de 26 de dezembro. Na altura, todas as Comunidades Autônomas eram beneficiárias dos recursos. Com a atual Lei nº 22/2001, apenas os menos favorecidos em termos de desenvolvimento econômico titularizam o recebimento de recursos do fundo, justamente para atingimento de suas finalidades de promoção de desenvolvimento e correção de desigualdades. Tal resultado deve ser obtido via investimentos para geração de renda e riqueza, na forma do artigo 2.2, da Lei nº 22/2001. A Lei nº 22/2001 – FCI, é organicamente semelhante à que trata do FPE na Federação brasileira, estabelecendo critérios e porcentuais para transferência de recursos.

[56] Neste sentido, consultar Salanes I Giralt (1991, p. 123). O FCI é instrumento para "[...] garantir o reequilíbrio territorial e promover a suficiência financeira, mediante o financiamento do investimento dos serviços transferidos". Para Segado (2020, p. 17) a autonomia financeira das Comunidades Autônomas deve observar o princípio da solidariedade, na forma do artigo 156.1 da Constituição espanhola (1978).

[57] A Lei Complementar nº 101/2000 trata de normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal dos entes federados. A lei foi elaborada em contexto no qual os Estados aumentavam a dívida pública utilizando seus bancos estaduais, notadamente entre 1985 - 2000, o que levava a constante chamado da União para empréstimos aos Estados. Muitas vezes os empréstimos eram condicionados por afinidades políticas. Isto prejudicava os investimentos públicos em várias áreas de interesse como saúde, segurança e infraestrutura, assim como colocava em risco as finanças da federação. Neste sentido, o cuidado com a saúde financeira das Comunidades Autônomas apresenta-se muito semelhante à que visa a LOFCA.

[58] Neste sentido Peppe (2020, p. 13).

a unidade polifacética do Estado espanhol com suas inúmeras identidades. Diante da incerteza da consolidação democrática, de um possível retrocesso, lançaram-se as regiões aos Estatutos autonômicos de modo açodado. Esta flexibilidade decorreu da falta de consenso no momento constituinte em definir o que seria esse plexo de competências e atribuições a serem desempenhadas pelas Nações em seus Estatutos autonômicos. Daí este fenômeno de autonomização ser denominado de "[...] desconstitucionalização da estrutura territorial do Estado (P. Cruz Villalón)" (CALLEJÓN, 2013, p. 326)[59]. Essa flexibilidade de escolha, em cada Estatuto autonômico, embora atendendo a uma expectativa legítima e a um direito das comunidades e regiões, terminam por fazer do Título VIII da Constituição espanhola (1978) um texto fluido, permitindo variadas configurações, podendo afetar a sua força normativa. O desenho de Estado ali configurado não permite classificar com clareza a sua forma política, se Estado unitário ou Federação – abrindo-se a polêmica. Algumas dificuldades de ordem prática podem ser imaginadas a ponto de trazer conflitos e judicializações permanentemente, no que tange, por exemplo, ao uso de recursos humanos e financeiros, ao sistema de apoio e financiamento mútuo entre as Comunidades com base no princípio da solidariedade[60], compatibilização entre leis regionais, nacionais e depois de 1992 com as leis europeias (Tratado de Maastricht, 1992).

Estas reflexões ilustram que neste tema – e comparativamente, o constituinte originário brasileiro optou por melhor caminho em determinar de antemão as competências dos entes federados no marco constitucional. Em termos práticos, desde a independência em 1822, o Estado brasileiro ainda está se organizando e se fazendo presente no território sob sua soberania. O território é extenso, os recursos humanos, materiais e financeiros são limitados e as demandas da população são imensas - em saúde, educação, segurança pública e defesa nacional, exploração e manejo dos recursos naturais, entre outros[61]. O sistema constitucional brasileiro de repartição de competências entre os entes federados[62], amparado pela repartição das receitas tributárias[63] trouxe consistência aos entes

[59] Em divergência com esta posição consultar Ruipérez (2003, p. 162).

[60] Isto porque, como aponta Laborda (1990, p. 39): "A fragmentação em múltiplos níveis e unidades de governo das competências de intervenção na economia coloca imediatamente o problema da distribuição de recursos e receitas entre os diversos agentes, isto é, do equilíbrio financeiro, [...]".

[61] Peppe (2020, p. 8).

[62] Artigos 18 a 35 da Constituição brasileira (1988).

[63] Artigos 157 a 162 da Constituição brasileira (1988). Consultar também Parcelli (2020, p. 20-22).

federados componentes do Estado. Fundamentados neste plexo de receitas tributárias, cabe a cada ente se organizar administrativamente, promover o desenvolvimento econômico em território sob sua autoridade e arrecadar os tributos de sua competência[64], atuando na realização de suas competências. Passados trinta anos da promulgação da Constituição brasileira (1988), percebe-se ter havido um excesso de otimismo do constituinte originário no que tange ao êxito da gestão pública em termos qualitativos, como se a mera Constituição orçamentária com abstratas previsões de receitas e despesas fosse a solução prática das necessidades brasileiras. Pode ter faltado também na ocasião uma leitura contábil madura dos custos operacionais da máquina pública e das questões afetas à gestão dos orçamentos públicos[65].

Em Espanha, portanto, do período pré-constitucional de 1978 a 1992, essas discrepâncias criadas pela assimetria de competências das Comunidades autonômicas exigiram muito do Tribunal Constitucional, que precisou harmonizar estes Estatutos de autonomia com a Constituição continuamente[66] . Donde se conclui que o Estado espanhol, no modelo que se propõe respeitante ao princípio dispositivo de autonomias nacionais, reflete, em verdade, uma normatização política estatutária extraconstitucional, a ser analisada em cada situação autonômica particular, sempre referenciada à Constituição, que é fundamento de validade

[64] Artigos 153 a 155 da Constituição brasileira (1988).

[65] Como exemplo, observe-se o impacto do trabalho realizado pelo IFI no debate público. A IFI – Instituição Fiscal Independente foi criada pela Resolução nº 42/2016, do Senado Federal, para ampliar a transparência das contas públicas do Estado brasileiro. Segundo a Resolução, suas funções conforme o artigo 1º são: I - divulgar suas estimativas de parâmetros e variáveis relevantes para a construção de cenários fiscais e orçamentários; II - analisar a aderência do desempenho de indicadores fiscais e orçamentários às metas definidas na legislação pertinente; III - mensurar o impacto de eventos fiscais relevantes, especialmente os decorrentes de decisões dos Poderes da República, incluindo os custos das políticas monetária, creditícia e cambial; e IV - projetar a evolução de variáveis fiscais determinantes para o equilíbrio de longo prazo do setor público.

[66] Ver Callejón (2013, p. 329-330). Como caso paradigma está a decisão STC 31/2010, relativa ao Estatuto da Catalunha. A região extrapolou o marco constitucional de autonomia na elaboração de seu Estatuto, pelo que o Pleno do Tribunal Constitucional espanhol o declarou inconstitucional em muitos pontos, pois se restassem em vigor atentariam contra a unidade do povo espanhol e a indissolubilidade do Estado. Portanto, o Tribunal fixou uma linha de corte para eventuais tentativas de independência.

destes Estatutos. As competências autonômicas estão indicadas nos artigos 148.1 e 149.1 da Constituição espanhola (1978).

Os Estatutos autonômicos não são considerados equivalentes às Constituições dos Estados federados em uma federação[67]. De per si, isto já é considerado a característica que diferencia o Estado de autonomias da Federação. Sua natureza jurídica recebe leituras diversas. O artigo 147.1, da Constituição espanhola (1978) o denomina "[...] norma institucional básica de cada Comunidade Autônoma". Sua natureza jurídica é de lei infraconstitucional hierarquicamente subordinada à Constituição espanhola (1978)[68]. Para Ruipérez (2003, p. 250) trata-se de Lei Orgânica. A iniciativa legislativa do Projeto de um Estatuto de Autonomias dá-se na forma do artigo 146 da Constituição espanhola (1978). Uma vez elaborado e aprovado, uma eventual reforma deverá observar o estatuído no artigo 81.2 da Constituição espanhola (1978), exigindo-se um procedimento especial e aprovação por maioria absoluta das Cortes Gerais.

Entre Estado de autonomias e federação, o que seria então o Estado espanhol é motivo de acalorados debates acadêmicos. Sospedra (2010, p. 238) defende que "[...] Espanha é um Estado federal, um pouco raro, mas federal ao fim e ao cabo". Para Robledo (2020b, p. 21) "[...] não é fácil determinar a forma de Estado atualmente imperante na Espanha"[69]. Alonso de Antonio (2020, p. 46) fala em modelo constitucional indefinido. Na lição de Callejón (2013, p. 327) este Estado espanhol criado em 1978 "[...] foi um modelo de transição entre o modelo regional clássico e o modelo de Estado federal". Blanco Valdéz (2001, p. 163) fala em "[...] invenção da democracia espanhola", a fim de obter uma "[...] solução razoável" para a questão Vasco-Catalã. Entretanto, o mesmo Sospedra (2010, p. 238) conclui que "A diferença mais importante desde a perspectiva fática radica na

---

[67] STC 31/2010, p. 7: "Assim, a criação, posição, função e regime dos Estatutos de Autonomia na ordem constitucional espanhola não se assemelha ao das Constituições de *Gliedstaaten* nos Estados federais clássicos, embora possa ser dado a um Estatuto - dentro de certos limites constitucionais - uma aparência remanescente das Constituições dos membros de uma federação".

[68] STC 31/2010, p. 7: "Em nossa Lei, o Estatuto da Autonomia deve ser conceituado como uma norma infraconstitucional subordinada hierarquicamente à única Constituição espanhola, de acordo com a interpretação que recebeu do Tribunal Constitucional [portanto, entre outros, SSTC 18/1982, de 4 de maio, FFJJ 2 e 7]". Para Ruipérez (2003, p. 249), os Estatutos têm natureza jurídica de normas materialmente constitucionais.

[69] Para diferenças entre Federação e Estado autonômico, consultar Robledo (2020b, p. 21-23).

falta de estatalidade dos entes autônomos e, como consequência, a ausência de Constituições dos mesmos [...]" – pelo que as Leis Orgânicas dão a nota característica.

Dado o grau de particularidades, trata-se de um modelo verdadeiramente único, *sui generis*[70]. Para muitos seria um Estado quase federal assimétrico. As disparidades trazidas pelos dezessete Estatutos de autonomia surgidos desde 1978 – mais o regime das cidades de Ceuta e Melilla, no que tange às competências escolhidas pelas Comunidades, impuseram uma série de reformas niveladoras destas competências provocando posteriormente a edição da Lei Orgânica nº 9/1992[71], respeitante às competências escolhidas, em evidente processo de uniformização. Assim, em meio à controvérsia acadêmica quanto à forma de Estado[72], a evolução do desenho de Estado espanhol desde 1978 pode ser apontado como trifásico: 1) concebido como Estado unitário, 2) evoluído para Estado autonômico – com a elaboração dos Estatutos de autonomias, 3) Estado neoautonômico[73], com traços federativos, por razões de ordem histórica, após as reformas. A Espanha estaria vivenciando um esgotamento temporal do ciclo de descentralização, pelo que latente estaria o debate público sobre o regresso a uma centralização em novos termos (ROBLEDO, 2020, p. 67)[74]. Ainda da forma de

[70] Neste sentido, consultar Guerra (1991, p. 65).

[71] Consultar item número 3, da Exposição de Motivos da referida Lei. A Lei Orgânica nº 9/1992 afeta onze Comunidades Autônomas, indicadas em seu artigo 2.

[72] Ruipérez (2003, p.115) ponencia sobre uma suposta inutilidade do debate acadêmico em torno da forma de Estado, em menção ao Magistrado e Professor Rubio Llorente, lembrando que "[...] não deixa de ser um trabalho ocioso e, inclusive, um esforço vão e supérfluo, já que o que de verdade interessa é encontrar respostas adequadas para os problemas reais que se colocam na prática".

[73] Consultar Robledo (2020, p. 66-67).

[74] Nas palavras de Robledo (2020, p. 67): "Portanto, o Estado neoautonômico que está surgindo com a onda de reformas estatutárias dos últimos tempos tem dois problemas: como técnica de integração acaba por não satisfazer aos territórios com mais consciência de autogoverno e como instrumento de organização do poder político e administrativo a serviço dos cidadãos está demostrando muitas carências, sem que nem sequer se haja criado um federalismo competitivo que permita aos cidadãos votar com os pés e dessa forma – segundo o teorema de Charles Tibout - lograr uma correta designação de recursos. Se há dois problemas, haver-se-á que buscar duas soluções, pelo que a proposta de recentralização, sem matizações, pode ser igualmente insatisfatória que a política de descentralização contínua seguida até agora. Regresso, portanto, às autonomias de primeira e de segunda geração? Creio que isto – que se mostrou inviável em 1980 com o referendo andaluz – não é possível pois a consciência de igualdade faz com que hoje em dia não se possa admitir um federalismo formalmente assimétrico, onde umas Comunidades tenham um papel preferencial

Estado, o Pleno do Tribunal Constitucional espanhol na Sentença 31/2010, reproduzindo opinião do Procurador Geral destacou o seguinte:

> O Estado de Autonomias - continua o representante do Governo da Nação - é um Estado composto de características federais, especialmente no que diz respeito a competências autônomas, mas não é um Estado federal em sentido genuíno, pois não atende a algumas das notas clássicas que o caracterizam, como a garantia da coparticipação nas reformas, nem as Comunidades Autônomas podem ser descritas como 'Estados' no sentido em que esse conceito se aplica aos membros da federação, nem podem ser considerados 'soberanos' [75].

Compreendido o Estado espanhol como um Estado de autonomias, mas indissolúvel, torna-se agora necessário analisar a evolução trifásica deste Estado, que na verdade, espelha o ciclo de reformas empreendido após 1978. Destarte, como ficou assentado pelo Tribunal Constitucional, este ciclo também foi trifásico:

> O primeiro nasceu com ela [Constituição de 1978 – grifo nosso], continuou com os Pactos Autônomos de 1981 e terminou com a aprovação do último Estatuto de Autonomia em 1983 (deixando de lado o caso das cidades autônomas). Com base no modelo regional, foi aberto um segundo período com os Pactos de 1992, caracterizado por um claro aprofundamento da competência de muitas comunidades autônomas e pela aprovação de várias reformas nos Estatutos de Autonomia até 1999. Agora, estamos participando de um terceiro período, de reformas estatutárias, caracterizadas, entre outras características, por uma maior reivindicação de governo autônomo, com a melhoria correlata do financiamento das Comunidades e uma maior aproximação das administrações públicas e da administração da justiça aos cidadãos, e que previsivelmente, afetará todos os estatutos autônomos.

Em razão destas reformas estatutárias, a atuação do Tribunal Constitucional espanhol em conciliar os Estatutos com a Constituição, demonstra "[...] uma marcada tendência federalizante do Estado autonômico que foi propiciada pela própria jurisprudência constitucional [...]" (CALLEJÓN, 2013, p.

dentro do Estado, como por demais se colocou de manifesto recentemente com a autorização de Governo para que a Generalitat emita dívida pública, que o Governo viu-se obrigado a estender a todas as demais Comunidades". Este cenário é conhecido no Brasil, com a crise da dívida pública dos Estados, nos anos 1990, momento em que a União resgatou e reestruturou a dívida dos Estados, mas exigiu a desestatização dos bancos estaduais como Banerj e Banespa.

[75] STC 31/2010, p. 7.

332)[76]. A atuação do Tribunal Constitucional no período autoriza Robledo (2020b, p. 16) a dizer que Espanha era verdadeiramente um "[...] Estado jurisdicional autonômico", pois o Tribunal haveria de pronunciar-se "[...] em meio milhar de ocasiões sobre o Estado autonômico" (ROBLEDO, 2020b, p. 17). O caso paradigma da Sentença do Tribunal Constitucional nº 31/2010, sobre a região da Catalunha, demonstra a preocupação com possíveis rupturas da unidade política, reavivando os debates federalistas do processo constituinte de 1978[77], desta feita sem os matizes ideológicos ou ditatoriais ali presentes. Evidencia-se deste modo, de sua configuração em 1978 até o momento, um modelo em ajustes contínuos[78], mas com indicativos de crises em sua aplicação prática. Mas, é possível dizer que há um controle mitigado em muito justificado pela gestão financeira e orçamentária. Nesta linha de reflexão, assinala Ruipérez (2003, p. 259) que:

> Nosso Estado de autonomias, ou Estado autonômico, é, em definitivo, uma das múltiplas manifestações estruturais dessa realidade única, a qual podemos denominar Estado federal ou, se se prefere, Estado politicamente

[76] E prossegue: "Essa tendência foi incrementada com as últimas reformas estatutárias nas quais […] se consolida um novo modelo de Estatuto de Autonomia, dotado de maior densidade constitucional, quer dizer, de maiores possibilidades de controle dos poderes públicos autonômicos" (CALLEJÓN, 2013, p. 332). No mesmo sentido Echavarría (2005, p. 1227-1228): "De modo que o Estado autonômico não é um expediente ou uma saída que o constituinte encontra, quando não pode repetir o modelo centralista nem ensaiar a alternativa federal, mas sim uma forma política definitiva, uma verdadeira solução ao problema da organização territorial do poder na Espanha. […]. Pois bem, uma das caras do sistema federal é o Estado autonômico". Opinião esta, que como já vimos, diverge do entendimento manifestado no STC 31/2010, acima indicado. Mas, para Echavarría, esta foi a solução para lidar com a "[…] integração do pluralismo" – e ainda à p. 123: "A capacidade integradora do Estado autonômico depende, então, de modo claro da disposição da sociedade espanhola em aceitar um tratamento civilizado, isto é, jurídico, de suas diferenças […]", das distintas nações componentes de Espanha, reduzindo eventuais tensões a "[…] disputas por competências" (ECHAVARRÍA, 2005, p. 1231). Para Sospedra (2010, p. 230): "[...] a Constituição ampara e ordena o pluralismo, [...]". Em divergência a essa tendência federalizante do Tribunal Constitucional, consultar Robledo (2020b, p. 17), pois para este autor (2020b, p. 18) Espanha carece de uma "[...] cultura federal que faça operativa a tão mencionada *Bundestreue* alemã, a lealdade federal".

[77] Neste sentido Ruipérez (2003, p. 150). A federação foi sugerida como solução às complexidades histórico-sociológicas das nacionalidades espanholas. E no debate público de 1978 foi recusada, por entender-se que seria a continuidade do modelo centralizador franquista.

[78] Como anota Robledo (2020b, p. 19): "[...] uma sensação de modelo inacabado, aberto, em contínua mudança que impera na política espanhola com a distribuição de competências [...]".

> descentralizado. Como acabamos de dizer, nosso modelo federal, ou autonômico, tem uma de suas peculiaridades no fato de que a regulação fundamental de sua vida política não se leva a cabo em uma única norma, mas em uma pluralidade delas, sendo as mais importantes a Constituição e os Estatutos de autonomia.

Assim, ao lidar com estas assimetrias de competências, dificuldades financeiras e desigualdades econômicas entre as regiões o Estado de autonomias em sua prática evoluiu, propondo soluções e novos caminhos, evitando o cenário de retrocesso, *in casu*, o retorno à centralização – nos antigos moldes do período franquista. O ritmo e conteúdo das reformas atestam esta transformação. No âmbito da materialização das autonomias, sob o ponto de vista financeiro e com o especial fim de reduzir as desigualdades econômicas o princípio da solidariedade ganhou concretude com a LOFCA e o FCI. Seu conteúdo voltado para o financiamento e compensação entre as Comunidades autônomas insere-se no âmbito das "[...] relações de cooperação e colaboração" (CALLEJÓN, 2013, p. 336) entre o Estado e as nações componentes[79]. As inconsistências financeiras entre as Comunidades do Estado autonômico já haviam sido notadas por Castro (2005, p. 942), quando assinalou que "Nada há de estranho que, como só ocorre no devir dinâmico de toda empresa política descentralizadora, se aspire a conseguir um novo ponto de equilíbrio entre as forças de distinto grau". Como experimento político que surgira em 1978, mais do que natural que estas inconsistências exsurgissem. Comparativamente, a federação brasileira no projeto político iniciado em 1988 com a Nova República haveria de passar por situações semelhantes, como será indicado a seguir. Em Espanha como no Brasil, a proposta de integração política associa-se à solidariedade. Os componentes do Estado de autonomias e da Federação devem buscar consolidar sua independência financeira, para não apenas exercerem plenamente suas autonomias[80], mas também fortalecerem o Estado

[79] Neste mesmo sentido Roura (1987, p. 100-101), a considerar a cooperação indispensável "[...] para o bom funcionamento do Estado de Autonomias". Destaca que é uma concepção difícil de materializar, e que, para tanto, são necessários os seguintes mecanismos de cooperação: 1) Comissões Mistas de Transferências, 2) Os instrumentos de Coordenação Legislativa, 3) As Conferências Setoriais, e 4) Conselho de Política Fiscal e Financeira.

[80] Neste sentido consultar Castells (1991, p. 105). Destaca este autor (p. 112) que os gastos originados com as competências autonômicas naquela altura estavam longe de serem custeados pela fazenda autonômica, pelo que destaca seis modalidades de subvenções condicionadas existentes para complementar as receitas das Comunidades: subvenções de gestão autonômica, transferências do FCI, transferências do FEDER – Fundo Europeu de Desenvolvimento Econômico Regional, subvenções destinadas a financiar serviços de saúde, convênios de investimentos e contratos de programas.

nacional. O equilíbrio financeiro deve ser uma constante nos dois Estados analisados. Esse equilíbrio há de ser buscado através do debate público nas Cortes Gerais ou Congresso Nacional, estudando soluções possíveis para o novo ciclo que se anuncia, com mais centralização por motivações de ordem financeira.

3.2. - A autonomia no âmbito da República Federativa do Brasil.

A compreensão do conceito de autonomia mostra-se diverso na federação, pelo que devemos perscrutar seu desenvolvimento em linhas históricas e como aplica esta proposta no caso brasileiro. Os Estados Unidos da América e sua Constituição (1787) serviram de inspiração às novas nações independentes da América Latina no início do século XIX. A formação dos Estados Unidos deu-se em um processo bifásico no que se refere à sua forma de Estado. Primeiro com a Confederação dos Estados Unidos da América (1776-1787) e depois com a federação em 1787. Durante o período Confederado, as antigas colônias haviam se tornado Estados soberanos. A federação norte-americana surge por movimento político de natureza centrípeta, atraindo os Estados para o centro da federação com base na ideia consagrada no Preâmbulo da Constituição (1787) de "[...] formar uma união mais perfeita". As antigas colônias inglesas que após a independência a 04 de julho de 1776 haviam se tornado Estados soberanos, ao aderirem ao projeto federal consentiram em abrir mão de sua soberania, mas obtiveram o reconhecimento de um elevado grau de autonomia, mas uniforme entre todos os Estados federados.

Inspirado pelo modelo norte-americano, o Brasil vivencia a experiência federativa desde a proclamação da República - em 15 de novembro de 1889, com as peculiaridades atinentes ao processo civilizatório legado pelos portugueses. Durante a colônia, o modelo das Capitanias hereditárias em muito inspirado na experiência portuguesa das Cartas de Forais não havia dado certo. A forma de Estado simples adotada com a Constituição do Império (1824) exibia centralização em mãos do Imperador, a interferir na gestão das Províncias. A federação brasileira que surge formalmente com a primeira Constituição republicana brasileira (1891) é tributária desta tradição norte-americana. A formação dos Estados federados no Brasil, contudo, se deu por movimento político de natureza centrífuga – em movimento do centro para fora, uma vez que surgiram das antigas Províncias do Império brasileiro (1822-1889)[81]. A federação como conceito moderno de

[81] Do federalismo centrífugo e centrípeto, consultar Parcelli (2020, p. 7).

organização político-administrativa do Estado, privilegiando os Estados federados com autonomia, estava muito à frente da agrária sociedade brasileira de então.

A autonomia assegurada inicialmente naquela Constituição e nas posteriores até 1988 era em grande parte formal, pois os Estados federados mostravam-se dependentes financeiramente da União[82] que lhes transferia recursos do tesouro a depender das alianças feitas entre as oligarquias locais e o governo federal. Na chamada 'República Velha', apenas os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul escapavam em certa medida desta dependência, pelo que os dois primeiros estabeleceram a chamada 'República do café com leite'[83]. Em se analisando pelo ângulo da dependência financeira, de 1889 a 1988 a federação não se desenvolveu mais substancialmente por haver esta limitação de ordem histórica, pelo que o Brasil passou por ciclos alternados de centralização e descentralização político-administrativa. Estes ciclos estavam em sincronia com o regime político vivenciado, ora com regimes políticos ditatoriais (1937-1946 e 1964-1982) ora com regimes democráticos (1891-1937, 1946-1964 e desde 1982). E não necessariamente a descentralização trouxe independência financeira para efeitos de autonomia plena. Em termos comparativos este é um ponto de semelhança com Espanha (1978), pois com a redemocratização em 1982 o Brasil ingressa em outro ciclo de descentralização. Nos dois Estados após encerrarem períodos ditatoriais de longa duração[84].

Com as eleições gerais de 1986 este cenário muda, pois a sociedade participa do debate público constituinte ao longo de 1987 através de seus representantes. As Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978) da redemocratização contribuíram como modelos à Assembleia Constituinte, notadamente na tutela dos direitos fundamentais. As duas atuando para o mundo latino-americano como retransmissoras do paradigma ítalo-germânico pós 1945. O texto que seria promulgado em 1988 é também uma Constituição principiológica. Tem-se a ampliação dos entes federados, desta feita ingressando o

[82] Para evolução do sistema tributário da União, em especial na Constituição brasileira de 1891, consultar Varsano (2020, p. 5).

[83] Consultar Parcelli (2020, p. 7). Prossegue este autor à p. 8: "A adesão dos chefes estaduais era dependente do pagamento de vantagens a partir de uma definição de uma distribuição do poder federal que fosse capaz de contemplar o apetite das oligarquias, de acordo com o peso político, do que resultou uma ordem fraturada (LESSA, 1988, p. 146), em que os cargos ou verbas federais puderam servir como recursos necessários para a domesticação dos conflitos locais (LESSA, 1988, p. 154)".

[84] Em Espanha com Franco (1935-1975) e no Brasil com o regime militar (1964-1982).

Município como ente dotado de autonomia na forma do artigo 18 da Constituição brasileira[85]. A retomada democrática iniciada em 1982 e intensificada com os debates constituintes de 1987 trouxe novamente como item na pauta a redistribuição das receitas tributárias, até então muito concentradas em mãos da União[86] e agora distribuídas entre Estados federados e Municípios, tornando-os menos dependentes – do ponto de vista teórico-formal - do governo central representado pela União. Ao menos deste ângulo a federação agora restava fortalecida, só restando encontrar bons gestores públicos para promover o desenvolvimento econômico e incrementar as receitas correntes do erário.

Após trinta e um anos de vigência da Constituição brasileira de 1988 muito se avançou, mas verifica-se que houve um excesso de otimismo com a engenharia federativa. O artigo 18, § 4º da Constituição brasileira (1988) permitiu, por exemplo, a criação de inúmeros municípios atendendo-se, supostamente, aos interesses de comunidades locais, mas que são financeiramente inviáveis, sendo, portanto, dependentes da transferência de recursos federais e estaduais. Neste aspecto, o mesmo pode ser dito em relação aos Estados federados, cuja maior parte deles depende de transferências da União e tem sofrido com má gestão administrativa, vendo constantemente ameaçados seus equilíbrios financeiros. A autonomia destes entes federados, portanto, é uma autonomia em termos. A variável financeira da equação federativa carece de definição, a exemplo da Espanha. À União cabe com frequência auxiliar financeiramente os Estados com planos de reestruturação de suas dívidas públicas. Comparativamente, como antes mencionado, não menos diferente tem sido a experiência política espanhola com sua Constituição (1978), ao ponto de a Lei Orgânica nº 9/1992 ter deflagrado um primeiro ciclo de reforma dos Estatutos de autonomia motivado por duas razões: 1) desequilíbrios financeiros entre as Comunidades Autônomas, e 2) necessidade de adaptação dos Estatutos autonômicos ao Tratado de Maastricht (1992). Essa a conclusão de Ferrer (1993, p. 5) [87] ao comentar sobre a dependência das

[85] Neste sentido, consultar Parcelli (2020, p. 17-18).

[86] Consultar Parcelli (2020, p. 14-17).

[87] Anota o autor: "Existe uma ampla coincidência em considerar que um dos aspectos mais destacados na avaliação recente do setor público na Espanha tem sido a magnitude do avanço no processo de descentralização do gasto iniciado após a aprovação dos primeiros estatutos de autonomia em 1979, [...]. Sem embargo, e de maneira paradoxal, este avanço adicional no processo descentralizador agravará um dos aspectos mais vulneráveis do atual modelo de financiamento autonômico: a crescente dependência desde o ponto de vista das receitas das Comunidades Autônomas de regime comum em relação às transferências que chegam do Orçamento Geral do Estado".

Comunidades Autônomas ao Estado espanhol, por insuficiência de recursos à realização de suas competências[88]. Isto já era uma preocupação do Estado espanhol quando da transferência de algumas competências às Comunidades Autônomas: a mantença da qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos. Este é um dado significativo, pois coloca os dois Estados analisados no mesmo plano, em termos de financiamento e custeio dos gastos públicos e consequente cumprimento do pacto fundamental, seja ele autonômico ou federativo. A partir de uma perspectiva contábil, assinalou com clareza Peppe (2020, P. 7) a questão que afeta a federação brasileira no molde da Constituição brasileira (1988):

> Temos hoje uma Federação hierarquizada, com estados e municípios extremamente dependentes de um poder central e competindo predatoriamente por recursos para exercerem suas competências pouco claramente definidas. Assim, [...]: ainda não temos realmente uma federação.

Esta perspectiva não parece ser um diagnóstico restrito ao Brasil, podendo *cum granum salis*, ser aplicado ao Estado de autonomias. Comparativamente, a materialização da autonomia nos dois países analisadas resta um projeto em aberto, pois o ideal equilíbrio financeiro ainda não foi alcançado entre os Estados ou Comunidades Autônomas. Parece revelar, portanto, que a crise federativa – e autonômica - transcende o plano político-constitucional e das ideias, desdobrando-se no plano financeiro, infenso a qualquer leitura ideológica pois que exato nos resultados dentro da lógica receita-despesa-superávit. A engenharia financeira e a boa gestão dos escassos recursos do Estado federativo são essenciais à consecução da autonomia dos entes federados, no âmbito do que estatui o artigo 18 da Constituição brasileira (1988). Voltamos às lições de Nicolau Maquiavel na obra "O Príncipe" quando exortava os príncipes a uma boa gestão política do Estado[89].

E mais, como acrescenta Callejón (2013, p. 347), "Os estatutos anteriores eram (como continuam sendo os estatutos não reformados) uns textos que haviam dado as costas a demasiadas coisas. Não que tenham feito isto de modo consciente, mas no momento em que foram elaborados (pouco depois de aprovar-se a Constituição de 1978, e em um contexto muito diferente do que existe hoje, na Espanha do Estado Autonômico já desenvolvido e integrado na União Europeia) não haviam sido incorporadas muitas coisas que devem estar nas normas fundamentais de cada Comunidade Autônoma".

[88] Como nota também Robledo (2020b, p. 19), ao abordar o custo efetivo dos serviços transferidos do Estado às Nações. Às páginas 18-20 o autor analisa as reformas dos Estatutos desde 1992, em cinco fases, detalhando as etapas percorridas em busca do equilíbrio financeiro.

[89] É o que relembra Dias (2020, p. 3-5), ao notar a necessidade de o príncipe fazer bom uso dos recursos do Estado para evitar-lhe a ruína, atentar para a força (não apenas militar, mas riqueza também) das cidades vizinhas e combater a corrupção.

Ora pois, no âmbito desta gestão política inclui-se para o Estado Moderno a boa gestão financeira. Daí, no caso do Estado de Autonomias espanhol inaugurado em 1978, falar-se em reformas dos Estatutos e uma suposta tendência ao federalismo com as reformas pós-1992, com vista a um maior acompanhamento pelo Estado espanhol em razão da boa gestão do orçamento do Estado[90].

A boa gestão qualitativa dos escassos recursos financeiros do erário mostra-se dos maiores desafios da federação brasileira. Assinala Peppe (2020, p. 13) que

> A questão federativa está associada, em termos concretos, à definição das competências de cada esfera do governo e da alocação dos recursos financeiros necessários à execução dessas competências. [...]. É natural que assim seja, uma vez que é a disponibilidade de recursos que determina, efetivamente, o grau de autonomia de uma entidade federada e delimita suas competências.

Comparativamente, o mesmo cenário foi identificado no Estado de autonomias espanhol (1978), como ressaltado há pouco, em razão da ordem de grandeza das competências a serem desempenhadas pelas Comunidades Autônomas[91]. Nos dois Estados analisados, diante das desigualdades no desenvolvimento econômico e pelos desequilíbrios financeiros, exsurge o princípio da solidariedade. Como a economia é desigual no território de qualquer Estado, por este princípio o contribuinte participa solidariamente na promoção do desenvolvimento e redução das desigualdades nas regiões mais pobres. O cuidado com as finanças das Comunidades Autônomas, para que não repercutam no tesouro do Estado, teve seus objetivos estabelecidos na Lei Orgânica de Financiamento das Comunidades Autônomas – LOFCA, Lei Orgânica nº 8/1980, de 22 de setembro. Uma Lei Orgânica que, comparativamente em muitos aspectos, externaliza preocupações semelhantes com as diretivas da Lei de Responsabilidade Fiscal –LRF, Lei Complementar nº 101/2000.

[90] Anota Ferrer (1993, p.6) sobre as revisões dos modelos de financiamento feitos em novembro de 1986 e depois em 1992, para tentar equacionar a situação fiscal no período.

[91] Como anota Robledo (2020b, p. 19), com a transferência de muitas competências do Estado às Comunidades Autônomas, a maior preocupação era manter a qualidade dos serviços prestados, pelo que houve transferências de pessoal, meios, bens e um valor aproximado de custeio, na forma do previsto no artigo 147.2, alínea 'd' da Constituição espanhola (1978).

Ainda em termos comparativos, no que afeta o Estado espanhol, a LOFCA enuncia "[...] os princípios reguladores do sistema de financiamento" (CALLEJÓN, 2013, p. 343) das Comunidades Autônomas. A LOFCA foi elaborada no marco do Conselho de Política Fiscal e Financeira, para efetivamente regular "[...] o regime geral de financiamento previsto nos artigos 157 e 158 da Constituição e a ele se ajustou, igualmente, a generalidade dos Estatutos das Comunidades autônomas" (ROURA, 1987, p. 109)[92]. Assinala que nela se consagram "[...] os princípios constitucionais de autonomia, igualdade e solidariedade" (ROURA, 1987, p. 109) – aqui a relação entre autonomia, independência financeira e solidariedade fica evidenciada. O Estado espanhol é o gestor dos interesses gerais relativos ao "[...] equilíbrio econômico, da estabilidade e do desenvolvimento harmônico de todo o território nacional" (ROURA, 1987, p. 109). Tal qual o é a União, que deve zelar e promover o desenvolvimento econômico de todas as regiões.

A federação como experiência política de aplicação universal demanda uma sociedade evoluída e consciente dos compromissos assumidos para seu êxito. Uma vez que os entes federados assumam suas competências dentro do marco constitucional, devem se mostrar à altura na mobilização de recursos humanos e financeiros à consecução de suas competências, o que em muitos casos não ocorre

[92] O artigo 157 da CE (1978) trata das receitas das Comunidades Autônomas e o 158 cuida do Fundo de compensação interterritorial e rubricas orçamentárias especiais, à luz do princípio da solidariedade. Roura, contudo, observa à p. 110 que não há um regime de financiamento único, haja vista os regimes especiais da Comunidade Foral de Navarra e o País Vasco, previstos na Disposição Adicional Primeira da Constituição espanhola (1978), nos seguintes termos: Disposição adicional. Primeira. A Constituição ampara e respeita os direitos históricos dos territórios forais. A atualização geral de dito regime foral se levará a cabo, em seu caso, no marco da Constituição e dos Estatutos de Autonomia". Como informa o Ministério da Fazenda espanhol em sua página: "No regime foral o sistema financeiro se caracteriza pelos Territórios Históricos do País Vasco e a Comunidade Foral de Navarra terem poder para manter, estabelecer e regular seu regime tributário. Isso implica que a exação, gestão, liquidação, arrecadação e inspeção da maioria dos impostos do Estado espanhol (na verdade todos, exceto os direitos de importação e os gravames à importação nos Impostos Especiais e no Imposto sobre Valor Acrescido) corresponde a cada um dos três territórios do País Vasco e à Comunidade Foral de Navarra. A arrecadação destes impostos se realiza por ditos territórios e por sua vez, a Comunidade Autônoma contribui com o financiamento dos custos gerais do Estado não assumidos, através de uma contribuição denominada 'cupo' ou 'aportação' ". O atual Convênio é regido pela Lei nº 28/1990. Acrescente-se ainda, em relação a estas Comunidades especiais, as Disposições Adicionais Primeira (País Vasco) e Segunda (Navarra) da LOFCA.

no Brasil. Neste sentido, como comenta Peppe (2020, p. 8) "Alguns deles mal têm condições técnicas e financeiras de administrar seu pessoal, quanto mais assumir atribuições maiores". E continua Peppe (2020, p. 11) comentando que:

> [...] a extrema heterogeneidade entre municípios, estados e regiões mostra que não é possível se adotar um único modelo a respeito das atribuições de cada esfera de governo. Em segundo lugar, deve-se considerar o papel fundamental e insubstituível que cabe à União como promotora de políticas de desenvolvimento e integração regional.

Sob a ótica financeira, portanto, podemos apontar como similitude entre os dois Estados objeto desta comparação a aplicação do princípio da solidariedade. Bem como o posicionamento da União – e comparativamente também do Estado espanhol – como promotora do desenvolvimento, da integração e garantidora da viabilidade financeira do erário nacional, ao qual se integram os demais entes federados. Em Espanha, o princípio da solidariedade se aplicou tendo como instrumento à promoção do desenvolvimento econômico das Comunidades o Fundo de Compensação Interterritorial – F.C.I. (Lei nº 7/1984)[93], em complementação aos objetivos traçados na LOFCA. No Brasil, a Constituição (1988) estabeleceu um marco constitucional para repartição das receitas tributárias, nos artigos 157 a 162. Dentro deste marco constitucional, atente-se ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE, previsto no artigo 159, inciso I, alínea 'a' da Constituição brasileira (1988)[94] c/c 34, 76 e 161 do ADCT. O FPE constitui uma das modalidades de transferências de recursos financeiros aos Estados e foi criado para promover o equilíbrio sócio-econômico entre os Estados federados. Em busca da saúde financeira do Estado, foi editada posteriormente a Lei Complementar nº 101/2000, com o objetivo de regular o emprego de recursos financeiros e normas para a responsabilidade da gestão fiscal de todos os entes federados. Da solidariedade como princípio comum entre os dois Estados

[93] O FCI teve um desenvolvimento trifásico, segundo informa a Fazenda espanhola: 1) de 1984 a 1990 todas as Comunidades Autônomas foram beneficiadas para o desenvolvimento e como investimentos, 2) de 1990 a 2001 passam a titularizar os recursos apenas as regiões mais desfavorecidas; e 3) após 2001, o FCI se desdobra em Fundo de Compensação e Fundo Complementar.

[94] Atualmente regulamentado pela Lei Complementar nº 143/2013. Esta Lei modificou três outras: a LC nº 62/1989, a Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN) e a Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União). Compõem o FPE parcelas arrecadadas do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, os principais tributos da União.

analisados, encontramos em comentário de Peppe (2020, p. 16) a convergência conceptual quanto aos objetivos:

> Outros elementos importantes para a questão federativa presentes na Constituição de 1988, na medida em que apontam para a preocupação dos constituintes com as ideias de autonomia, igualdade e cooperação, são a ideia de compartilhamento da receita dos impostos e a noção de que as transferências de recursos da União devem ter um caráter redistributivo e de equalização da renda entre estados e/ou regiões. Tais ideias apontam para uma federação em que haja o compartilhamento das responsabilidades tributárias e a solidariedade entre os estados e regiões, de forma que os membros mais ricos da Federação auxiliem, por meio das transferências da União, os entes federados mais carentes.

O compromisso assumido no pacto político fundamental com a dignidade da pessoa humana[95] e a tutela de direitos sociais pelo Estado, através de políticas públicas, exige disponibilidade de vultosos recursos de ordem financeira a fim de desenvolver e assegurar continuidade às políticas públicas que visem reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Até a tutela dos direitos fundamentais de primeira geração pode mostrar-se comprometida se não houver fluxo contínuo de recursos à segurança pública, permitindo o aumento da criminalidade em suas distintas espécies. Cuida-se, portanto, de efetivamente cumprir a Constituição integralmente, a fim de preservar-lhe sua força normativa. Portanto, há que efetivamente se pensar a materialização da autonomia em ambos Estados sob análise, buscando a melhor solução em termos práticos e de acordo com suas características. Se não há paralelo no que trata o princípio dispositivo na Federação brasileira, a similitude no princípio da solidariedade é evidente. A viabilização financeira dos entes federados e Comunidades Autônomas está, portanto, na pauta do dia de ambos os Estados.

Autonomia e competências dos entes federados ou Comunidades Autonômicas são assim uma questão político-filosófica: que competências são devidas a cada um é uma questão a ser respondida pelo constituinte originário, de acordo com o patamar civilizatório da sociedade e com a agenda de interesses políticos predominante[96]. De todo modo, pelo que apreendemos, ambos são modelos inacabados e em construção.

---

[95] Artigo 1º, inciso III da brasileira de 1988.

[96] Para Peppe (2020, p. 20): "Com efeito, o federalismo brasileiro continua em processo de construção no interior de um cenário político complexo. Há forças políticas de diversas orientações partidárias que tendem a privilegiar elementos de um federalismo descentralizador, preocupado com o desenvolvimento da autonomia dos entes

Agora cumpre analisar o marco constitucional das competências. A federação brasileira é estruturada nos termos do artigo 1º combinado com os artigos 18 - 35 da Constituição brasileira (1988). O marco constitucional ali desenhado se orienta pela descentralização político-administrativa. As competências da União são enunciadas nos artigos 21 e 22 da Constituição brasileira (1988). Aos Estados federados cabem as competências não vedadas a si, na forma do § 1º [97], artigo 25 da Constituição brasileira (1988), em função do princípio da residualidade ou remanescência. Das competências dos Municípios dispõem os artigos 29 a 35, orientando-se sua autonomia pelo princípio do interesse local.

Além de distribuir as competências, a Constituição brasileira (1988) enunciou matérias de competência comum no artigo 23, pelo que os entes federados devem buscar atuar de modo coordenado e em cooperação[98]. Em termos comparativos, vimos que a cooperação também ocorre entre Estado e Comunidades Autônomas (CALLEJÓN, 2013, p. 336). Outro dispositivo importante é o artigo 24, que dispõe sobre a competência dos entes federados para legislar concorrentemente, nas matérias ali indicadas, enunciando-se a competência da União para "[...] estabelecer as normas gerais"[99], sem prejuízo da competência legislativa suplementar dos Estados, na forma do disposto no §2º. Deste modo, no plano das competências os Estados federados brasileiros já têm suas competências definidas na Constituição da República (1988), que uniformiza assim a autonomia entre todos. O espaço de atuação administrativa no âmbito das autonomias deve ser desenvolvido e ampliado pelos governos dos Estados, no intuito de estabelecer a presença soberana do poder público e prestar serviços públicos de qualidade aos jurisdicionados. Comparativamente e diverso do Estado de Autonomias espanhol, não há conteúdo mínimo ou possibilidade de escolhas das competências em sede

subnacionais: autonomia não só na execução, mas também na formulação e supervisão de políticas públicas. Outras forças políticas se inclinam para um federalismo de tipo meramente desconcentrador".

[97] Constituição brasileira (1988): art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

[98] Parágrafo único, artigo 23: "Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, [...]".

[99] § 1º, artigo 24, da Constituição brasileira (1988).

de Constituições estaduais elaboradas pelos Estados federados[100]. No caso da Espanha, a extensão das competências para as Comunidades Autônomas é prevista no art. 148 da Constituição espanhola (1978)[101]. As competências assumidas pelas Comunidades Autônomas devem constar nos Estatutos, aprovados pelas Cortes Gerais, a fim de que possa haver a transferência dos serviços pelo Estado. As competências exclusivas do Estado estão elencadas no artigo 149 da Constituição espanhola (1978). Observado o conteúdo mínimo das competências para as Comunidades Autônomas, o critério de escolha de competências se dá por exclusão às competências exclusivas.

3.3 – O Estatuto Autonômico da Galícia (Lei Orgânica 1/1981) e a Constituição do Estado do Rio de Janeiro (1989).

Uma vez que esta instância de investigação pós-doutoral foi desenvolvida junto à Universidade de Vigo, no campus avançado de Ourense, decidimos analisar o Estatuto autonômico da Galícia estabelecido pela Lei Orgânica nº 1/1981, de 06 de abril – doravante simplesmente denominado EG (Estatuto de Galícia); em comparação com a doravante simplesmente denominada CERJ (Constituição do Estado do Rio de Janeiro). O EG tem cinquenta e sete artigos no texto principal, quatro Disposições Adicionais e sete Disposições Transitórias. O objetivo é apontar em plano de microcomparação eventuais semelhanças e distinções entre o EG e a CERJ, no plano de suas autonomias.

Em breves linhas, cabe destacar a especial posição da Galícia no Estado espanhol. A Galícia foi uma das últimas regiões da Península Ibérica a chamar a atenção dos romanos quando de sua dominação, pelo que assentou desde há muito os elementos que compõem sua identidade sociológica e linguístico-cultural[102]. Após os romanos, testemunhou a ascensão e queda do Reino Suevo (411-585), as

[100] Das Constituições dos Estados federados, consultar artigo 25, caput da Constituição brasileira (1988).

[101] Roura (1987, p. 99): princípio da unidade econômica ou unidade de mercado. Sobre dispositivos dos artigos 148 e 149 da Constituição espanhola (1978) que compõem um conceito amplo de meio ambiente, consultar Marco Marco (2010, p. 192), destacando este autor à página 201 a necessidade de mecanismos de coordenação e cooperação entre Estado e Comunidades Autonômicas para a tutela do meio ambiente como patrimônio comum, na forma do artigo 149.1: "[...] a possibilidade da coordenação em matéria de planejamento econômico, pesquisa científica e técnica, e saúde".

[102] Consultar Areán-García (2020, p. 5). A proteção dessa identidade é assegurada pelos artigos 2º c/c 147.2, alínea 'a' da Constituição espanhola (1978).

batalhas da Reconquista Cristã, o medievo, as guerras napoleônicas em sua chegada a Portugal, o florescer do constitucionalismo novecentista e todas as Constituições espanholas até a Constituição de 1978. Pouco mais de mil e setecentos anos chancelam sua existência como uma nação com identidade bem definida. Pelo que, a sagração constitucional desta existência, permitindo seu autogoverno em sede de Estatuto autonômico, foi uma grande conquista. E assim como Galícia, outras Comunidades também tiveram suas existências históricas seculares reconhecidas, como o País Vasco e Navarra. Desde esse ponto, note-se com Sospedra (2010, p. 234) que "[...] a Constituição de 1978 [...] exige para constituir uma Comunidade que os territórios que desejam formulá-la tenham 'identidade regional histórica (cf. art. 143.1 CE)".

A este propósito, em análise introdutória do EG, já em seu artigo 1º, parágrafo 1, encontramos a referência de "Galícia, nacionalidade histórica [...]"[103], e "[...] constitui-se em Comunidade Autônoma para alcançar o seu autogoverno". No parágrafo 2 "A Comunidade Autônoma, [...], assume como tarefa principal a defesa da identidade da Galícia e dos seus interesses". A preservação desta identidade dar-se-á com a mantença do idioma galego (artigo 5º [104]), pelo que o artigo 31 dispõe sobre a competência plena para o regulamento e administração do ensino, cabendo a esta Comunidade Autônoma "[...] a defesa e promoção dos valores culturais do povo galego" (artigo 32).

A Constituição espanhola (1978) com base no tripé principiológico unidade, autonomia e solidariedade, reconhece a existência de um poder regional, da Comunidade. Em termos formais, para que o autogoverno da Comunidade Autônoma desenvolva suas competências é preciso que o Estatuto seja reconhecido pelas Cortes Gerais. Segundo o artigo 1º, parágrafo 3 do EG, a origem dos poderes "[...] da Comunidade Autônoma de Galícia emanam da Constituição, do presente Estatuto e do Povo" [105]. Por ser Espanha um Estado de autonomias, a Comunidade Autônoma pode legislar assuntos de seu interesse, no limite de suas competências já previstas na regra do conteúdo mínimo; mas segundo o artigo 9º, parágrafo 2; as leis da Galícia devem ser elaboradas de acordo com a Constituição espanhola e com seu Estatuto autonômico. A Constituição espanhola (1978) é seu fundamento de validade e, portanto, as leis elaboradas sem conexão material direta

[103] No âmbito do artigo 147.2, alínea 'a' da Constituição espanhola (1978).
[104] Artigo 5.1. A língua própria de Galícia é o galego.
[105] Do contexto da elaboração do Estatuto da Galícia, consultar Robledo (2020b, p. 13-14).

e fora de suas competências autonômicas reputam-se inconstitucionais, como já deixou claramente assentado o Tribunal Constitucional espanhol no caso paradigma de unidade do Estado – o STC 31/2010.

A autonomia sem fontes de receitas tributárias ou ingressos financeiros de naturezas diversas não se materializa. Estas receitas e ingressos são pressupostos indispensáveis aos entes territoriais dotados de autonomia, tanto na Federação como no Estado de Autonomias. Neste sentido assinalou Callejón (2013, p. 342) que a Constituição espanhola (1978) estabeleceu a autonomia financeira das Comunidades Autônomas como condição de sua plena realização. No caso espanhol, dispõem sobre este mecanismo os artigos 156.1 c/c 157.1, destacando-se os princípios de coordenação[106] (com a Fazenda Nacional espanhola) e "[...] de solidariedade entre todos os espanhóis" [107]- já abordado anteriormente.

Quanto à organização das funções do Estado, as Comunidades Autônomas espelham a estrutura do Estado espanhol. Do Poder Legislativo galego dispõe o artigo 10 que as competências do Parlamento de Galícia são: a) exercer a competência legislativa nos seus limites, b) realizar o controle das atividades do executivo, c) designar os Senadores para as Cortes Gerais – Parlamento espanhol[108], d) eleger o Presidente da Junta, entre seus membros[109]. O Parlamento regional é eleito na forma disposta no artigo 11, parágrafo 1; por "[...] sufrágio universal, igual, livre, direto e secreto"[110]. Pelo disposto no parágrafo 2, o mandato dos deputados é de quatro anos[111]. A representação no Parlamento regional observa o Princípio da Proporcionalidade[112]. Aos deputados é assegurada a

[106] Como estatuem os artigos 2.1 e 3, ambos da LOFCA.

[107] Como anota Callejón (2013, p. 344): "Para algumas Comunidades Autônomas, como a Catalunha, que tem contribuído com excedentes financeiros ao desenvolvimento de outros territórios, a questão do financiamento leva já alguns anos no primeiro plano do debate político e a exigência de um sistema mais equitativo aponta a uma certa aproximação ao modelo de concerto do País Vasco e de Navarra".

[108] Semelhante ao papel desempenhado pelos Senadores Federais, no Estado brasileiro. A representação será escolhida na forma do princípio proporcional, na forma do artigo 10, parágrafo 1, alínea 'c' do EG.

[109] No caso da federação brasileira, os Governadores de Estado são eleitos pelo voto direto, secreto e universal, na forma do artigo 28 da Constituição brasileira (1988).

[110] Como também dispõe o artigo 14 da Constituição brasileira (1988).

[111] No Brasil o mandato dos Deputados estaduais também é de quatro anos, na forma do artigo 27, § 1º da Constituição brasileira (1988).

[112] No Brasil também se observa o Princípio da Proporcionalidade, na forma do artigo 45, caput da Constituição brasileira (1988). O Parlamento regional também é chamado de Deputação. Sobre suas Sessões consultar Méndez (2001, p. 103-113).

inviolabilidade por votos e opiniões no exercício do mandato (artigo 11, parágrafo 3)[113], requisito indispensável ao exercício da atividade política. A circunscrição eleitoral é a Província (parágrafo 4). O cargo assemelha-se ao de Deputado Estadual. A eleição do Presidente da Junta sinaliza claramente a prática parlamentar, sendo o Presidente uma *persona* semelhante ao Primeiro-Ministro, mas no plano regional, em virtude do grau de autonomia atribuído pelo EG. Sua eleição é feita pelo Parlamento, em que ele será um *primus inter pares*; com posterior nomeação pelo Rei, na forma do artigo 15, parágrafo 1 do estatuto. A nomeação pelo Rei é meramente protocolar (MÉNDEZ, 2001, p. 138), não podendo este se opor à soberana decisão do Parlamento. A iniciativa legislativa pode ser deflagrada pelos deputados, pelo Parlamento, pelo Presidente da Junta e também há previsão de iniciativa popular (artigo 13)[114].

O Poder Executivo ou Junta encontra previsão no artigo 15. O Presidente da Junta "[...] dirige e coordena a ação da Junta"[115]. O Presidente da Junta será eleito na forma do artigo 15, parágrafo 3, segunda parte. Somente será considerado eleito se obtiver maioria absoluta em primeira votação, ou após vinte e quatro horas, nova eleição o conferir maioria simples[116], quando então "[...] considera-se outorgada a confiança"[117]. Como prática parlamentar, o governo se baseia na confiança do povo, concedida através de seus deputados ao Presidente da Junta, para formar um governo. A Junta tem natureza jurídica de órgão colegiado de governo, sendo formado de "[...] Presidente, Vice-presidente ou Vice-presidentes no seu caso, e mais os conselheiros". Em razão da confiança, a Junta responde politicamente perante o Parlamento de forma solidária (artigo 17.1)[118]. A Junta

[113] De modo semelhante dispõe o artigo 53 da Constituição brasileira (1988).

[114] Consultar artigo 61 da Constituição brasileira (1988).

[115] Como o faz o Governador de Estado, ao dirigir a atividade governamental. Consultar o disposto nos artigos 135 c/c 145 da Constituição brasileira (1988).

[116] No Brasil, aplica-se à eleição dos Governadores de Estado os artigos 28 da Constituição brasileira de 1988 c/c 136 da Constituição brasileira (1988), aplicando-se o princípio majoritário.

[117] O sistema parlamentar caracteriza-se pela confiança do Parlamento no Governo. A confiança é ditada pela maioria no Parlamento. No desenvolvimento de suas atividades de controle sobre o Poder Executivo, se houver perda de confiança no governo, poderá ser adotada uma moção de censura na forma dos artigos 135 - 138 do Regulamento do Parlamento da Galícia. Ou, no caso inverso, o Presidente da Junta pode formular uma questão de confiança, na forma do artigo 139 do Regulamento do Parlamento da Galícia. Das moções de confiança e censura, consultar também Méndez (2001, p. 141-147).

[118] E artigo 137 do Regulamento do Parlamento da Galícia.

pode também interpor recurso de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, na forma do artigo 19.

A Administração da Justiça na Galícia encontra sua previsão nos artigos 20 a 26 do EG[119]. Destaca-se o Tribunal Superior de Justiça da Galícia (artigo 21), órgão de última instância no âmbito territorial atuando na forma do artigo 152.1 da Constituição espanhola (1978) – assemelha-se ao Tribunal de Justiça dos Estados, na organização do Poder Judiciário brasileiro. O artigo 22 dispõe sobre a competência *rationae materiae* do Tribunal.

Em termos de competências autonômicas de Galícia, destacamos as seguintes dentre o que dispõe o artigo 27 do EG, em termos de competência exclusiva. À Comunidade Autônoma galega cabe instituir e organizar: parágrafo 1 - instituições de autogoverno[120], parágrafo 2 - organização e regime jurídico das comarcas e paróquias rurais[121], parágrafo 3 - ordenação do território e do litoral, urbanismo[122] e habitação[123], parágrafo 4 – conservação, modificação e desenvolvimento das instituições do Direito Civil galego[124], parágrafo 5 - normas processuais[125] e procedimentais que derivem do Direito galego ou da organização dos poderes públicos galegos[126], parágrafo 8 – vias férreas e estradas não

[119] Da Justiça dos Estados federados, consultar artigos 125 e 126 da Constituição brasileira (1988), e 151 e seguintes da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (1989).

[120] Sem normativa equivalente na Federação brasileira. O Estado de autonomias é singular. O autogoverno aqui não pode ser confundido com as instituições governamentais dos Estados federados.

[121] Sem normativa equivalente na Federação brasileira. Sobre as comarcas e paróquias, como unidades territoriais menores que o Município, consultar Méndez (2003, p. 26).

[122] Competência concorrente entre os entes federados, na forma do artigo 24, inciso I, *in fine* da Constituição brasileira (1988).

[123] É competência da União instituir diretrizes para a habitação, na forma do artigo 21, inciso XX da Constituição brasileira (1988). Cabe aos Municípios a execução da Política de Desenvolvimento Urbano, na forma do disposto nos artigos 30, inciso VIII c/c 182, caput da Constituição brasileira (1988). A melhoria das condições habitacionais é matéria de competência concorrente, na forma do disposto no artigo 23, inciso IX da Constituição brasileira (1988).

[124] Sem normativa equivalente na Federação brasileira. Compete privativamente à União legislar sobre Direito Civil, na forma do artigo 22, inciso I, da Constituição brasileira (1988).

[125] Sem normativa equivalente na Federação brasileira. Compete privativamente à União legislar sobre Direito Processual Civil, na forma do artigo 22, inciso I, da Constituição brasileira (1988).

[126] O Direito Administrativo é matéria de competência legislativa concorrente dos entes federados, na forma do artigo 24 da Constituição brasileira (1988).

nacionais[127], parágrafo 9 – portos, aeroportos e heliportos não qualificados de interesse do estado espanhol[128], parágrafo 10 – montes, florestas e pastos[129] – na forma do artigo 149.1, item 23 da Constituição espanhola; parágrafo 12 - aproveitamento hidráulicos, canais e regadios da região[130], parágrafo 14 - águas minerais e termais[131], parágrafo 15 – pesca nos rios e mares interiores, criação de mariscos, aquicultura, caça, pesca fluvial e lacustre[132], parágrafo 18 – patrimônio histórico, artístico, arquitetônico e arqueológico[133], parágrafo 20 - promoção e desenvolvimento da língua galega[134], parágrafo 21 – promoção do turismo na região[135], parágrafo 23 – assistência social[136], parágrafo 25 – criação de uma Polícia Autônoma – da região[137], e parágrafo 27 - cassinos, jogos e apostas[138]. Em seguida, o artigo 28 do EG dispõe sobre as competências legislativas complementares da Comunidade Autônoma de Galícia à legislação do Estado espanhol nas seguintes

---

[127] Competência legislativa privativa da União, segundo o artigo 22, inciso X, da Constituição brasileira (1988).

[128] Competência legislativa privativa da União, segundo o artigo 22, inciso X, da Constituição brasileira (1988).

[129] Competência concorrente entre os Entes federados, na forma do artigo 23, inciso VII da Constituição brasileira (1988).

[130] Competência legislativa privativa da União, segundo o artigo 22, inciso IV, da Constituição brasileira (1988).

[131] Competência legislativa privativa da União, segundo o artigo 22, inciso IV, da Constituição brasileira (1988).

[132] Competência concorrente entre os entes federados, na forma do artigo 24, inciso VI da Constituição brasileira (1988).

[133] Competência concorrente entre os entes federados, na forma do artigo 24, inciso VII da Constituição brasileira (1988).

[134] Sem normativa equivalente na Federação brasileira. O português é o idioma oficial do Brasil, segundo o artigo 13 da Constituição brasileira (1988).

[135] Na forma do artigo 180 da Constituição brasileira (1988), compete a todos os entes federados promover o turismo.

[136] A seguridade social compreende ações de previdência, saúde e assistência social. A seguridade social é de competência privativa da União, na forma do artigo 22, inciso XXIII da Constituição brasileira (1988). É competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e assistência social, na forma do artigo 23, inciso II da Constituição brasileira (1988).

[137] Forças de segurança pública semelhantes seriam no caso brasileiro as Polícia Civil e Polícia Militar dos Estados federados, na forma dos artigos 144, incisos IV e V da Constituição brasileira (1988).

[138] Os jogos de azar são proibidos no Brasil, mas no momento da elaboração deste trabalho estava tramitando no Senado o Projeto de Lei nº 186/2014, dispondo sobre os jogos de azar. Já apostas e loterias são matéria de competência privativa da União, na forma do artigo 22, inciso XX da Constituição brasileira (1988).

matérias: parágrafo 1 - regime jurídico de sua administração pública, parágrafo 2 – expropriação, contratos e concessões administrativas no âmbito de suas competências[139], parágrafo 3 - regime de minas e energia[140], parágrafo 5 - pesca, parágrafo 6 - portos pesqueiros, parágrafo 7 - cooperativas[141]. O artigo 29 dispõe sobre a responsabilidade da Comunidade Autônoma em executar e aplicar a legislação do Estado espanhol, nas seguintes matérias: parágrafo 1 - Trabalhista, parágrafo 2 - propriedade industrial e intelectual, parágrafo 3 - salvamento marítimo, parágrafo 4 - resíduos industriais. O artigo 30 dispõe sobre o desenvolvimento econômico, observando os seguintes eixos: parágrafo 1 - Fomento e planificação da economia na Galícia, parágrafo 2 – Indústria, sem prejuízo das normativas do Estado espanhol, parágrafo 3 - Agricultura e pecuária, parágrafo 4 - Comércio interior, parágrafo 5 – sistema de crédito, parágrafo 6 – Setor Público econômico de Galícia, parágrafo 7 – Desenvolvimento e Execução de planos do estado espanhol para reestruturação econômica, de implantação de indústrias e de combate a crises.

O artigo 38 dispõe que: parágrafo 1 - Em matérias de competência exclusiva, aplica-se preferencialmente o Direito de Galícia, parágrafo 2 - À falta de direito próprio galego, aplica-se supletivamente o Direito espanhol.

No plano financeiro, o artigo 44 trata das receitas tributárias e ingressos de outra natureza da Comunidade Autônoma de Galícia, necessárias à sua autonomia. São elas: parágrafo 1 - receitas provenientes dos impostos estabelecidos pela Comunidade Autônoma, parágrafo 2 - transferência de recursos realizada pelo Estado espanhol e outras, aprovadas pelas Cortes Gerais - Parlamento espanhol, parágrafo 3 - porcentual de participação da arrecadação de impostos nacionais, diretos ou indiretos, parágrafo 4 – receitas provenientes de taxas em razão da prestação de serviços, parágrafo 5 - contribuições especiais criadas pela Comunidade Autônoma, parágrafo 6 – sobretaxas sobre impostos do Estado, parágrafo 7 – os ingressos do Fundo de Compensação Interterritorial - FCI, parágrafo 8 - Outras denominações dos Orçamentos Gerais do Estado espanhol, parágrafo 9 - Emissão de dívida e empréstimos, parágrafo 10 – ingressos originários do patrimônio da Comunidade Autônoma, parágrafo 11 - ingressos de

[139] No Brasil, estas competências são da União, por lei nacional, na forma do disposto no artigo 22, incisos II e XXVII da Constituição brasileira (1988).

[140] Competência privativa da União, na forma do artigo 22, incisos IV e XII da Constituição brasileira (1988).

[141] Sobre o cooperativismo, dispõe a Constituição brasileira (1988) nos seguintes artigos: 174, §2º, 187 e 192.

Direito Privado, legados, doações, subvenções, e parágrafo 12 - Multas e sanções aplicadas no âmbito de suas competências. Pelo artigo 54, cabe à Comunidade Autônoma a gestão, cobrança, liquidação e inspeção de seus próprios recursos. Eventual reforma do Estatuto é tratada nos artigos 56, 57.

Comparativamente, a CERJ - Constituição do Estado o Rio de Janeiro foi elaborada em atendimento ao disposto nos artigos 25 da Constituição e 11[142] do ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição brasileira (1988). Os Estados federados brasileiros têm sua autonomia reconhecida no artigo 18, caput, da Constituição brasileira (1988)[143] - respeitado o princípio da indissolubilidade da federação[144]. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro foi promulgada a 05 de outubro de 1989, tem trezentos e sessenta e nove artigos no texto principal, mais noventa e três dispositivos nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. É uma Constituição analítica. As competências legislativas e atribuições administrativas do Estado do Rio de Janeiro são determinadas residualmente, pelo que o Estado do Rio atuará na forma do disposto no artigo 25, § 1º[145] da Constituição brasileira (1988). A CERJ dispõe no artigo 64 que o Estado no plano de sua autonomia exercerá suas competências no limite de seu território, pelo que, na forma do artigo 65 "[...] editará leis, expedirá decretos, praticará atos e adotará medidas pertinentes a seus interesses, às necessidades da administração e ao bem-estar do seu povo". Para melhor execução das funções públicas e serviços de interesse comum, prevê o artigo 75 da CERJ a possibilidade de criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. E ainda: "Artigo 72 - O Estado exerce todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição da República". E ainda " § 1º As competências político-administrativas do Estado são exercidas com plenitude sobre as pessoas, bens e atividades em seu território, [...]". Ainda no plano das competências, enuncia a CERJ as competências inscritas nos artigos 73 e 74, comum e para legislar

[142] Constituição brasileira, ADCT, artigo 11 – "Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta".

[143] Artigo 18 – "[…] os Estados, […], todos autônomos".

[144] Artigo 1º - "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, [...]". E comparativamente, assim também o faz o artigo 2, primeira parte, da Constituição espanhola (1978): "A Constituição se fundamenta na indissolúvel unidade da Nação espanhola, pátria comum e indivisível de todos os espanhóis, […]".

[145] Artigo 25. §1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

concorrentemente, como normas de reprodução obrigatória aos artigos 23 e 24 da Constituição brasileira (1988), respectivamente.

Do ponto de vista financeiro, na Federação brasileira muitos Estados ainda permanecem dependentes de transferências de recursos financeiros de parte da União. A constante crise nos serviços públicos ofertados à população é evidência clara desta realidade. Apenas como exemplo, no ano de 2018 o Estado do Rio de Janeiro sofreu intervenção federal na segurança pública - a primeira intervenção federal sob o signo da Constituição brasileira de 1988, por não ter recursos suficientes para o custeio das atividades de segurança pública. Anos contínuos de má gestão e corrupção esgotaram os recursos públicos e mantiveram o Estado na dependência financeira da União. Ainda que por outras razões, tem-se aqui um ponto de semelhança com a experiência autonômica espanhola no que tange a situação de dependência financeira das Comunidades Autônomas. Apesar de contar com as receitas tributárias previstas no artigo 155 da Constituição brasileira (1988) e outros ingressos – como por exemplo os royalties de petróleo, o nível de endividamento do Estado do Rio de Janeiro ainda é muito alto, reduzindo sua capacidade de investimento. Em razão disto, o Estado aderiu ao Regime de Recuperação Fiscal – RRF, instituído pela Lei Complementar nº 159/2017, embora já tivesse aderido a outros programas de reestruturação da dívida com a União desde os anos 1990.

A organização das funções do Estado recebe tratamento do artigo 7º da CERJ, enumerando-se os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No Brasil, em função da forma federativa de Estado, a função jurisdicional é organizada pela União na Justiça Federal, em razão das matérias que atraiam o interesse da União, como estatuído no artigo 109 da Constituição brasileira (1988). Em não havendo interesse da União na causa, por exclusão a matéria é de competência da Justiça Estadual, organizada territorialmente com base no CODJERJ – Código de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. O Poder Judiciário é tratado nos artigos 151 a 169 da CERJ. O Tribunal de Justiça é a instância judicial mais elevada (artigo 151, inciso I da CERJ) e a si é assegurada "[...] autonomia administrativa e financeira" (artigo 152). As competências do Tribunal são enunciadas no artigo 161 da CERJ.

Como fontes de receitas tributárias, a CERJ contempla nos artigos 192 a 195 as normas atinentes ao sistema tributário. Ao Estado cabe cobrar os impostos de sua competência (artigo 199), taxas e contribuições de melhoria (artigo 194). Outras fontes de ingressos tributários são previstas no artigo 201, com destaque

para cota do Fundo de Participação dos Estados (inciso III) da arrecadação do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados, imposto este da União.

O Estado do Rio de Janeiro, no plano de sua autonomia, organizará forças de segurança pública, pelo que a CERJ trata da Polícia Civil[146] e da Polícia Militar[147], contando ainda com a Polícia Penitenciária e Corpo de Bombeiros Militar (artigo 183 da CERJ).

Do Poder Executivo tratam os artigos 135 a 150 da CERJ. Ele será exercido pelo Governador do Estado, auxiliado pelos seus secretários[148]. Eleito pelo princípio majoritário[149], o mandato do Governador é de quatro anos[150], por sufrágio universal e voto direto e secreto[151]. É necessário estar registrado em partido político. O artigo 145 dispõe das atribuições do Governador na formação do governo, de seu secretariado e nos atos que se fazem necessários à gestão do Estado. A responsabilidade do Governador é tratada nos artigos 146 e 147 da CERJ. Cabe à Assembleia Legislativa admitir a acusação por qualquer dos crimes de responsabilidade, por dois terços dos votos[152], devendo ser julgado pelo Tribunal de Justiça em caso de infração penal comum e pela Assembleia nos crimes de responsabilidade. Compete ao Governador a iniciativa das leis orçamentárias, previstas no artigo 209 da CERJ[153].

A política urbana encontra previsão no artigo 229 da CERJ, orientando-se esta política pelo desenvolvimento da função social da cidade "[...] com vistas à garantia e melhoria da qualidade de vida de seus habitantes". A pesca é contemplada nos artigos 257 a 260 da CERJ, enfatizando-se a pesca artesanal e o cooperativismo. O meio ambiente, como direito humano, recebe tratamento nos artigos 261 a 282 da CERJ. O Estado do Rio de Janeiro também tem autonomia - observado o marco constitucional do artigo 37 da Constituição brasileira (1988) - para elaborar o regime jurídico de seus servidores públicos civis e militares, na forma dos artigos 82 a 93 da CERJ.

---

[146] Artigo 188 da CERJ – Polícia Judiciária, para apurar infrações comuns, não militares.
[147] Artigo 189 da CERJ – policiamento ostensivo e preservação da ordem pública.
[148] Artigo 135 da CERJ.
[149] Artigo 138 da CERJ.
[150] Artigo 136 da CERJ.
[151] § 1º, artigo 136 da CERJ.
[152] Artigo 147 da CERJ.
[153] Plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual.

O Poder Legislativo encontra previsão nos artigos 94 a 108 da CERJ. Dentre estes dispositivos, destacamos alguns. Os Deputados Estaduais que compõem a Assembleia Legislativa são eleitos "[...] entre cidadãos brasileiros, maiores de 21 anos, no exercício dos direitos políticos, por voto direto e secreto" (artigo 94). O mandato dos Deputados Estaduais terá duração de quatro anos (artigo 95), duração da legislatura. O artigo 107 da CERJ trata dos períodos da Sessão legislativa anual. A Assembleia Legislativa tem como atribuição "[...] legislar sobre todas as matérias de competência do Estado" (artigo 98). A Assembleia Legislativa, pelo artigo 100 da CERJ, tem o poder de convocar secretários ou procuradores gerais para obter esclarecimentos sobre a sua pasta – numa clara influência do sistema parlamentarista, em reprodução a dispositivo contido no artigo 53 da Constituição brasileira (1988). Da inviolabilidade dos deputados dispõe o artigo 102 da CERJ.

Conclusões

Ao longo da elaboração deste artigo percebemos que o conceito de autonomia nos dois Estados nacionais estudados deve ser analisado de modo diverso. No caso espanhol, a aproximação histórica, sociológica e linguístico-cultural tem maior relevância, podendo se dizer que a existência milenar da Região de Galícia – bem como outras regiões - atuou como uma condicionante da Constituição espanhola de 1978. Esta Constituição reconheceu a existência das milenares comunidades componentes do Estado espanhol. Nestes termos, o conceito de autonomia está mais próximo da realidade que visa atender, em termos conceituais. Portanto, neste sentido o foco no princípio dispositivo como um dos dois eixos de comparação mostrou-se acertado. Nos dois casos em análise, o conhecimento prévio da História é pré-condição para compreendermos como se deu o processo de formação estatal, notadamente no caso espanhol, com seus inúmeros reinos se formando e se aglutinando ao longo de séculos, com mecanismos de unificação muito distantes de nossa realidade histórico-política cotidiana. Lembremo-nos do regime especial do Foral de Navarra e do País Vasco[154], ainda preservado nas grandes linhas da monarquia espanhola.

Já no caso brasileiro, com a introdução do modelo de Estado federal na primeira Constituição republicana em 1891, percebe-se que o conceito de

[154] Neste sentido, consultar López (2002, p. 43) para as relações estabelecidas entre cada província Vasca com a Coroa ao longo da Idade Média e Moderna.

autonomia introduzido e aplicado decorreu de uma imposição da Constituição formal, em desacordo com a Constituição material, com as reais peculiaridades do território brasileiro. É de se questionar se esta não tem sido a causa recorrente da crise federativa no Brasil, uma leitura formalista e deontológica distante da realidade. A Constituição brasileira de 1988, sob o ponto de vista do elemento humano constitutivo do Estado, não foi por este condicionada.

Pelos dois Estados analisados, constatamos que a adoção de uma forma de Estado deve observar a presença e distribuição da nação no território, seus traços histórico-evolutivos e o projeto político de Nação. O Estado de Autonomias ilustra a singularidade de um Estado histórico secular, que ainda está por definir-se, pois que não se encaixa em nenhuma forma conhecida de Estado. Não é Estado unitário, nem federal, nem confederação, mas tem um pouco de cada um deles. É um Estado ainda em construção. Daí em muitos momentos a dificuldade em compará-lo com a Federação.

Em se comparando o Estatuto da Comunidade Autônoma da Galícia podemos de antemão identificar a realização de um projeto histórico. O grau de autonomia de Galícia em nada se compara ao do Estado do Rio de Janeiro, porque mais amplo e consentâneo com a realidade é. Para além das competências de conteúdo mínimo, a Comunidade Autônoma soube escolher competências indispensáveis à mantença de sua cultura e identidades nacionais. Um fator ainda por resolver-se é a independência financeira, que a deixaria mais perto da autonomia em sua plenitude. Contudo, aqui sim encontramos semelhança entre os dois Estados, tanto na macro como na microcomparação: a necessidade de uma apurada engenharia financeira a propiciar estabilidade e segurança ao Estado. No plano macro, pois que afeta a estabilidade política e a viabilidade existencial do projeto de nação. Cada qual com sua nomenclatura, vemos que há um sistema de repartição de competências e de repartição de receitas tributárias a proporcionar aportes objetivando a viabilidade dos dois projetos políticos. Em desdobramento, identificamos o desenvolvimento semelhante de legislação cuidando de instituições, fundos e mecanismos de acompanhamento e controle financeiro. Neste caminho em especial, ficou claro o princípio da solidariedade presente nos dois Estados, como vetor na promoção do desenvolvimento econômico entre as regiões com níveis distintos de desenvolvimento. A evolução da legislação analisada se assemelha muito, cronologicamente inclusive, em se considerando a data das Constituições da Espanha (1978) e Brasil (1988). Como apontamos em Espanha com a LOFCA e o FCI, e no Brasil com o FPE e a LRF. As questões de

fundo tratadas nestas leis são em muito semelhantes. Por este ângulo, o foco no princípio da solidariedade também se mostrou acertado.

A Espanha com sua particular forma de Estado de todo ainda indefinida se mostra um enigma político a ser decifrado. Contudo, nos atreveríamos a sublinhar seu caráter quase federal e assimétrico, apoiado nos parâmetros de autonomia, autogoverno, autossuficiência financeira, exercício de competências exclusivas, delegadas (mediante Leis Marco e Leis de Delegação), princípio de solidariedade, princípio de integração e unidade do Estado espanhol. Quantas faces e nuances em um só Estado a desafiar nossa compreensão e tão pouco abordadas pela Teoria do Estado no Brasil. Porém, uma realidade atraente, sedutora e desafiadora do estudioso do Estado, que nos convida a perscrutar este caminho de oito séculos de história a lhe compreender. Pensamos que o trabalho atingiu seu propósito, trazendo mais informações e elementos à compreensão desta realidade.

REFERÊNCIAS

ALONSO DE ANTONIO, J. A. *El principio de solidaridad en el estado autonómico, sus manifestaciones jurídicas.* Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=56929>. Acesso em: 23 jan. 2020.

AREÁN-GARCÍA, N. *Breve histórico da península Ibérica.* Disponível em: <https://www.academia.edu/14902702/Breve_Hist%C3%B3rico_da_Pen%C3%ADnsula_Ib%C3%A9rica>. Acesso em: 15 jan. 2020.

ATIENZA, J. C. *La Constitución española de 1931 en la Historia Constitucional comparada.* Disponível em: <https://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/segundo/pdf/constitucion1931.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BLANCO VALDÉZ, R. *El Estado federal interminable.* **In** El Estado de las autonomías en el siglo XXI: cierre o apertura indefinida. P. 163-211. Madrid, 2001.

BLÁZQUEZ, G. S. *Perspectivas jurídicas romanas de la construcción judicial del triángulo mágico fideicomisso&equity&trust.* RGDR, nº 26, Iustel, Madrid, Jul. 2016, pp. 1-48.

_____. *Perspectivas jurídicas romanas de Cy-près en la órbita del stare decisis nel Common Law Angloamericano.* Anuario de Historia del Derecho Español, Vol. LXXXVI, 2017, pp. 333-376.

_____. *Los pilares económicos y jurídicos romanos del capitalismo global.* 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. *Las esferas jurídicas de dos mundos.* 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019a.

_____. *Planos jurídicos de la 'Doctrina pedís possessio' en la esfera del common law de los Estados Unidos de América.* Revista: e-Legal History Review (e-SLHR), nº 29, Iustel, Madrid, Jan. 2019b, pp. 1-55.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 jan. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em:< http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/lei_comp_101_00. pdf> Acesso em: 16 jan. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 42/2016. Cria a Instituição Fiscal Independente no âmbito do Senado federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/582564/publicacao/17707278>. Acesso em 14 jan. 2020.

CALLEJÓN, F. B. (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional.* 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2013.

CANTELI, T. P. *Fundamentos do Direito Internacional: a Escola Italiana e o Princípio da Nacionalidade de Pasquale Stanislao Mancini*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/322594919_Fundamentos_do_Direito_Internacional_a_Escola_Italiana_e_o_Principio_da_Nacionalidade_de_Pasquale_Stanislao_Mancini/citation/download>. Acesso em: 13 jan. 2020.

CASTELLS, A. *El sistema de financiación autonómica: balance y perspectivas de revisión.* P. 103-115. **In** El Estado de las autonomías. Madrid: Tecnos, 1991.

CASTRO, J. L. C. *Breves notas sobre la reforma de los estatutos de Autonomia.* Pp 941-950. In LUQUE, Luís Aguiar de. Constitución, Estado de las autonomías y justicia constitucional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

DIAS, J. C. T. *Maquiavel: a ética de um Estado forte*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/4831/4556>. Acesso em: 15 jan. 2020.

DUTRA, D. C. *Métodos em Direito Comparado*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/312202721_METODOS_EM_DIREITO_COMPARADO>. Acesso em: 20 de jan. 2020.

ECHAVARRÍA, J. J. S. *El Estado autonómico em perspectiva*. Pp. 1227-1247. In LUQUE, Luís Aguiar de. Constitución, Estado de las autonomias y justicia constitucional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

ESPANHA. [Constituição (1978)]. *Constitución española*. Disponível em: <https://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ESPANHA. Ministerio de Hacienda. *Fondos Compensación Interterritorial (FCI)*. Disponível em: <https://www.dgfc.sepg.hacienda.gob.es/sitios/dgfc/es-ES/ipr/oipr/fci/Paginas/inicio.aspx>. Acesso em: 16 jan. 2020.

ESPANHA. Lei nº 22/2001, de 27 de dezembro. Regula os Fondos de Compensación Interterritorial. Disponível em:<https://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-24963-consolidado.pdf>. Acesso em: 20 de jan. 2020.

ESPANHA. Galícia. Regulamento do Parlamento de Galícia. Disponível em: <http://www.parlamentodegalicia.es/sitios/web/BibliotecaInfInstitucional/Regulamento_consolidado_2015.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

ESPANHA. Lei nº 28/1990. Aprova o Convênio Econômico entre o Estado e a Comunidade Foral de Navarra. Disponível em: < https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1990-31117 >. Acesso em: 17 jan. 2020.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia 31/2010, de 28 de junho de 2010. Disponível em: <https://boe.es/boe/dias/2010/07/16/pdfs/BOE-A-2010-11409.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constituiçao (1787)]. *Constitution of the United States of America* . Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

FERRER, J. A. B. In *Presentación – La descentralización fiscal en el Estado de las autonomías*. Cuadernos Aragoneses de Economia. Zaragoza: Universidad de Zaragoza. 2ª época. Vol. 3. Número 1. 1993.

GARCÍA, G. C. *La actuación político-militar cartaginesa en la península ibérica entre los años 237 a 218*. Disponível em: <http://institucional.us.es/revistas/habis/9/12%20chic%20garcia.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

GUERRA, L. L. *El modelo autonómico como modelo variable*. P. 65-73. **In** El Estado de las autonomías. Madrid: Tecnos, 1991.

HEINEN, J. *Método de Direito Comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas*. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/25147 >. Acesso em 20 de jan. 2020.

LABORDA, J. L. *Los equilibrios financieros en el Estado de las autonomias*. 378 p. Tese (Doutorado em Estructura e Historia Económica y Economía Pública) – Universidade de Zaragoza, Zaragoza, 1990.

LÓPEZ, J. P. *El estado de las autonomías – Regionalismos y nacionalismos en la Historia Contemporánea de España*. Madrid: Actas, 2002.

MAQUIAVEL, N. *O Príncipe*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

MARCO MARCO, J. J.; GABALDÓN, M. P. *Constitución y medio ambiente: una cuestión todavía por definir*. La Constitución española de 1978 después de su trigésimo aniversario. P. 179-211.Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

MATTEUCCI, N. *Lo Stato moderno*. Bologna: Il Mulino, 2011.

MÉNDEZ, X. A. S. *Manual de Derecho Constitucional*. Vigo: Universidade de Vigo, 2010.

_____. *O Estatuto de Galícia – 20 anos de parlamento e xustizia constitucionais*. Vigo: Xerais, 2003.

_____. Dereito Parlamentario de Galicia. Vigo: Xerais, 2001.

MOLINA, José A. Portero; VALDÉS, Roberto L. Blanco. *Estatuto de Autonomía para Galícia – Edición bilingü***e**. Madrid: Tecnos, 1998.

PARCELLI, D. M. *História do federalismo fiscal nas Constituições republicanas brasil***eiras**. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revistaihgrgs/article/download/57872/36026>. Acesso em: 21 jan. 2020.

PEPPE, A.; et al. *Reflexões sobre a federação brasileira*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/7885/6553 >. Acesso em: 15 jan. 2020.

PERALES, A. E.; DÍEZ-PICAZO, L. M. *La Constitucion de 1978*. 1ª ed. Madrid: Iustel, 2008.Vol. IX.

PORTUGAL. Açores. Lei nº 2/2009. Disponível em: <https://www.azores.gov.pt/NR/rdonlyres/08A0FC8F-7FDC-46AA-A53F-7F168690FA63/0/EstatutoPol%C3%ADticoAdministrativodaRegi%C3%A3oAut%C3%B3nomadosA%C3%A7ores_PT.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

POWELL, C. *Algunas reflexiones sobre el nacimiento del Estado autonómico español, 1975-83*. **In** El Estado de las autonomías en el siglo XXI: cierre o apertura indefinida. P. 17-67. Madrid, 2001.

REALE, M. *Teoria do estado e do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIO DE JANEIRO. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70450>. Acesso em: 20 jan. 2020.

RIO DE JANEIRO. *Código de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/codjerj.pdf?=v00>. Acesso em: 17 jan. 2020.

ROBLEDO, A. R. *Compendio de Derecho Constitucional español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. 2ª ed.

ROBLEDO, A. R. *El estado neoautonómico*. Disponível em: <https://www.academia.edu/40346204/El_Estado_neoauton%C3%B3mico>. Acesso em: 21 jan. 2020 a.

ROBLEDO, A. R. *Vinte e cinco anos de Estado autonômico*. Disponível em: <https://www.academia.edu/10084708/_Veinticinco_a%C3%B1os_de_Estado_auton%C3%B3mico_Revista_de_Derecho_Pol%C3%ADtico_n%C3%BAms._58-59_2003-2004_p%C3%A1gs._707-735._ISSN_0210-7562>. Acesso em: 21 jan. 2020 b.

ROURA, J. R. C. *Los desequilíbrios regionales y el Estado de las Autonomías*. Barcelona: Orbis, 1987.

RUIPÉREZ, J. *La constitución del Estado de las autonomías*. Madrid: Nueva, 2003.

SALANES I GIRALT, Mª M.; CABASES I PIQUÉ, Mª À. *El Fondo de Compensación Interterritorial. El acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 21 de febrero de 1990*. P. 123-133. **In** El Estado de las autonomías. Madrid: Tecnos, 1991.

SANZ MORENO, J. A. *El universo local – Nación y Estado, Constitución y Autonomias*. Granada: Comares, 2005.

SEGADO, F. F. *La solidaridad como principio constitucional*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4097796.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

SUANZES-CARPEGNA, J. V. *O constitucionalismo espanhol e português durante a primeira metade do século XIX (um estudo comparado)*. Disponível em:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3291956.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

SUANZES-CARPEGNA, J. V. *La Constitución de 1931 y la organización territorial del Estad***o**. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga-articulo/4966571.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020a.

SOSPEDRA, M. M. *Forma de Estado, representación y constitución. Notas sobre algunos defectos de la Constitución de 1978*. **In** La Constitución española de 1978 después de su trigésimo aniversario. P. 229-256. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TOMIO, F. R. de L. *A criação de municípios após a Constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092002000100006>. Acesso em: 21 jan. 2020.

VARSANO, R. *A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas*. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1839/1/td_0405.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

VILLAAMIL, Ó. A. et al. *Derecho Político Español – Según la Constitución de 1978. Constitución y fuentes del Derecho*. 6ª ed. Madrid: Ramón Areces, 2016. 718 p. Disponível em: https://books.google.es/books?id=4IrIDQAAQBAJ&pg=PA96&lpg=PA96&dq=bluntschli+principio+das+nacionalidade&source=bl&ots=ihIQm53YUZ&sig=ACfU3U10UWK0BlK1vjXc8q1hyjQMymEHtg&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwj76JHY0oDnAhUvx4UKHeFDD-0Q6AEwA3oECAkQAQ#v=onepage&q=bluntschli%20principio%20das%20nacionalidade&f=false. Acesso em: 13 jan. 2020.

DISCURSO DE ÓDIO E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL

Jhulia Ferreira Medeiros
Faculdade LEGALE, Pós-graduanda em Direito Público, Rio de Janeiro, Brasil, jhuliamedeiros.adv@gmail.com

Roberta Oliveira Lima
Universidade Federal Fluminense, Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais, PPGSD, Rio de Janeiro, Brasil, roberta_lima@id.uff.br

Resumo: O presente estudo buscou verificar se o discurso de ódio pode ser utilizado como um limite legítimo ao direito fundamental à liberdade de expressão, considerando o contexto em que está inserida a sociedade brasileira, não se olvidando das dificuldades suportadas para conquistar o direito às liberdades, sobretudo no Brasil, país marcado por uma ditadura militar. De fato, a liberdade de expressão é essencial à manutenção da democracia. No entanto, sua utilização irrestrita pode violar direitos de outrem e valores igualmente essenciais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Assim, com o escopo metodológico de pesquisa bibliográfica e documental, a presente pesquisa se propõe a examinar a limitação do exercício da liberdade de expressão considerando a banalização do ódio que se verifica na sociedade atual. Inicialmente, examina-se o conceito e evolução histórica da liberdade de expressão, buscando compreender as peculiaridades que permeiam este direito fundamental amplamente protegido no plano internacional e nacional, tratando de sua importância para a sociedade, seu aspecto social e suas características. Paralelamente, faz-se a análise da prática do discurso de ódio e seu tratamento nos diversos ordenamentos jurídicos como o americano e o alemão e, em especial, no ordenamento jurídico brasileiro no contexto atual. Por fim, verifica-se a utilização do discurso de ódio como um limite legítimo à liberdade de expressão, observando os diversos posicionamentos divergentes sobre o tema. No contexto atual em que a sociedade está inserida, observa-se a banalização do ódio, utilizado inclusive como palanque político com discursos que alimentam preconceitos e discriminação, sendo observado que o discurso de ódio é um problema cultural. Assim, proibi-lo e até mesmo tipificá-lo como crime não são medidas eficientes para acabar com o problema, mas sim políticas que fomentem a inclusão e a tolerância, buscando mudar a mentalidade da sociedade.

Palavras-chave: discurso de ódio; liberdade de expressão; limitação; violação a direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende verificar se o discurso de ódio pode ser utilizado como um limite legítimo à liberdade de expressão enquanto direito fundamental considerando seu conceito e prática no Brasil atual e o entendimento dado ao mesmo pelos tribunais superiores. Para tanto, utiliza-se a abordagem qualitativa, além da pesquisa bibliográfica e documental.

A liberdade de expressão é um direito fundamental que possui status de direito humano internacional além de ser condição necessária ao ser humano, portanto, sua proteção é imprescindível para a defesa do Estado Democrático de Direito. No entanto, a liberdade de expressão, assim como os demais direitos fundamentais, com exceção da proibição a tortura, não tem caráter absoluto, podendo sofrer limitações.

No contexto atual da sociedade verifica-se o crescimento de um sentimento de ódio, manifestado por condutas e discursos odientos, violentos, discriminatórios e normalmente direcionados às minorias sociais por sua raça, cor, crença, gênero, nacionalidade ou orientação sexual. Ocorre que o discurso de ódio perpassa do campo das ideias e pode resultar em ações, podendo influenciar diretamente na política, o que representa um perigo à sociedade e à democracia, assim necessário se faz observar tal questão.

Inicialmente, pretende-se examinar o conceito e evolução histórica da liberdade de expressão e compreender as peculiaridades que permeiam este direito fundamental amplamente protegido no plano internacional e nacional, tratando de sua importância para a sociedade, seu aspecto social e suas características. Paralelamente, busca-se analisar a prática do discurso de ódio e seu tratamento nos diversos ordenamentos jurídicos como o americano e o alemão e, em especial, no ordenamento jurídico brasileiro no contexto atual. Por fim, pretende-se verificar se o discurso de ódio pode ser considerado um limite legítimo à liberdade de expressão, observando os diversos posicionamentos divergentes sobre o tema considerando o cenário em que a sociedade atual está inserida.

1. O direito fundamental à liberdade de expressão

A liberdade, assim como a dignidade e a integridade, é condição necessária do ser humano. Negá-la impossibilita o desenvolvimento da personalidade e do

poder de discernimento humano. Sua proteção é imprescindível para a existência de todos os demais direitos. É de suma importância para todas as sociedades e foi uma difícil conquista, por isso, é preservada nos ordenamentos jurídicos, estando prevista como direito nas diversas Constituições democráticas e protegida por diversos tratados internacionais.

O direito à liberdade é classificado como direito fundamental de primeira geração ou dimensão. Sendo assim, demanda uma prestação negativa do Estado, uma abstenção de não ultrapassar a esfera individual do cidadão. (NOVELINO, 2009. Pp. 362-364). Após a Revolução Francesa, com o surgimento do Estado Liberal, todas as Constituições colocaram como o primeiro direito natural e sagrado do homem o direito à liberdade, ou seja, de fazer tudo que não for contrário ao direito do outro.

Após a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, os direitos fundamentais atingiram um novo patamar. (MALUF, 2010, p. 43) Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, reconheceu-se a dignidade da pessoa humana como base da liberdade, da justiça e da paz.

E foi no século XIX que os direitos e deveres dos indivíduos passaram a ser enunciados nas Constituições. A partir de então, a Declaração dos Direitos do Homem passou a estar inserida em todas as constituições democráticas como limitação ao poder do Estado. Uma conquista das sociedades, o direito à liberdade é preservado pelo ordenamento jurídico e é dever do Estado criar condições para seu devido exercício. Além disso, é necessário que os indivíduos estejam em constante alerta para a manutenção desse direito.

O direito à liberdade engloba liberdade de consciência, de crença, liberdade religiosa, liberdade de associação, reunião ou do exercício das prerrogativas de cidadania, liberdade de pensamento e liberdade de expressão. A garantia à liberdade de expressão, objeto do presente estudo, é um dos principais direitos fundamentais do homem, assegurada nas Constituições de diversos países, em Tratados Internacionais e nas Declarações de Direitos Humanos. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 27).

No plano internacional, o direito à liberdade de expressão é amplamente protegido na Declaração de Direitos do Homem (1789), na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), entre outros. Já no plano nacional, a liberdade de expressão

foi prevista em todas as Constituições, mudando apenas a extensão de sua proteção a depender do sistema político e grau de democracia de cada uma delas.

No Brasil atual, regido pela Constituição Federal de 1988 que marca o restabelecimento da democracia após anos de ditadura militar, período em que houve grande restrição ao exercício das liberdades, privilegia-se a liberdade em todos os seus aspectos a fim de consolidar a democracia.

A Constituição brasileira traz em seu texto um extenso rol de liberdades: de pensamento, de expressão, religiosa e de culto, ideológica e de reunião; sendo vedada toda e qualquer espécie de censura ou licença. Bem como a liberdade de imprensa, também essencial numa democracia.

Portanto, a liberdade de expressão é um conceito amplo que consiste na exposição de pensamentos, ideias, opiniões, convicções, sensações e sentimentos por meio de atividades artísticas, científicas, intelectuais ou qualquer outra forma de se comunicar, incluindo também crenças e juízos de valor. Também engloba o direito de cada indivíduo pensar suas ideias sem que por isso sofra qualquer restrição ou retaliação por parte do Estado, dessa forma, sendo um importante instrumento para a manutenção da democracia tendo em vista que permite o confronto de opiniões para formação da vontade popular. (MARMELSTEIN, 2008, p. 20).

Importante ressaltar que o direito à liberdade de expressão também engloba a liberdade de informação. A informação precede a opinião, portanto, a liberdade de informação deve ter compromisso com a verdade. Já a liberdade de expressão em sentido estrito, objeto do presente estudo, trata de ideias, opiniões e pensamentos, portanto, não está condicionada à verdade. (CHEQUER, 2011, p. 12-14).

> É da natureza do homem expor suas ideias, opiniões, pensamentos sensações e sentimentos e tentar convencer os demais da importância e veracidade deles. Não podendo, para isso, sofrer quaisquer sanções ao emiti-los. Esse comportamento é dotado de grande importância e extremo poder numa sociedade, pois reflete no sistema político adotado e nos valores incorporados. Exercendo a liberdade de expressão o indivíduo passa a ter participação política no Estado através de uma livre discussão de ideias. Sem comunicação livre, não há sociedade livre, muito menos soberania popular (democracia). (MEYER-PFLUG, 2009, pp.74-75).

As funções da liberdade de expressão são 3: "formação da opinião pública, instrumento para o exercício dos demais direitos e controle dos poderes públicos". Diante dessa multiplicidade de funções e de sua importância par a sociedade contemporânea é que se justifica a presença desse direito na maioria das constituições atuais, desenvolvendo papel de destaque, como direito fundamental (CHEQUER, 2011, p.2).

O direito à liberdade de expressão vincula o legislador, a jurisprudência e também as relações privadas. Contudo, nas relações entre particulares, os mesmos não tem obrigação de promover a liberdade, mas sim de não a violar. Já o Estado deve atuar de forma a promover ou facilitar o exercício desse direito, incentivando o debate plural e investindo, principalmente em educação pública. Além disso, deve atuar também para proteger a liberdade de expressão, não censurando nem restringindo obras literárias ou qualquer manifestação cultural e popular. (DWORKIN *apud* MEYER-PFLUG, 2009, p.74).

A liberdade de expressão possui também um aspecto social, pois por meio dela é criado um espaço público racional de ideias, uma esfera livre de debates e opiniões para auxiliar a formação de uma opinião pública independente e pluralista, essencial para o regime democrático, pois reflete diretamente no posicionamento político de um indivíduo.

Por meio da garantia do direito à livre manifestação do pensamento, o indivíduo pode discutir política, questionar atos estatais sem se preocupar com nenhum tipo de represália do Estado. E assegurar a liberdade de expressão garante a pluralidade, fundamento do Estado Democrático de Direito, favorecendo diálogos e dando voz aos mais diversos grupos, inclusive às minorias, quase sempre silenciadas ou esquecidas. São esses diálogos que possibilitam a alteração da sociedade de forma natural e pacífica, contudo, este é um processo que leva tempo e pode entrar em conflito com os interesses dos grupos dominantes que buscam a concentração do poder.

O Estado tem a responsabilidade de garantir a liberdade de expressão de forma plural e participativa a fim de consolidar a democracia, assegurando a liberdade, a isonomia e a dignidade da pessoa humana. O direito à liberdade de expressão limita a atuação do estado ao passo que também exige sua atuação, ou seja, o Estado deve buscar manter o equilíbrio entre essas demandas pois, se intervir demais, torna-se totalitário, mas se se omitir demais, pode permitir a exclusão de grupos sociais desfavorecidos econômica e politicamente. (FISS, 2004, p.4) Por isso, em muitos momentos se faz necessária a intervenção do Estado para

que sejam ouvidos os discursos de grupos minoritários, em prol da manutenção da democracia.

Deve-se destacar que é vedado o anonimato ao exercício da liberdade de expressão, visando garantir a defesa de eventuais prejudicados. Isso significa que em que pese seja livre a manifestação de pensamento em todas as suas dimensões, o indivíduo pode causar danos a outrem e deve ser responsabilizado por eventuais violações à honra e à imagem de outras pessoas, podendo ensejar, por exemplo, indenização por dano moral, material ou à imagem, garantindo, ainda, ao prejudicado, o direito de resposta proporcional ao agravo.

Destaca-se, ainda, a vedação à censura, necessária para garantir a proteção ao direito de liberdade de expressão, pois a censura é a negação à liberdade, por isso é danosa às sociedades democráticas e é utilizada pelo Estado como forma de repressão ideológica e política. Celso Ribeiro Bastos afirma que todo procedimento pelo qual o poder público vise impedir a circulação de certas ideias é censura. (BASTOS, 2002, pp. 463-464). Ainda que se fundamente em certos valores, a censura é utilizada como instrumento de manipulação de um grupo sobre outro. Não se dirige só ao Estado, mas a toda e qualquer entidade pública ou provada que seja capaz de proibir a livre manifestação do pensamento como igrejas, partidos políticos ou associações.

Assim como os demais direitos fundamentais, com exceção à proibição da tortura, a liberdade de expressão não é um direito absoluto. E, em que pese ainda haja muitas discussões acerca do quando e quanto deve-se impor limites a esse direito, sua limitação é necessária para que não haja violação a outros direitos igualmente importantes. (SARMENTO, 2006, p.208). Isso porque se a liberdade de expressão for exercida de forma irrestrita, pode ofender a outros direitos fundamentais, o que gerará responsabilidade civil e penal do autor do fato.

A problemática se verifica do uso do direito à liberdade de expressão para propagação de ódio em virtude de raça, origem ou religião, comportamento que se verifica em nossa sociedade atualmente que tem influenciado principalmente na política, cenário em que se observa uma polarização. Segundo os autores Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Maria Fernanda Salcedo Repolês e Francisco de Castilho Prates, a liberdade de expressão carrega consigo um risco de se buscar legitimar pela liberdade, discursos que podem instigar ódio, violência e discriminação, o chamado discurso de ódio que será abordado mais a frente.

> [...] essa abertura discursiva carrega consigo um risco inerente de serem levantadas pretensões ilegítimas e abusivas ao direito, ou seja, pretensões que negam o diálogo, a liberdade, a igualdade e a alteridade, a própria ideia do pluralismo, expressando injustificável repúdio ao —outro, ao espontâneo e inesperado, procurando, em realidade, impor o silêncio de suas verdades. (OLIVEIRA, REPOLES, PRATES, 2019.)

Há quem defenda que a liberdade de expressão deve proteger toda e qualquer ideia, inclusive aquelas com as quais não concordamos ou que até provocam repulsa e desprezo, como o racismo, a *LGBTfobia*, entre outros. Para estas pensadoras, o livre debate põe fim às ideias ruins, por isso, não deve haver censura. Por outro lado, há quem defenda que as manifestações intolerantes não devem ser admitidas por violarem a igualdade e a dignidade da pessoa humana dos que são ofendidos por esse discurso. (SARMENTO, 2006, p. 208).

O filósofo inglês do século XIX, John Stuart Mill, grande defensor da liberdade de expressão, defende o *marketplace of ideias*, ou seja, um livre mercado de ideias onde qualquer ideologia pode ser publicada, sustentada, divulgada e debatida livremente. Ele acredita que o cerceamento da liberdade de expressão dificulta o conhecimento da verdade dos fatos pela sociedade. (CAVALCANTE FILHO, 2018, p.90.) Mas, ressalte-se, Mill não defende o exercício da liberdade de expressão de forma absoluta, mas sim a legitimidade de toda expressão que pode ser limitada apenas se causar danos a terceiros. (FADEL, 2018, p. 23).

Em contrapartida, Ronald Dworkin segue a corrente liberal-radical e vê a liberdade de expressão como princípio, não como utilidade. Para ele, não cabe ao Estado decidir o que é verdade ou não. Dworkin defende uma liberdade pautada na independência. Dessa forma, a liberdade de expressão deve ser garantida mesmo nos discursos extremistas, como forma especial de assegurar a neutralidade do Estado. (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 93).

2. Discurso de ódio no Brasil

O discurso de ódio, ou *hate speech*, é aquele que tem por objetivo insultar, intimidar ou assediar uma pessoa ou grupo de pessoas, instigando o ódio, a violência ou discriminação contra estas, geralmente direcionado às minorias, em virtude de sua raça, cor, etnia, credo, origem, gênero e orientação sexual, é o conceito dado por Winfried Brugger. (BRUGGER *apud* ARAUJO, 2018, p. 43).

A professora Samanta Ribeiro Meyer-Pflug define o discurso de ódio como toda manifestação de ideias capaz de incitar discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, geralmente, as minorias. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97). Com efeito, considera que o discurso de ódio perpassa do campo das ideias e pode resultar em ações, o que representa um perigo à sociedade.

Não se trata, portanto, de mera discordância ou mera opinião, mas sim de um desejo de exclusão e inferiorização do outro. Esse tipo de discurso viola os direitos individuais das pessoas a quem ele é direcionado. E deve-se verficar que não se trata de simples insulto à pessoa, mas sim ao grupo a que ela pertence por sua raça, cor, crença, gênero, nacionalidade ou orientação sexual.

Portanto, dá a entender que se o indivíduo não fizesse parte daquele grupo, não seria ofendido, posto que ele não é o foco principal por suas características pessoas, mas sim por vincular-se ao grupo alvo do discurso. Ou seja, o indivíduo deveria renegar sua personalidade e sua própria identidade para que não seja atingido pelo discurso de ódio.

> Nas manifestações de ódio, os destinatários são feridos por pertencerem a um determinado grupo que é discriminado. É dizer, o indivíduo é violado exatamente naquilo que o identifica como pertencente daquele determinado setor da sociedade. (CODERCH apud ARAUJO, 2018, p. 44).

Michel Rosenfeld atribui duas dimensões conceituais ao discurso de ódio: *hate speech in form* e *hate speech in substance*, sendo a primeira entendida como todas as manifestações odiosas, já a segunda relaciona-se aos discursos mais latentes, ou seja, mais difíceis de identificar, como manifestações que não traduzem explicitamente insultos, mas tem intenção de transmitir ódio ou desprezo, como por exemplo negações do Holocausto. (ROSENFELD apud ARAUJO, 2018, p. 43)

Tais manifestações representam desrespeito à dignidade da pessoa humana, ainda que ocorram de maneira velada, implícita, pois não deixam de ferir o direito daqueles que são atingidos, sendo apologia ao ódio por expressar desprezo e discriminação a determinados grupos da sociedade.

De forma geral, o discurso de ódio é aquele proferido por uma maioria dominante e direcionado a grupos minoritários que gera consequências sociais negativas aos membros deste último. É importante destacar que as maiorias e minorias a que se refere são maiorias e minorias sociais, não se tratando de números, mas de dominação estrutural e até institucional.

Exemplo do acima informado é a questão racial no Brasil. Embora 54% da população brasileira seja negra, como aponta os dados do IBGE, o Brasil continua sendo um país extremamente racista. Isso porque o racismo é um problema estrutural que se perpetua por mais de três séculos, criando um cenário de dominação, em que somente uma parcela da população branca consegue se articular e chegar às posições de poder em detrimento da população negra. (PRUDENTE, 2020).

Assim, discurso de ódio engloba manifestações de pensamento racistas, xenófobas, *LGBTfóbicas*, misóginas, entre outras variáveis, que tenha intenção de "insultar, discriminar, estigmatizar, desqualificar, gerar violência ou humilhar determinado grupo como um todo e os indivíduos vinculados ao mesmo."(ROSENFELD *apud* ARAUJO, 2018, p. 46). Tal conduta nega a igualdade e a dignidade da pessoa humana aos seus destinatários.

Neste contexto, faz-se necessário analisar o discurso de ódio como um conflito entre liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, ambos direitos fundamentais igualmente protegidos pela Constituição e essenciais à manutenção da democracia.

Internacionalmente, tratados internacionais de direitos humanos que defendem a liberdade de expressão proíbem e coíbem o discurso de ódio voltado ao ataque de minorias estigmatizadas (SARMENTO, 2006, p. 230). Os Estados Unidos e a Alemanha são exemplos de diferentes posicionamentos do poder público acerca do discurso de ódio pertinentes ao desenvolvimento desta pesquisa.

Nos Estados Unidos há ampla proteção à liberdade de expressão, princípio basilar da comunidade americana, é o primeiro direito amparado nas Emendas da Constituição Americana e precedentes judiciais demonstram a superioridade do direito à liberdade de expressão frente a outros direitos também fundamentais. Sua restrição somente é conferida em casos extremos de clara incitação à violência.

O discurso de ódio nos Estados Unidos é protegido pela liberdade de expressão desde que não configure crime contra a honra ou *fighting words* – palavras provocadoras, definidas pela jurisprudência caso a caso. Para o sistema americano, a solução para o discurso de ódio é proporcionar mais liberdade de expressão para que a parte prejudicada, ofendida pelo discurso, possa participar igualmente do debate e através deste possa-se evitar manifestações dessa natureza (ARAUJO, 2018, p. 69).

Na Alemanha, como também em boa parte da Europa e, ao contrário da abordagem adotada pela Primeira Emenda americana, a liberdade de expressão, em que pese tenha destacada a sua importância, não é considerada um valor absoluto. O valor máximo da ordem jurídica europeia é a dignidade da pessoa humana.

Existem diversas leis no ordenamento jurídico alemão que proíbem atividade nazistas, incitamento ao ódio à determinadas classes e raças ou induzimento a insultos à honra pessoal. Deve-se destacar que o Código Penal alemão proíbe publicações que incitem ódio contra população ou grupos por nacionalidade, raça, religião ou origem étnica, além de condenar todas as formas de negação, mentira ou aprovação do Holocausto. Sobre esta proibição é interessante a explicação da professora Natália Ramos Nabuco de Araújo:

> A justificativa alemã para tal proibição é que negar os fatos históricos é roubar dos judeus a sua individualidade, sua identidade coletiva e sua dignidade. É como uma ameaça ao ambiente social e político em que os judeus e a comunidade judaica podem se sentir como parte integrante. (ARAUJO, 2018, p. 78).

O discurso de ódio é proibido pela Constituição Alemã pois é considerado abuso no exercício contra a ordem livre e democrática, elevação de risco geral a ruptura da paz pública e violação da dignidade e honra de grupos minoritários (minoria social) além da ocorrência de crimes de ódio.

O Brasil, a seu turno, é signatário de diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos veementemente contrários a discriminação e a intolerância, e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é o sistema regional aplicável ao Estado brasileiro. E o direito à liberdade de expressão, regulado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não se sujeita a censura prévia, admitindo-se responsabilidades posteriores a fim de assegurar o respeito aos direitos dos demais indivíduos e a proteção da segurança nacional e da ordem pública. (ARAUJO, 2018, p. 88).

Para a CIDH a liberdade de expressão é a pedra angular das sociedades democráticas, no entanto, não é reconhecida como um direito absoluto, podendo ser restringida para garantir interesses públicos ou de outras pessoas, como é o caso do discurso de ódio. Portanto, configurado o discurso de ódio, o direito à liberdade de expressão poderá ser restringido com a responsabilização de seu autor nas sanções penais, cíveis e administrativas, somados ao direito de resposta.

O Brasil, como um país democrático, reconhece a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana como direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. E ainda que não exista lei específica que proíba o discurso de ódio, é vedada a prática de racismo, por exemplo. Além disso, há discussões recentes sobre a criminalização da *LGBTfobia*. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro não confere à liberdade de expressão o caráter absoluto.

O ordenamento jurídico brasileiro sempre atua no sentido de proteger a liberdade, a democracia, o pluralismo e a dignidade da pessoa humana, nos casos de conflito entre estes direitos fundamentais, os tribunais superiores tendem a proteger a liberdade de expressão e de opinião, limitando-a apenas no momento em que é ultrapassado o limite da dignidade da pessoa humana. Portanto, a liberdade de expressão, no Brasil, pode ser restringida para assegurar outros bens e valores constitucionais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana (ARAUJO, 2018, p. 93).

Importa ressaltar que a sociedade brasileira é marcada por desigualdade social e pelas mais diversas formas de discriminação. Além disso, nos últimos anos houve uma crescente nas manifestações de ódio principalmente na internet. Pesquisas registraram mais de 4 milhões de denúncias de crimes de ódio na internet nos últimos anos. (PUGLIERO, 2019).

Verifica-se ainda a banalização do ódio que inclusive é utilizado como plataforma política com discursos que alimentam preconceitos e discriminação com manifestações racistas, xenofóbicas, *LGBTfóbicas* e misóginas, devido a polarização da sociedade, vivida no contexto político do ano de 2018. (SILVA, 2019). Nesse cenário, portanto, é necessária uma ação estatal pelo bem da coletividade nos casos de manifestações de ódio, cada vez mais comuns no Brasil atual.

3. O discurso de ódio como um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão

Conforme demonstrado anteriormente, alguns indivíduos utilizam do direito à liberdade de expressão para desonrar, tripudiar e humilhar outras pessoas, geralmente um grupo minoritário (minoria social), por meio de discursos discriminatórios e preconceituosos, configurando o discurso de ódio que, atualmente, é facilitado pela internet e pelas redes sociais.

E, em que pese a liberdade seja direito fundamental, ela não pode ser exercida de forma a prejudicar terceiros, muito menos para ferir a dignidade da pessoa humana. Neste contexto, surge a problemática: seria o discurso de ódio um limite legítimo ao exercício do direito fundamental à liberdade de expressão?

Tal questionamento representa um grande desafio para o Estado e para a sociedade pois é necessário cuidado para definir a medida em que se deve permitir a liberdade de expressão sem que se gere um estado de intolerância ou que se produza danos irreparáveis à dignidade da pessoa humana e à igualdade, considerando que em um Estado democrático é necessário fomentar a tolerância e incentivar o pluralismo.

O problema se verifica no momento em que há um conflito entre esses direitos, o que evidencia a necessidade de limitações. A maior dificuldade para tanto se encontra na análise dessa divergência para verificar a existência de ameaça à direito e à sociedade, pois o discurso de ódio em si não é tipificado, e também não se trata de punir o possível risco que ele traz para a sociedade, sendo certo de que caso configure ato ilícito deverá ocorrer a responsabilização do autor, assim, cada caso deve ser analisado individualmente, pois as generalizações podem implicar em censura, o que é vedado pela Constituição Federal.

Trata-se, portanto, de um grande desafio para o Estado e para a sociedade pois deve ser feita a análise cuidadosa do caso para permitir a liberdade de expressão sem que se gere intolerância com a consequente produção de danos irreparáveis à igualdade e à dignidade da pessoa humana, destacando-se que em um Estado Democrático de Direito é necessário favorecer a tolerância e incentivar o pluralismo, impondo o dever de respeito às minorias, garantindo sua manifestação, a fim de atenuar as desigualdades existentes.

Há quem afirme que em uma sociedade plural e democrática não existe verdade incontestável que não seja passível de discussão ao longo do tempo. Nessa linha de pensamento, por mais absurda que pareça, nenhuma ideia deveria justificar a limitação da liberdade de expressão, pois, nenhuma verdade é absoluta e a todos deve ser garantido o direito de contradizer, questionar e contra argumentar todos os temas em um debate.

Com efeito, cabe mencionar que Ronald Dworkin sobre discurso de ódio afirma que a limitação a liberdade de expressão é perigosa também para as minorias sociais vítimas do discurso do ódio tendo em vista que o grupo dominante pode utilizar dessa limitação para silenciar ainda mais tais indivíduos,

isso porque os agentes públicos, contaminados pelo preconceito, tendem à imparcialidade contra a minoria social, considerando por exemplo problemas como *LGBTfobia*, machismo e racismo estrutural. (FADEL, 2018, p.10).

A professora Samanta Meyer-Pflug levanta, ainda, o questionamento a respeito da intolerância. Para ela, ser intolerante com o discurso de ódio não provoca mais intolerância, pelo contrário, segundo o paradoxo da tolerância de Karl Popper faz parte da militância por tolerância não tolerar os intolerantes. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 102).

Por outro lado, para Michel Rosenfeld, a intolerância ao discurso, mesmo que ofensivo, gera mais intolerância. No mesmo caminho, Jonatas Machado afirma que a melhor forma de lidar com o discurso de ódio é, de fato, garantindo a liberdade de expressão para fomentar o debate racional e plural com respeito mútuo entre os participantes. (ROSENFELD *apud* ARAUJO, 2018, p.102).

Em contrapartida, Daniel Sarmento afirma que, o discurso de ódio inviabiliza a existência deste tipo de debate, na medida em que afirmações de ódio, intolerância e preconceito não contribuem para um debate racional além de inviabilizarem a continuidade da discussão. Isso porque manifestações de ódio podem causar duas reações da vítima: responder com a mesma agressividade ou retirar-se do debate por medo ou humilhação, demonstrando o efeito silenciador do discurso do ódio. Ambos os cenários não são propícios para um debate com respeito mútuo. (SARMENTO, 2006, p. 249).

Com efeito, não há como negar que a liberdade de expressão é essencial para a manutenção da democracia, pois é por meio do acesso a informação e ideias sobre um tema em debate que os cidadãos são capazes de formar suas opiniões e assim participarem da comunidade política, dessa forma controlando os atos do governo, exercendo de fato o poder que é assegurado ao povo pela Constituição.

No entanto, a democracia que, por um lado exige liberdade de expressão, por outro, também pressupõe a igualdade já que todos são iguais perante a lei e o voto de cada cidadão, por exemplo, possui o mesmo peso. Essa igualdade não pode ser alcançada num contexto de proteção ao discurso de ódio uma vez que esta prega a inferioridade de um grupo, muitas vezes minoritário, por sua raça, cor, crença, etnia, origem, gênero ou orientação sexual.

O perigo reside na estruturação de redes de ódio a partir do próprio Estado que com a chancela da liberdade de expressão se utilizam de estratégias como notícias falsas que despertem o sentimento de ódio e aversão, não só de um

grupo contra outro, mas também contra instituições que protegem a democracia, com o objetivo de concentrar o poder. Exemplo do informado é o conhecido Gabinete do Ódio, que representa um perigo para o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que esses ataques orquestrados podem influenciar diretamente na política, como influenciaram nos resultados das eleições de 2018. (MELLO, 2020).

Numa democracia, é dever do Estado manter um equilíbrio entre as vontades dos mais variados grupos que existentes em uma sociedade plural, assegurando às minorias tratamento justo, evitando qualquer abuso dos grupos dominantes. Dessa forma, em prol da democracia, os grupos historicamente vitimizados por preconceitos não podem deixar de participar dos debates públicos para formação da sociedade. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 222).

Por isso, entende-se que o discurso de ódio é antidemocrático e a limitação da liberdade de expressão quando da sua ocorrência não viola os preceitos da democracia, do contrário, a fortalece. No entanto, Sarmento conclui que a proibição do discurso de ódio não é suficiente para resolver o problema de injustiça estrutural e falta de reconhecimento das minorias sociais. O autor entende que para isso são necessárias políticas públicas de redução das desigualdades e estímulo da tolerância e valorização das diversidades através de ações educacionais. (SARMENTO, 2006, p. 249).

Assim, quando o Estado não coíbe o discurso de ódio, implicitamente, emite a mensagem de que concorda com essas manifestações, o que pode gerar conflitos sociais. Portanto, é necessária uma ação do Estado para se posicionar em favor da igualdade e do respeito aos direitos dos grupos mais vulneráveis da sociedade.

Em tempos de ódio tão entranhado na sociedade, a proteção do direito à liberdade de expressão deve ser conciliada com esforços para combater a intolerância, a discriminação, o discurso de ódio e o incitamento à violência a partir da promoção de políticas públicas que fomentem a inclusão social nos meios e comunicação e assegurem o efetivo exercício do direito à liberdade de expressão sem discriminação. (ARAUJO, 2018, p. 91).

Portanto, é necessário que se conheçam as razões do discurso de ódio para combate-lo de forma eficiente, pois, sua proibição não impede sua existência por não resolver suas causas, apenas veda sua exteriorização. No entanto, sanções

legais não são suficientes para eliminar as desigualdades sociais, as discriminações e os danos existentes em certos discursos públicos.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que é inquestionável a impescindibilidade da liberdade de expressão à consolidação da democracia, assegurando a liberdade, a isonomia e a dignidade da pessoa humana. No entanto, assim como os demais direitos fundamentais, com exceção da proibição à tortura, o direito à liberdade não tem caráter absoluto e pode sofrer limitações.

Ademais, não há como ignorar a utilização do direito à liberdade de expressão para disseminar mensagens de ódio que violam direitos fundamentais de outras pessoas como a igualdade ou a dignidade da pessoa humana, conduta que se enquadra na definição de discurso de ódio que perpassa do campo das ideias e pode resultar em ações, não se tratando de mera opinião, mas sim de um desejo de exclusão e inferiorização do outro, o que representa um perigo para uma sociedade plural e democrática.

É o discurso proferido por uma maioria social dominante, que concentra o poder, e direcionado a grupos socialmente excluídos e marginalizados, o que gera consequências sociais negativas para este, representando desrespeito à dignidade da pessoa humana, ainda que ocorra de maneira implícita, como, por exemplo, negações ao Holocausto, o que expressa desprezo e discriminação a determinados grupos da sociedade, fazendo apologia ao ódio. Nestes casos verifica-se que é necessária a limitação ao direito fundamental à liberdade de expressão. No entanto, existem muitas discussões sobre o tema.

Verifica-se que, internacionalmente, a liberdade de expressão é defendida, porém, pelos mesmos tratados internacionais, o discurso de ódio voltado ao ataque de minorias sociais estigmatizadas é coibido. Nos Estados Unidos, como abordado, a liberdade de expressão é o princípio basilar da comunidade americana e sua restrição somente é conferida em casos extremos de clara incitação à violência, mas o discurso de ódio em si é protegido pela Primeira Emenda desde que não configure crime contra honra.

A Alemanha, por seu turno, em que pese a liberdade de expressão tenha seu valor destacado, não é absoluta, pois o princípio basilar da ordem jurídica europeia é a dignidade da pessoa humana. Lá são proibidas, por exemplo,

atividades nazistas, incitação de ódio baseada na raça, religião ou ordem ética, induzimento a insultos pessoais e negação de fatos históricos como o Holocausto.

Já o Brasil, como um país democrático, reconhece a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana como direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. O ordenamento jurídico brasileiro sempre atua no sentido de proteger a liberdade, a democracia, o pluralismo e a dignidade da pessoa humana. O direito à liberdade de expressão é protegido pelos tribunais, sendo limitado apenas quando ultrapassado o limite da dignidade da pessoa humana.

No contexto atual em que a sociedade está inserida, é espantosa a banalização do ódio, utilizado inclusive como palanque político com discursos que alimentam preconceitos e discriminação, com a utilização de estratégias que influenciem inclusive no processo eleitoral, incentivando o ódio ao outro lado, na busca pela manutenção e concentração de poder. Nesse cenário, observa-se que o discurso de ódio é um problema cultural. Dessa forma, é necessária uma ação estatal pelo bem da coletividade nos casos de manifestações de ódio.

Por um lado, verifica-se que há uma dificuldade do Estado em limitar a liberdade de expressão nos casos de discurso de ódio, pois por mais que não haja sua tipificação específica, pode configurar ato ilícito além de violar outros direitos fundamentais. Por outro lado, a liberdade de expressão não deve ser limitada de forma geral, caso contrário, configuraria censura, além de pôr em risco o pluralismo e a manutenção da democracia, por isso, cada caso deve ser analisado individualmente.

Contudo, não deve ser esquecido que a liberdade de expressão é essencial à manutenção da democracia e sua limitação irrestrita é perigosa também para grupos sociais minoritários vítimas de discurso de ódio, sendo certo que, em um Estado Democrático de Direito, deve-se favorecer a tolerância e incentivar o pluralismo, por isso, deve-se impor o dever de respeito às minorias, garantindo também a sua manifestação, a fim de atenuar as desigualdades existentes.

Cabe ressaltar que favorecer a tolerância não implica em tolerar manifestações de ódio contra minorias estigmatizadas legitimados pela liberdade de expressão, pois o discurso de ódio inviabiliza o debate racional, portanto, não deve ser tolerado, conforme a teoria de Karl Popper que afirma: faz parte da militância por tolerância não tolerar os intolerantes.

Além disso, verifica-se que o discurso de ódio viola a igualdade que também é valor essencial à manutenção da democracia, uma vez que estas

manifestações pregam a inferioridade de um grupo por sua raça, cor, crença, etnia, origem, gênero e orientação sexual. Assim, numa democracia, deve o Estado manter o equilíbrio entre os mais variados grupos numa sociedade plural, evitando abuso de grupos dominantes.

Por isso, entende-se que o discurso de ódio é antidemocrático e a limitação da liberdade de expressão quando da sua ocorrência não viola os preceitos da democracia, mas a fortalece protegendo a igualdade e a dignidade da pessoa humana. No entanto, a proibição do discurso de ódio não é suficiente pois trata-se de um problema cultural e suas razões devem ser conhecidas para que seja combatido de forma eficiente.

Não obstante, se o Estado não coíbe este comportamento, pode emitir a mensagem de que concorda com essas manifestações. Assim, em tempos de ódio, a proteção do direito à liberdade de expressão deve ser combinada a políticas que fomentem a inclusão social, combatendo a intolerância, a discriminação, o discurso de ódio e o incitamento à violência, pois, sanções legais não são capazes de eliminar desigualdades sociais e discriminações.

Dessa forma, tem-se que o discurso de ódio é um problema cultural e complexo, para o qual não existe solução padrão. Somente a mudança da mentalidade da sociedade pode reduzir este ódio e isso não se obterá por um processo rápido e simples, sendo necessárias ações do Estado para garantir a igualdade, estimular o respeito, a tolerância e a valorização das diversidades por meio de políticas educacionais, para cortar o mal pela raiz, na tentativa de que as próximas gerações repudiem o comportamento violento e intolerante.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Natália Ramos Nabuco. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. Curitiba: Juruá, 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BRUGGER, Winfried. apud ARAUJO, Natália Ramos Nabuco. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. Curitiba: Juruá, 2018.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHEQUER, Cláudio. A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CODERCH, Pablo Salvador. apud ARAUJO, Natália Ramos Nabuco. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. Curitiba: Juruá, 2018.

DWORKIN, Ronald. apud MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de Expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FADEL, Anna Laura Maneshy. O discurso de ódio é um limite legítimo à liberdade de expressão? Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.

FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução e Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Patrícia Campos. Por que os brasileiros deveriam ter medo do gabinete do ódio. The New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/pt/2020/08/04/opinion/international-world/bolsonaro-gabinete-do-odio.html> Acesso em: 30 nov. 2020.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de Expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. PRATES, Francisco de Castilho. Liberdade de expressão e discursos de ódio: notas a partir do Projeto de Lei 7582/2014 e do diálogo com o direito internacional dos direitos humanos. Pensar. Revista de Ciências Jurídicas. Disponível em <file:///C:/Users/est_forumniti/Downloads/6687-26827-1-PB.pdf> Acesso em: 30 nov. 2020.

PRUDENTE, Eunice. Dados do IBGE mostram que 54% da população brasileira é negra. Jornal da USP. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/dados-do-ibge-mostram-que-54-da-populacao-brasileira-e-negra/> Acesso em: 30 nov. 2020.

PUGLIERO, Fernanda. Como o ódio viralizou no Brasil. Carta Capital. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/como-o-odio-viralizou-no-brasil/> Acesso em 30 nov. 2020.

ROSENFELD, Michel. apud ARAUJO, Natália Ramos Nabuco. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. Curitiba: Juruá, 2018.

CALIN: una propuesta de estudio decolonial sobre relaciones etnico-raciales y anticiganismo en el sistema de justicia brasileño

Phillipe Cupertino Salloum e Silva
Universidade Estadual de Goiás, Professor do Direito do Instituto de Ciência Sociais, Uruaçu, Goiás, Brasil, phillipe@ueg.br

Resumen: Este artículo científico pretende analizar los argumentos adoptados por el Ministerio Público Federal (MPF) al archivar denuncias de racismo que involucran mujeres gitanas, reflexionando sobre el pensamiento legal brasileño bajo posibles permanencias racistas, gitanofóbicas, patriarcales y clasistas. Para desarrollar este trabajo, es necesario reflejar el pensamiento crítico de los Derechos Humanos y los estudios descoloniales, problematizando el antigitanismo, especialmente teniendo en cuenta la realidad de las mujeres gitanas. La investigación de campo, intercala la observación del autor con entrevistas y revisión bibliográfica. Se concluye que las medidas de protección de los derechos humanos aún son limitadas y no enfrentan las contradicciones del sistema de justicia frente a las relaciones étnico-raciales que involucran el antigitanismo en la sociedad brasileña.

Palabras-clave: Derechos Humanos. Relaciones étnicas y raciales. Feminismo. Pensamiento jurídico.

INTRODUCCIÓN

La forma en que los gitanos de diferentes partes del mundo, incluido el Brasil, interactúan en la sociedad mayoritaria revela la continuidad de la clasificación social mundial basada en la raza, de forma actualizada, en el contexto postcolonial. En el Brasil, donde se especula con más de medio millón de gitanos, la mayoría de los cuales son de la etnia calon[1], esta población se asocia con bajos

[1] Calon significa "hombre gitano" en el idioma Shibe y Calin significa "mujer gitana". Son nombres adoptados por los propios gitanos de Calon para referirse a sí mismos. A diferencia del idioma portugués, los gitanos de Calon no flexionan el sustantivo en relación con el número. En cambio, llaman a los "hombres no gitano" y a las "mujeres no gitana" juron y jurin respectivamente. Los calones son los romaníes asociados a la diáspora que tuvo lugar desde la Península Ibérica, fueron los primeros romaníes en llegar a Brasil desde el siglo XVI (BRASIL, 2013).

indicadores sociales como la educación, la salud y la vivienda (BRASIL, 2013). La necesidad de redefinir las fronteras de los derechos humanos y la lucha por la emancipación humana que incluye también al pueblo gitano son cuestiones centrales para pensar en la (des)colonización del ser, el saber y el poder en América Latina y en el Brasil. Aunque el antigitanismo afecta a la mayoría de estas personas, el presente artículo opta por destacar la realidad de las mujeres gitanas que se encuentran en una situación doblemente vulnerable, tanto en la sociedad en general como en las propias comunidades. Frente a este escenario, romper con la invisibilidad en las esferas académica, política y social constituye un desafío para los movimientos gitanos en su lucha por el derecho a vivir con dignidad y a la autodeterminación.

Este artículo científico pretende, a partir de dos situaciones concretas acompañadas por el autor, analizar los argumentos adoptados por el Ministerio Público Federal para archivar denuncias de racismo ante las mujeres gitanas, con el objetivo de reflexionar sobre el pensamiento jurídico brasileño y las posibles permanencias racistas, patriarcales y clasistas en la sociedad. El objetivo es comprender el papel del Estado, cuando tiene el deber de proteger a las mujeres gitanas que son víctimas del racismo, tratando de identificar posibles violaciones de derechos y si hay alguna omisión por parte de la burocracia estatal cuando se busca protección. Para desarrollar este trabajo es necesario reflexionar junto con el pensamiento crítico sobre los derechos humanos y los estudios descoloniales, problematizando el antigitanismo, situando al pueblo gitano y especialmente a las mujeres gitanas como sujetos de derechos humanos. Un sujeto que ya no es abstracto, sino concreto, diverso, que en su mayoría vive de su fuerza de trabajo, y que por su condición de gitano puede estar expuesto a diferentes experiencias y a una constante violencia, criminalización y victimización.

Desde el punto de vista metodológico, este texto asocia la investigación de campo, a través de la observación participante, con la revisión de la literatura. Además, procura, sobre la base de las contribuciones de otros investigadores no gitanos y estudiosos feministas gitanas, examinar si hay ineficacia en la protección de los derechos humanos en el contexto brasileño y postcolonial. Los autores hacen una elección política y metodológica para construir el presente trabajo científico en el ámbito del pensamiento crítico en Derechos Humanos, porque pretende hacer visible la existencia del antigitanismo, romper con esta lógica en la sociedad brasileña y, al mismo tiempo, contribuir a la transformación de la realidad hacia la emancipación humana.

Este artículo está dividido en dos temas. El primero comparte un episodio de antigitanismo que llevó a la proposición de denuncias al MPF, y analiza los argumentos utilizados por el órgano para archivar el caso. El segundo tema comparte un hecho que llevó a la denuncia del racismo practicado por una página comercial del Instagram y el término de ajuste de conducta (transacción) propuesto por el Ministerio Público Federal (MPF). Desde una perspectiva interseccional que articula las categorías de género, raza, clase y territorio, busca influir en el desarrollo de los estudios de derechos humanos orientados a una práctica liberadora, así como vislumbrar el gitano calon y la gitana calin, pobres y que viven de su fuerza de trabajo como sujetos de derechos, de dignidad, poseedores y titulares del derecho a forjar su propia historia.

LA DEHUMANIZACIÓN DE LA CALIN

La lucha por la supervivencia es una práctica permanente de todas aquellas ersonas que viven y dependen de su fuerza de trabajo, incluyendo a las mujeres que practican la quiromancia en las calles de los centros de las ciudades brasileñas, especialmente cerca de las ferias, terminales de autobuses, mercados públicos y regiones con tiendas comerciales concentradas. En en relación a la comunidad gitana Calon, en el municipio de Condado, "la quiromancia ya casi no se practica en el grupo, con la excepción de la Rosa Romana, que va a la ciudad de Patos todos los días para hacer quiromancia" (CUNHA, 2015, p. 9). En noviembre de 2017 se produjo un episodio con la gitana calin Rosa que hizo que interrumpiera sus viajes diarios al centro de Patos. Antes de este episodio, Rosa ya había informado que había estado enfrentando constantes hostilidades, a través de ataques verbales como "ladrona" o "bruja", especialmente hechos por taxistas que permanecían estacionados en puntos del centro de este municipio, asombrando a las personas que se acercaban a Rosa cuando intentaba ofrecer la lectura de sus manos.

El episodio que provocó que Rosa interrumpiera sus viajes se convirtió en un reportaje periodístico del portal de noticias titulado: "'Baiana' está acusada de pedir 'leer la mano' de las personas del Centro comercial del municipio de Patos y luego de hacer amenazas". Este texto se basa en las narraciones de tres personas, obtenidas de posts de Facebook, que afirman haber sido perseguidas y amenazadas por una mujer que se hacía llamar "Baiana". Este informe atrajo decenas de comentarios de contenido prejuicioso y agresivo, entre ellos: "no es una bahiana

sino una gitana"; "engañó a mi otra hermana que es una bestia y cae en cualquier lorota macumbeira"; "puso esta plaga para ver el cielo nacido cuadrado"; "fue para haberle dado un puñetazo en la cara"; "regresa a Bahía despacho". La Asociación Comunitaria de Gitanos del Condado se puso en contacto con el portal de noticias para que el informe, que comparte, sin investigar, acusaciones de redes sociales, pudiera ser excluido por inducir y estimular el prejuicio y la intolerancia hacia la quiromancia, una práctica generalmente asociada con las mujeres gitanas, que motivaba y atraía reacciones racistas, misóginas y gitano fóbicas a través de los comentarios. El portal se negó a excluir la noticia periodística.

El informe, al atribuir la supuesta conducta a una "mujer bahiana", aunque fuera una gitana Calin, refuerza las asociaciones peyorativas asociadas con las mujeres gitanas, las mujeres no blancas, las que practican religiones africanas o simplemente involucrada en prácticas no cristiana. Los prejuicios y estereotipos racistas y gitanofóbicas a los que están sometidas estas mujeres "se producen siempre por marcas de género y connotaciones fuertemente sexualizadas (gitana misteriosa identificada como bruja)" (REA, 2017). La feminista gitana Camilla Ida Ravnbøl (2010, pág. 3) señala que las mujeres gitanas "son representativas de las múltiples discriminaciones que muchas minorías experimentan en la sociedad; discriminación, como mujer, y para algunas mujeres también en los grupos de pobreza", es decir, se enfrentan a la discriminación dentro y fuera de la comunidad a la que pertenecen. Por este motivo, muchas mujeres activistas gitanas critican a la comunidad internacional, al movimiento gitano mundial y a los movimientos feministas en general por no abordar específicamente el problema de las mujeres gitanas.

La negativa del portal (blog) a excluir la publicación impulsó a ASCOCIC, que actúa en la comunidad gitana de Rosa, a informar del hecho al MPF, para identificar que el portal jornalístico induce y estimula el prejuicio y el antigitanismo, como se evidencia en los comentarios. El órgano, a su vez, discrepó con el ASCOCIC y remitió el caso al archivo, argumentando que el blog sólo informaba de un hecho periodístico y que no había intención de generar prejuicios contra la comunidad gitana, que tradicionalmente se identifica con la lectura de las manos. El principio de ponderación se utilizó para fundamentar la decisión de cerrar el caso, en el que la libertad de expresión y de prensa prevalecen sobre una "incitación imaginaria a la discriminación contra los pueblos y tradiciones gitanas".

La MPF clasifica el episodio de noticias como una "incitación imaginaria" al prejuicio. Sin embargo, la publicación atrajo una serie de comentarios de los

lectores sobre el supuesto hecho periodístico reproducido en el blog, que atribuía la lectura de las manos a "engaño" y "cosa de macumbeira", adjetivando la "baiana" como "pilantra" y "loca" o proponiendo que uno "debería haberle dado un puñetazo en la cara". El órgano admite que se trata de "arranques exagerados de prejuicios profundamente arraigados" e indicó que existe una causa para tales repercusiones negativas: el "déficit de educación", centrado especialmente en "los derechos humanos de los pueblos tradicionales". Sin embargo, sostiene que no hay responsabilidad penal por lo que considera una "falta de educación para tratar con la diferencia", siendo más una "completa ignorancia" que con "el corazón del discurso del odio, que es la agresión".

Aunque no existe la necesidad de responsabilidad penal, los comentarios en tonos odiosos y prejuiciosos están de alguna manera relacionados con la conducta del portal de noticias. Este elemento no fue suficiente para que el MPF adoptara medidas más concretas en relación con el hecho noticioso que estimula los prejuicios, como exigir la publicación de un informe que aporte aclaraciones sobre la cultura de la lectura de manos y una advertencia directa a los autores de los comentarios que hacen una apología del odio y la violencia. Además de pedir la exclusión del texto.

Al provocar que el MPF se pronunciara sobre el informe del blog, el objetivo de la organización gitana, según la presidente de ASCOCIC, era plantear el debate sobre la intolerancia hacia la práctica de la quiromancia, exigiendo que el portal de noticias trajera otro texto que aclarara en qué consiste esta práctica y la disociara de una conducta deplorable y negativa. Con la simple presentación de quejas, sin exigir ninguna contrapartida del portal, el MPF pierde la oportunidad de utilizar sus atribuciones para cumplir un papel educativo, trascendiendo el dualismo del punitivismo frente a la inocencia, dando a los lectores del portal de noticias la oportunidad de conocer otras perspectivas de la quiromancia, como una práctica que abarca siglos y corresponde a una forma de supervivencia de algunas mujeres gitanas.

En resumen, el organismo mencionado propone la necesidad de incluir las tradiciones gitanas en los programas escolares de las escuelas municipales, pero no indica cómo proceder con esta demanda, que es urgente. Esta agenda ya es conocida por el MPF, que organizó una audiencia pública en marzo de 2017 para debatir la realidad de los gitanos y buscar soluciones a las reivindicaciones de las comunidades de calón de la región. La presidente de ASCOCIC revela que se han hecho pocos progresos y esfuerzos a la luz de los compromisos asumidos por las

autoridades y los representantes de los organismos públicos que estuvieron presentes en la audiencia pública.

Es posible afirmar que el hecho de que el MPF no exija, al menos, que el portal de noticias excluya el informe revela la falta de empatía de los operadores de la ley brasileña, especialmente los ocupantes de altos cargos de la administración pública, con las cuestiones de orden social y cultural. Entre otras razones, según Vanessa Berner (2017), es un reflejo del hecho de que los cursos de derecho tienen una larga tradición de no participar en la extensión universitaria, restringiendo su actuación en este campo a representaciones modelo para la prestación de servicios de asistencia social o pasantías para estudiantes en bufetes de abogados privados u organismos públicos. La autora añade que la ausencia de espacios para pensar en la sociedad promueve un profundo impacto en la formación de los futuros profesionales del derecho, ya que los estudiantes se forman sin tener contacto con la realidad social y política del país. Por lo tanto, existe, de hecho, una distancia entre el mundo jurídico y lo que sucede a nuestro alrededor, "es también un reflejo de la baja interdisciplinariedad presente en los cursos de derecho" (BERNER, 2017, p.99). Este fenómeno se deriva de la permanencia de la colonialidad del conocimiento en la producción y reproducción del conocimiento en la educación brasileña.

Esta baja interdisciplinariedad afecta inevitablemente a la esfera de los derechos humanos. Ravnbøl (2010) cuestiona la separación tradicional en el ámbito de los derechos humanos internacionales entre las cuestiones de género y las minorías en la práctica, que se ha convertido en una brecha que puede aislar a grupos como las mujeres de las minorías de la atención de los derechos humanos. Durante la Conferencia de Viena de 1993, se presentó la doctrina de la indivisibilidad y la interrelación de todos los derechos humanos, en la que la incorporación de "las perspectivas de género y de las minorías en los programas de derechos humanos es cada vez más una esfera prioritaria, las cuestiones de las minorías y del género rara vez se combinan" (RAVNBØL, 2010, p.3, nuestra traducción).

Ser mujer y pertenecer a una minoría étnica, como es el caso de la calin, se suma a otras dos condiciones en las que muchas de estas personas se encuentran en Brasil: la pobreza y vivir de la fuerza laboral . Cuando circulan por los centros de las ciudades, estas mujeres, que ya son muy pocas, utilizan "su cultura", la lectura de sus manos para obtener un ingreso. En el caso de Rosa, que lleva más de cuatro décadas practicando la quiromancia y, debido a la repercusión del

episodio reportado en el portal de noticias, tuvo que abandonar las calles del centro de Patos de forma indefinida, necesitando recurrir a otras ciudades, incluso estados vecinos, para desarrollar sus actividades. Es, en otras palabras, un fenómeno de desterritorialización, la negación del derecho a la ciudad de Rosa, así como a otros calamares de la región.

La referencia al término "desterritorialización" no es lo mismo que la modernidad y, por consiguiente, la colonialidad establecida para la concepción del territorio, asociada a la soberanía del Estado sobre un espacio delimitado por fronteras o confundida con la idea de la propiedad privada. El territorio aquí se vislumbra como un espacio donde personas reales, con características e historias diferentes circulan, viven y ejercen sus actividades y acciones.

> A escala intraurbana, además de las diversas territorialidades que se construyen, se observan, con respecto a los romaníes, procesos de territorialización que no sólo ponen de relieve los lugares donde viven, sino también otros espacios de las ciudades, siendo éstos principalmente las plazas, lugares directamente vinculados a las actividades económicas de los romaníes. (ESTEVAM, 2009, p. 131-132)

Las reacciones de odio manifestadas en el portal de noticias, así como la propia presentación del caso (los gitanos y sus prácticas ni siquiera se consideran objetos de protección), son reflejo de lo que se ha elegido llamar en este artículo de "antigitanismo". Como explica el estudioso gitano español Valeriu Nicolae (2016), el "antigitanismo" es un tipo específico de ideología racista, una ideología de superioridad racial que es a la vez similar y diferente, y está interconectada con muchos otros tipos de racismo. "El antiganismo en sí mismo es un fenómeno social complejo que se manifiesta a través de la violencia, el lenguaje del odio, la explotación y la discriminación, en su forma más visible" (NICOLAE, 2016, p. 75).

> Los prejuicios contra los gitanos van claramente más allá de los estereotipos racistas que los asocian con rasgos y comportamientos negativos. La deshumanización es su punto central. Se considera que los romaníes son menos que humanos; al ser menos que humanos, se les percibe como seres que no tienen derecho moral a disfrutar de derechos humanos iguales a los del resto de la población. (NICOLAE, 2016, p.79)

El derecho a ir y venir, a estar en la ciudad, en los espacios públicos, institucionales o no, es experimentado de manera diferente por hombres y mujeres. Y el hecho de ser negra, indígena y, en el caso de este artículo, calin, pobre y trabajadora, puede exponer a estas mujeres a diferentes formas de violencia, criminalización y victimización, extendiendo los obstáculos y limitaciones de estas

personas al derecho a la ciudad, a la vida y al trabajo. Esta situación refuerza el proyecto de consolidación del capitalismo y de una sociedad colonial y eurocéntrica que impone un estándar de existencia para los seres humanos.

El antigitanismo, las hostilidades y la desconfianza permanente en la quiromancia, una práctica reconocida como no cristiana y, por tanto, considerada contraria a la racionalidad eurocéntrica, es el resultado del intento de "homogeneizar las formas básicas de existencia social de todas las poblaciones" (QUIJANO, 2000, pág. 113). El hecho de que los profesionales del derecho, como el fiscal que actuó en el caso de Rosa, no perciban que el informe es parte del proceso de aniquilación cultural de la diferencia, de la identidad romaní, es un reflejo de cómo la formación intelectual del derecho fue y está asociada a "la idea-imagen de la historia de la civilización humana como una trayectoria que parte de un estado de la naturaleza y culmina en Europa" (QUIJANO, 2000, p. 113). 122), y por lo tanto se comprometió, en su gran mayoría, a formar "una élite jurídica tradicionalista, reacia a una mayor apertura a los intereses sociales" (MASCARO, 2017, p. 29).

En el próximo tema se expondrá el episodio de anti-ganismo ocurrido en las redes sociales, que, tras ser denunciado, llevó al Ministerio Público Federal a proponer un plazo de ajuste de conducta a los autores del acto de prejuicio.

LA IMPORTANCIA DEL ANTIGITANISMO PARA EL PROYECTO DE LA COLONIALIDAD

En diciembre de 2017, un portal de noticias de la red social Instagram publicó una foto de dos mujeres con ropas típicas de gitanas, acompañada de la siguiente leyenda: "¡Atención! Las gitanas han sido atrapadas en el centro comercial el lunes por la tarde. Cuidado con tus bolsillos!". Esta publicación tuvo una amplia repercusión en la red social, incluyendo comentarios de personas disgustadas por el prejuicio racial manifestado. Sin embargo, prevalecieron los mensajes que reproducían una perspectiva racista e higiénica, dando a entender que los gitanos, en general, son "deshonestos", "sucios" y "peligrosos", y que, por esta razón, deberían ser expulsados del centro comercial.

¿Qué es relevante, a efectos periodísticos, en el hecho de que dos mujeres, visiblemente gitana (calin), caminen en un centro comercial? Tal vez la sorpresa de los autores de la publicación y los comentarios estaría motivada por el hecho

de que los gitanos, considerados exóticos y presuntamente peligrosos, frecuentan espacios abiertos al público como un centro comercial, diseñados para brindar comodidad y protección a su público objetivo. La foto y el pie de foto, al adoptar el miedo a la "atención", añadido a la expresión "Las gitanas fueron atrapadas", reproducen e inducen a los prejuicios étnicos y a la intolerancia.

Los miembros de ASCOCIC y otras personas han solicitado a Instagram por la exclusión de la publicación, lo que no ocurrió bajo la alegación de que la publicación se deriva de la "libertad de expresión de los autores" y de que no hay expresiones de odio. También se intentó negociar directamente con los autores de la publicación, que sólo cambiaron la leyenda de la foto, pero se negaron a excluirla, justificando que la intención no era promover la ofensa, sino hacer el humor. Después de estos intentos, la asociación envió una representación al Ministerio Público Federal, denunciando el racismo.

A su vez, el órgano que tendría la competencia legal para ofrecer la denuncia celebró una reunión con los propietarios del perfil del instagram, el 25 de enero de 2018, cuando se firmó el Acuerdo de Ajuste de Conducta. Esta retractación estaba condicionada a la publicación de un mensaje producido por el MPF, en forma de una aclaración sobre el pueblo gitano y los prejuicios experimentados por este grupo étnico, y la exclusión del puesto original. El delito de prejuicio, que requiere una acción pública incondicional, no justifica la retractación ni ninguna otra composición civil. No se trata de un insulto racial, ya que la ofensa se produjo no sólo en vista del honor subjetivo de las mujeres expuestas en la publicación del perfil de la red social, sino, genéricamente, al grupo étnico reconocido como gitano.

Después de que el órgano competente renunciara a la obligación de presentar una denuncia, la ASCOCIC apeló contra el procedimiento de presentación, alegando que no presentar una denuncia corresponde a una conducta antijurídica, ya que viola los derechos fundamentales y la norma infraconstitucional que regula la sanción y la responsabilidad penal de los autores del delito de perjuicio. Además, se indica que la presentación es una forma de condenar la Ley Nº 7.716/1989 (Ley Caó) a la condición de letra muerta, es decir, inaplicable en el sistema de justicia brasileño. Se ignora la condición de los gitanos como sujetos de protección de los derechos humanos. Según Moore (2007), el racismo se percibe como una forma de conciencia de grupo, ya no parece racismo e incluso se niega a sí mismo como tal. Es esta característica de poder negarse a sí mismo la que le da tal plasticidad y resistencia a los esfuerzos de cambio.

Forma parte del proyecto eurocéntrico del capitalismo colonial/moderno de negar el racismo, negándose a cumplir una norma que está posicionada en la legislación brasileña, cuando se refiere a la responsabilidad por posibles crímenes de racismo. La ausencia de una conducta efectiva por parte del MPF contribuye a la naturalización de la idea de la superioridad de los blancos europeos y, por lo tanto, mantiene el sistema judicial intacto de cualquier responsabilidad por el racismo. Al mismo tiempo, es importante subrayar que el fortalecimiento del modelo actual de derecho penal no es la mejor respuesta a éste, ni a otros problemas que se manifiestan en la sociedad brasileña.

La transacción propuesta por el MPF exigía a los propietarios de las páginas que revelaran un texto, acompañado de una foto con el emblema de la agencia como medio para cumplir con el término de ajuste de conducta. Este requisito es totalmente desproporcionado en relación con la conducta sesgada del sitio web del Instagram, que ha ofendido a miles de personas que se reconocen y son reconocidas como gitanas. La publicación original alcanzó más de 700 curtidos y 150 comentarios, un hecho irreparable. Mientras que el texto producido por el MPF obtuvo aproximadamente 100 curtidos. La reunión en el MPF debería contar al menos con la presencia de ASCOCIC para que pueda aportar sugerencias para tratar de minimizar los efectos negativos que la publicación de la página de Instagram promovió. Como mínimo, por ejemplo, se podría recomendar a los autores del perfil que publiquen un vídeo y/o un texto, elaborado por los propios gitanos, en lugar de un gran texto elaborado por los funcionarios de un organismo público que tiene poco contacto con la cuestión de los gitanos.

La inaplicabilidad de la "Ley Caó", así como la persistencia racista, clasista y machista en los medios de comunicación y en la sociedad en su conjunto forman parte de la actual crisis brasileña. Como enseña Máscaro (2016), la crisis brasileña es a través de la ley, pero no es sólo legal. También pasa a través de los medios de comunicación, pero no sólo de los medios de comunicación. Pasa a través del gobierno, pero no sólo a través de la política. Pasa por el régimen de acumulación y el modo de regulación, pero no es sólo económico. La crisis brasileña "es otro caso de la crisis general de la reproducción de la sociabilidad capitalista. Pasa a través de la composición exacta de todos estos factores, lo que constituye precisamente la estructura de dicha sociabilidad" (MÁSCARO, 2016, p. 36).

En el marco de la justicia, se percibe que los autores de conductas racistas son tratados como figuras criminalmente incomprensibles que no están sujetas a responsabilidad. Por el contrario, en situaciones de delitos racistas, los fiscales del

MPF analizados en este estudio adoptan una posición excesivamente benévola, indicando, por ejemplo, la responsabilidad del Estado, de manera abstracta, por no impartir una educación centrada en la diversidad. La responsabilidad casi nunca recae en el autor de un crimen racista. Para Guimarães (2004), la reproducción ampliada de las desigualdades raciales en Brasil coexiste con el creciente ablandamiento de las actitudes y comportamientos racistas.

La condición de los gitanos, y especialmente de las mujeres gitanas, se enfrenta a barreras que imponen limitaciones al ejercicio de los derechos básicos, como el ejercicio de su cultura, el trabajo, la circulación en los espacios, etc. Fronteras que insisten en permanecer en Brasil en el siglo XXI. Para Teresa Martín Palomo (2002), este escenario constituye un fenómeno universal - la identidad étnica, los otros son fronteras creadas a partir de las relaciones sociales y el poder, lo que intensifica el control social frente a grupos étnicos como los gitanos.

Antes de intensificar estos contextos de persecución, Fraser (1992) observó que los grupos gitanos caminaban por toda Europa, bajo la protección de conductos imperiales o beneficios papales, que alcanzaron su cúspide en el siglo XV, en un contexto ligado a la práctica natural de la época, tanto por parte de la población como por parte del soberano, de dar cobijo y alimento a los peregrinos en su viaje. Esta práctica fue utilizada como un instrumento de responsabilidad ante la Iglesia, en un mundo de lógica medieval basado en la conciencia aguda del pecado. Desde el siglo XVI, según Isabel Borges (2007), los gitanos han sido asimilados explícitamente por las autoridades como "pobres" y "caminantes", generando una secuencia de decretos que rechazaban expresamente a los gitanos, manteniéndolos en el campo de los márgenes, de la periferia. A través de los estudios sobre la Era Moderna desarrollados por Schimitt (1993), es posible identificar algunas de las razones que llevaron a una mayor marginación de los gitanos con el advenimiento de la modernidad.

Para Schmitt (1993), en función de la emergente "razón de Estado", en la que el monarca protegido por la ley divina pasa a formar parte de nuevas instituciones (justicia, policía, etc.), la Iglesia se convierte en parte integrante de un complejo de engranajes, creado para regular las transformaciones del traslado de la economía rural predominante a un mercado de trabajo que se estaba formando en las ciudades. Al mismo tiempo, se está produciendo un proceso creciente de valoración del trabajo como criterio esencial de "utilidad social"; el trabajo como valor moral, especialmente en el sentido de servir a alguien. En este contexto, el autor señala que las prácticas basadas en el ideal evangélico, que hasta entonces

aceptaban bien la pobreza voluntaria, se estaban vaciando gradualmente, permitiendo la supervivencia y una mejor adaptación de los gitanos, que de alguna manera podían moverse por el territorio europeo con más libertad.

Angus Fraser (1993) reconoce a los gitanos como la representación de la "negación flagrante" de los valores y premisas que impregnaron la moral dominante del siglo XVI en Europa. Puede decirse que las representaciones creadas sobre el pueblo gitano se oponen al patrón de civismo, de humanidad que reivindica el concepto de modernidad eurocéntrica, que comenzó a surgir a partir del siglo XV. No es casualidad que la actividad de Rosa en el municipio de Patos, cuyo caso se describe en el primer tópico de este artículo, así como muchas otras mujeres gitanas que viven de la quiromancia, sigan siendo vistas con recelo por la sociedad mayoritaria. Esta situación se deriva de un racismo estructural, no es sólo un comportamiento individual, que limita sus lugares de acción, de búsqueda de supervivencia, compartiendo con el mundo los conocimientos seculares de su cultura, como leer las manos y jugar a las cartas. En general, las actividades desarrolladas o asociadas con los gitanos ni siquiera se consideran una forma de trabajo. Además, el racismo y el antigitanismo dificultan a muchos romaníes la entrada en el mercado laboral formal, lo que les impone una posición marginal en la división social del trabajo.

La colonialidad contribuye a la destrucción de otras formas de vida, de ser, de cosmologías, que no son eurocéntricas occidentales. En todo caso, el racismo y el sexismo son dos dimensiones que también atraviesan este conflicto; las mujeres indígenas, negras, gitanas, no blancas en general, que son históricamente subalternas, "experimentan múltiples opresiones como mujeres, indígenas y pobres, y como minoría dentro de las minorías" (BIDASECA, 2011, p. 81-82). En palabras de las feministas gitanas Nicoleta Bitu y Enikő de Vincze,

> es necesario pensar y actuar de manera interseccional para comprender que hemos sido objeto de diversas exclusiones y discriminaciones. La solidaridad entre mujeres de diferentes etnias, edades y clases sociales no es sólo un juego emocional. Es una elección política, como el propio feminismo (2012, p. 45).

Según Nicoleta Bitu y Eniko Vincze, el feminismo gitano es una forma de pensar en los medios y significados de una investigación de acción sociocultural que vincula el análisis descriptivo, crítico y deconstructivo de las relaciones de poder con un compromiso activista (empoderamiento) para desarrollar perspectivas y prácticas críticas de las personas en posiciones desfavorecidas.

Proponer valores feministas - gitano/calón[2], chicano, indígena, negro, etc. - para toda la sociedad significa profundizar nuestra democracia para promover una mayor igualdad entre todos y todas, teniendo en cuenta que el patriarcado no es "una forma de dominación masculina universal, a-histórica, esencialista e indiferenciada sobre la clase o la raza". (BIDASECA, 2011, p.66).

CONSIDERACIONES FINALES

La propuesta de este estudio es contribuir al pensamiento crítico en el derecho y los derechos humanos, que estimulan las reflexiones y acciones que articulan la raza, el género y la clase, luchando contra la naturalización del anti-ganismo en nuestra sociedad. La transformación de la realidad, en el sentido de mejorar -material y subjetivamente- la vida de las personas que a lo largo de la historia han sido y siguen siendo colonizadas, no depende sólo de la ley, viene de fuera (de la sociedad) a dentro, sino que pasa a través de ella (sistema de justicia, facultades de derecho, etc.), así como a través de los medios de comunicación y otras instancias de poder que deben ser cuestionadas.

El mito de la superioridad blanca y masculina, que fundó la modernidad y permanece en el contexto postcolonial, encuentra en el Estado y en la Justicia el apoyo que refuerza y al mismo tiempo es indiferente a las discriminaciones y opresiones experimentadas por los gitanos de la etnia Calon, y especialmente por las mujeres "Calin". En la medida en que los órganos estatales descartan el cumplimiento de la ley cuando se enfrentan a denuncias de la incidencia del racismo, se percibe la ineficacia material selectiva de la protección de los derechos humanos, especialmente en el caso de los gitanos. Es esencial que los movimientos sociales, sean o no gitanos, denuncien este escenario y lo conviertan en combustible para impulsar las luchas por la transformación social.

Los dos casos notificados, aunque se manifiestan de diferentes maneras, revelan que la práctica, la incitación o la inducción de racismos contra los pueblos gitanos no son investigados por los órganos competentes. Se archivan, se aceptan

[2] En palabras de la feminista gitana Alexandra Oprea (2010), el esfuerzo del feminismo gitano hoy en día consiste en criticar las estructuras patriarcales internas a la vez que intenta reforzar los estereotipos negativos sobre la comunidad, es decir, evitar que las reivindicaciones de género se conviertan en un instrumento de cambio y de estigmatización de un grupo subalterno y racializado.

transacciones, incluso cuando es obligatorio iniciar una acción penal. Las críticas al presente estudio no pretenden reforzar la esencia del sistema penal actual y la lógica del encarcelamiento masivo que, sobre todo, es racista. Si el Estado brasileño opta por la tipificación penal de determinadas conductas, como el racismo, pero aplica la ley penal, institucionalmente, de forma selectiva, prefiriendo la abstención en situaciones que implican la acusación del delito de racismo, es posible afirmar que el Sistema de Justicia Penal constituye, esencialmente, un instrumento que legitima el proyecto capitalista de control social de poblaciones indeseadas y la exclusión de este excedente de población.

También conviene renunciar a la idea de que la aplicación de la ley, la responsabilidad penal de los autores de conductas racistas o la afirmación de derechos son las únicas o principales estrategias para hacer frente al racismo contra los gitanos. La ruptura con la selectividad del derecho penal, la descolonización del conocimiento y los poderes hegemónicos, y el enfrentamiento del racismo institucionalizado y el antigitanismo requieren esfuerzos y acciones que no pueden depender de la provisión e intervención del Estado. Sin embargo, tampoco se puede ignorar el potencial que tiene el aparato estatal - mediante la recaudación de fondos, los edictos públicos, las políticas públicas- para mejorar las condiciones concretas de vida de los gitanos y las gitanas, tratando de satisfacer las necesidades inmediatas y, al mismo tiempo, fomentando la organización de estos grupos étnicos en torno a la lucha por los derechos, creando condiciones para orientar la emancipación de todos los seres humanos.

Con la contribución del feminismo gitano, chicano, indígena y negro, dentro y fuera de la academia, es posible presionar para que las luchas por la emancipación humana se construyan de manera interseccional y se orienten al fortalecimiento de las organizaciones políticas -con autonomía- que incluyan en sus proyectos a los pueblos históricamente oprimidos, subalternizados y colonizados de nuestra sociedad.

REFERENCIAS

ABADE, Luciana. Uma justiça cega para o racismo. *Jornal do Brasil*, São Paulo, 29 jul. 2015.

BERNER, Vanessa Oliveira. Democracia no Brasil: uma crise política e institucional. En: GIORGI, Raffaele de; TORRACA, Lia Beatriz Teixeira. *Os Espaços da democracia no Brasil e os limites do direito*. Rio de Janeiro: Eulim, 2017.

BIDASECA, Karina. Mujeres blancas buscando salvar a las mujeres color café de los hombres color café. Reflexiones sobre desigualdad y colonialismo jurídico desde el feminismo poscolonial. En: BIDASECA Karina; LABA, Vanesa Vazquez. *Feminismos y poscolonialidad. Descolonizando el feminismo desde y en América Latina.* Buenos Aires: Ediciones Godot, 2011. p. 95-118.

BIȚU, Nicoleta; VINCZE, Enikő. Personal Encounters and Parallel Paths toward Romani Feminism. *Signs*, Chicago, v. 38, n. 1, 2012, p. 44–46.

BORGES, Isabel C. *Cidades de portas fechadas*: a intolerância contra os ciganos na organização urbana na Primeira República. Dissertación (Maestria en História) – Instituto de Ciências Humanas da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2007.

BRASIL. Secretaria de Política de Promoção de Igualdade Racial - Secretária de Políticas para Comunidade Tradicional. *Guia de Políticas Públicas para povos ciganos*. Brasília, 2013.

CUNHA, Jamilly Rodrigues da *et al.* Processos associativistas entre ciganos: discutindo o projeto político de uma família cigana em Condado-PB. *In: 29ª Reunião Brasileira de Antropologia***,** Natal, 2014.
DAVIS, Angela. *Mulher, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DISCRIMINAÇÃO e preconceito são rotina enfrentada por ciganos na Paraíba. *Ministério Público Federal*, João Pessoa, 23 maio 2017.

ESTEVAM, Márcio E. Dantas. Territórios-rede na bahia: analise dos territórios ciganos no recôncavo baiano, com ênfase às cidades de Governador Mangabeira e Cruz das Almas. En: *Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura*, Salvador, 2008.

FRASER, Angus. *História do Povo Cigano.* Lisboa: Editorial Teorema, 1997.

Fundación Secretariado Gitano (FSG). *Número Especial sobre Antigitanismo – artículos de opinión, análisis y bibliografía*. Madrid: FSG, 2016.

GHEORGHE, Nicolae. Roma-Gypsy Ethnicity in Eastern Europe. *Social Research***,** v. 58, n. 4, 1991, p. 829-844. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/40970676>. Aceso en: 05 jun. 2017.

GOLDFARB, Maria Patrícia Lopes. *Memória e Etnicidade entre os Ciganos Calon em Sousa-PB*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Preconceito de cor e racismo no Brasil. *Rev. Antropol.*, São Paulo, v. 47, n. 1, p. 9-43, 2004.

MARTÍN PALOMO, Tereza. Mujeres gitanas y el sistema penal. *La ventana***,** n. 15, 2002, p. 149-174.

MASCARO, Alysson B. A crise brasileira e o direito. *Revista Semestral Margem Esquerda*, 2016. Disponible en: <https://blogdaboitempo.com.br/2016/02/29/crise-brasileira-e-direito/>. Acesso em: 08 ago. 2018.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica.* Artes e Ensaios, Rio de Janeiro, n. 32, 2016, p. 123-151.

MIGNOLO, Walter D. Coloniality: The Darker Side of Modernity. *Cultural Studies*, London, v. 21, n. 2-3, 2007, p. 155-167. Disponible en: <https://www.macba.cat/PDFs/walter_mignolo_modernologies_eng.pdf>. Aceso em: 05 ago. 2018.

MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza, 2007.

NICOLAE, Valeriu. Hacia una definición del antigitanismo. En: Fundación Secretariado Gitano. *Número Especial sobre Antigitanismo – artículos de opinión, análisis y bibliografía.* Madrid: FSG, 2016.

OPREA, Alexandra. Romani Feminism in Reactionary Times. *Signs*, v. 38, n. 1, 2012, p. 11-21.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En*:* LANDER, Edgardo. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas***.** Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.

_____. "Raza", "etnia" y "nación" en Mariategui: cuestiones abiertas. En: FORGUES, Roland (Org.). *José Carlos Mariátegui y Europa: la otra cara del descubrimiento*. Lima: Amauta, 1992.

RAVNBØL, Camilla Ida. The Human Rights of Minority Women: Romani Women's Rights from a Perspective on International Human Rights Law and Politics. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 17, n. 1, 2010, p. 1-45.

REA, Caterina Alessandra. Redefinindo as fronteiras do pós-colonial. O

feminismo cigano no século XXI**.** *Rev. Estudos Feministas*. v.25, n.1, 2017, pp.31-50.

SCHIMITT, Jean-Claude. A história dos Marginais. In: Le Goff, Jacques. *A história Nova*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LUTAS SOCIAIS E PODER JUDICIÁRIO: uma análise à luz do neoliberalismo

Leticia Galan Garducci
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Doutoranda em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, bolsista CAPES com dedicação exclusiva, Rio de Janeiro, Brasil.
lgarducci@gmail.com

Tamina Batan Rody Lima
Universidade Santiago de Compostela – USC, Mestranda em Investigação em Educação, Desenvolvimento Comunitário e Diversidade Cultural, Santiago de Compostela, Espanha.
Tamina.rody@gmail.com

Resumo. Trata-se de uma análise sobre a relação entre as lutas sociais e o Poder Judiciário no contexto neoliberal, defendendo-se que ambos foram atravessados por transformações específicas dessa fase do capitalismo e que, assim, apresentam uma interação entre si pautada por esse marco histórico. Assim, aponta-se como as principais características apresentadas pelos atores contestatórios, sua agenda política e suas dinâmicas reivindicatórias na contemporaneidade não só conformam a sociabilidade presente, mas também são a expressão das relações sociais de domínio e de exploração capitalistas em sua fase neoliberal. Nesse panorama, ainda, destaca-se a configuração do Judiciário buscando-se demonstrar como fenômenos políticos conformados desde os anos 1970 – como a politização do direito e a judicialização da política – vinculam-se ao movimento de judicialização das lutas sociais e a sua criminalização como faces desse mesmo processo. Com isso, a análise, que prioriza o cenário brasileiro, tem por objetivo uma maior compreensão dessa dinâmica, explicitando-se os limites e possibilidades da interação entre lutas sociais e o Judiciário na contemporaneidade.

Palavras-chave: lutas sociais, Poder Judiciário, neoliberalismo, politização do direito.

INTRODUÇÃO

A presente reflexão trata da relação entre as lutas sociais e o Poder Judiciário no cenário neoliberal, defendendo-se que ambos são atravessados pelas transformações políticas, econômicas e ideológicas dessa nova fase do capitalismo e que, diante disso, passam a apresentar uma interação entre si

pautada por esse marco histórico. Mais especificamente, pretende-se apontar como as principais características dos atores, sua agenda política e dinâmicas contestatórias na contemporaneidade não só conformam a sociabilidade presente, mas também são a expressão das relações de domínio e de exploração capitalistas em sua fase neoliberal. Com isso, acreditamos ser possível explicar o movimento de judicialização das lutas sociais e de sua criminalização como uma outra face desse mesmo processo.

Para tanto, dividimos essa análise em duas partes principais: no primeiro tópico, buscaremos identificar as lutas sociais contemporâneas no neoliberalismo a partir de suas diferentes fases, destacando-se o seu vínculo com o ideário pós-moderno. Após, apresentamos os principais traços da relação entre o Judiciário e o neoliberalismo para, a partir disso analisarmos o processo de criminalização dos movimentos sociais e a judicialização de suas demandas por meio de casos concretos. Com isso poderemos melhor compreender a relação existente entre o Judiciário e lutas sociais, observando-se a sua conformação pela gramática do capitalismo neoliberal – muito embora parcela dos movimentos contestatórios se pretendam antissistêmicos em suas pautas e ações.

1. Lutas sociais e a gramática neoliberal

Ainda que para se traçar um panorama geral, talvez seja mais fácil visualizar as diferentes formatações de lutas sociais que se operaram durante o fordismo do que aquelas presentes a partir do neoliberalismo, já que com o ascenso da União Soviética e a formação do bloco comunista, conjugado à política de pleno emprego, ao modo de produção taylorista e ao fortalecimento das organizações sindicais típicas do chamado "anos dourados" do bloco capitalista, pode-se dizer que embora houvessem outros atores – destacando-se o movimento negro estadunidense na luta pelos direitos civis -, o operariado e os sindicatos apareciam como os sujeitos contestatórios privilegiados. É, nas palavras de Modonesi, "o militante integral, como figura típica das lutas sociais desde o século XIX até os anos 1970". E é somente com a virada neoliberal, após a crise do *Welfare State* que se coloca em cena a pluralidade de atores e a difusão de demandas contestatórias no âmbito das lutas sociais que se observa até o tempo presente.

Soma-se a isso que, para além dessa diversidade de sujeitos políticos contestatórios, também são diversos os panoramas do próprio capitalismo neoliberal que, embora possua um conjunto de regularidades que lhe dão forma – podendo-se citar, entre outras, a flexibilização das relações de trabalho, as privatizações, o enfraquecimento de políticas públicas, o desemprego estrutural, o aumento do controle social e repressão estatal e, fundamentalmente, o regime de acumulação de predominância financeira –, vem apresentando desde a sua ascensão cenários distintos, de estabilidade relativa, atravessados e conformados pela tendência expansionista do capital, pelas crises econômicas daí decorrentes e, dialeticamente, pelos conflitos e lutas sociais que lhe conformam ao mesmo tempo em que são também emoldurados por esse processo[342].

Fiori ao final dos anos 1990 propõe uma classificação do neoliberalismo em quatro fases distintas; as duas primeiras etapas ainda no plano teórico: a publicação de F. Hayek de "O caminho da servidão" no pós-segunda guerra, na qual o economista liberal tece uma afiada crítica ao ideário keynesiano que vai ressoar por meio de seus seguidores da escola austríaca e, a segunda etapa, a disseminação do ideário neoliberal nos Estados Unidos dos anos 1960 e 1970 que, já com o reforço de Milton Friedman, vai se construindo como pensamento hegemônico na academia.

Nesse período, ainda que a crise do fordismo estivesse apenas se desenhando, verifica-se já nos anos 1960 um movimento de diversificação e ampliação das pautas encampadas no bojo das lutas sociais, a exemplo do aparecimento das chamadas pautas identitárias e por reconhecimento. Aqui é possível observar que, apesar da força das organizações sindicais do período, a agenda de luta para além das questões trabalhistas paulatinamente vai ganhando protagonismo, verificando-se a partir daí um gradativo fortalecimento e ampliação dos movimentos feminista, negro, indígena, gay etc ou, então, manifestações diversas como as contestações pelo fim à guerra do Vietnã ou o paradigmático "maio de 1968", desencadeado por protestos estudantis na França. É nesse mesmo ano que ocorre a passeata dos cem mil contra a ditadura brasileira – valendo-se destacar que na América Latina, de modo geral, a luta é sobretudo

[342]"Não se pode entender 'ação' e estrutura como se estivessem numa oposição exterior, ou seja, como se as estruturas sociais não fossem elas mesmas produzidas e reproduzidas pela própria ação, ao tempo que esta é expressão das determinações formais existentes. Noutras palavras, as estruturas não são um outro, estranho às ações, pairando acima delas, mas se constituem a partir da própria ação dos sujeitos" (CALDAS, 2015).

contra os regimes militares, como é o caso do Brasil, Chile, Argentina, Uruguai etc.

Especificamente no cenário brasileiro, e conforme bem capturou Eder Sader, durante a vigência da ditadura militar formaram-se três correntes distintas de lutas sociais no país: (i) as comunidades eclesiais de base, adeptas ao cristianismo da Teologia da Libertação;(ii) uma esquerda anticapitalista e marxista, porém dispersa face a ascensão do regime militar e, por fim, (iii) o que passou a se designar por "novo sindicalismo", que vai ter a sua origem nos movimentos grevistas desencadeados nas fábricas do ABC paulista e de onde vai surgir a figura de Luís Inácio Lula da Silva como liderança política (SADER, 1998, p. 144). Conforme destaca, é desse movimento ainda nos anos 1960 e 1970 que se forma no país a chamada "geração da redemocratização" (NUNES, 2014, p. 17), que desempenhará importante papel nas lutas sociais das décadas seguintes.

Retornando à classificação proposta por Fiori, as duas últimas etapas do neoliberalismo apresentadas pelo autor tratam-se das fases de concretização das políticas neoliberais e vão até os anos 1990. Assim, aponta uma terceira fase caracterizada pelas transformações político-econômicas implementadas ao final dos anos 1970 e início dos 1980 pelos governos de Margaret Thatcher, na Inglaterra, Ronald Reagan, nos Estados Unidos e Helmut Kohl na Alemanha e, a quarta fase, por sua vez, caracterizada pela crise da União Soviética e demais países do bloco comunista ao final dos anos 1980, bem como pela imposição de ajustes estruturais na América Latina – sendo paradigmáticas as diretrizes de reformas formuladas no Consenso de Washington, em 1989.

Quanto às lutas sociais desse período, vale lembrar que os anos 1980 são marcados pelo processo de redemocratização na América Latina, havendo a abertura democrática na Bolívia em 1982, na Argentina em 1983, no Brasil em 1985, Uruguai em 1984 e Chile em 1988. Nesse período, o Brasil apresentou, e como parte da "geração da redemocratização" do período militar, o nascimento de organizações de esquerda que, apesar de suas profundas transformações ao longo dos anos, tem peso significativo até os dias de hoje: o Partido dos Trabalhadores, criado em 1980, a Central Única dos Trabalhadores, fundada em 1983 como resultado do novo sindicalismo desencadeado ao final dos anos 1970, e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), criado em 1984.

Nesse momento, de "euforia democrática", já eram múltiplos os movimentos sociais no cenário nacional, sendo representativa a participação de

uma pluralidade de organizações no processo que vai desde a convocação de uma nova assembleia nacional constituinte até a promulgação da nova Carta (FACHIN & PAGLIARINI, 2018, p. 152). Ademais, esses novos atores desempenharam significativo papel enquanto oposição nas primeiras fases de implementação do neoliberalismo no Brasil já nos anos 1990, se relacionando ainda com os novos problemas da realidade social, sendo ilustrativa a intensificação da ocupação de imóveis ociosos nos grandes centros urbanos pelos movimentos de moradia, que apesar de terem origem nos movimentos de luta por cortiços ainda do período desenvolvimentista, surgem fortalecidos como resposta ao aprofundamento da desigualdade social e gentrificação advindos com a urbanização neoliberal.

Como pano de fundo, ainda, toma força nos anos 1990 o processo da chamada globalização – conectada diretamente com o regime de acumulação de predominância financeira característico das relações neoliberais -, que também vai atravessar as lutas sociais do período. Conforme Echart, a globalização

> (…) contribuiu decisivamente para esse deslocamento dos espaços de intervenção política, redimensionando os próprios mecanismos de conflito e as formas de organização dos movimentos sociais, que giram para novas divisões e pugnas no espaço mundial (e regional, no caso latino-americano), sob um complexo de idéias de redes e projeções hegemônicas e contra-hegemônicas. Isso leva a que assistamos, em grande medida, a uma irrupção dos movimentos sociais como novo ator internacional (ECHART, 2008)

No mesmo sentido, Bringel aponta que há nesse período, e até a primeira década dos anos 2000, uma rede de múltiplas experiências, que incluem "la internacionalización de los movimientos sociales territorializados (principalmente, indígenas y campesinos), la emergencia del movimiento antiglobalización como actor global y la consolidación de redes transnacionales de incidencia politica" (BRINGEL, 2017). Como expressão desse processo, e em oposição ao imperialismo e à atores mundiais como o Fundo Monetário Internacional ou o Banco Mundial, há a ascensão do altermundialismo na segunda metade dos anos 1990 que, designando-se como um movimento plural e não hierárquico[343] (RIBEIRO, 2011) vai ter como uma de suas maiores expressões a realização dos Fóruns Sociais Mundiais, que tem a sua primeira

[343] Embora o movimento altermundialista surja com a proposta de ser um movimento plural, conforme Ribeiro, sob um recorte de classes verifica-se uma predominância em sua composição de setores das classes médias e, assim, uma sub-representação da população mais vulnerável (RIBEIRO, 2011).

edição em 2001, no Brasil. Tal espaço de encontro, composto por atores de diversas partes do globo, surge com o objetivo de se construir um espaço contra-hegemônico ao Fórum Econômico de Davos, que desde os anos 1970 até os dias de hoje vem reunindo os principais conglomerados econômicos do mundo – muito embora o FSM tenha perdido o seu protagonismo após a primeira década dos anos 2000.

Por sua vez, a virada do século, longe de representar a ruína desse modelo de desenvolvimento, revelou um recrudescimento das políticas neoliberais que mostra os seus efeitos até o tempo presente – atravessando as lutas sociais e ensejando diferentes atores e configurações. Assim, em relação ao neoliberalismo e também partindo da classificação proposta por Fiori, Carcanholo & Baruco em publicação de 2009 incluem o que seria uma quinta e última etapa neoliberal, marcada pela incapacidade das políticas do período na retomada no crescimento. Tal panorama, que vai desaguar na crise econômica de 2008, como resposta "leva a subida ao poder de vários governos na região latino-americana que, de forma mais ou menos acentuada, são eleitos a partir do descontentamento social com os resultados da estratégia neoliberal" (CARCANHOLO & BARUCO, 2009, p. 139).

A onda de governos progressistas na América Latina a qual os autores se referem, porém, teve o seu fim decretado já na segunda década do século XXI, após um processo ainda em curso marcado por golpes institucionais (como é exemplo o caso brasileiro e paraguaio) e a ascensão de governos autoritários – que se observa em diversos países do globo -, além da intensificação da política econômica neoliberal e consequente precarização das condições de vida da população. Esse novo cenário sinaliza que, apesar da permanência da crise na retomada do crescimento apontada por Carcanholo & Baruco, nos encontramos novamente em um momento de inflexão do neoliberalismo, do que é representativa a agudização das desigualdades sociais, o fortalecimento da extrema direita e o aumento da repressão e do controle social – o que vem sendo chamado de "neoliberalismo autoritário". Assim, à classificação proposta, acreditamos poder se acrescentar o período vigente como uma sexta etapa do neoliberalismo.

O que importa aqui destacar é que, nessas novas fases há mudanças significativas também em relação às lutas sociais. Conforme aponta Bringel, "a la segunda década del siglo XXI parece sobresalir una *nueva geopolítica de la indignación global*", sendo marcada, entre outros elementos apontados pelo autor, por uma

transformação geracional de seus atores, ligada à revolução tecnológica, além da construção uma solidariedade entre o global e o local – rompendo-se a territorialidade do Estado-nação – mas que, ao mesmo tempo, a partir de pautas geoestratégicas e geoculturais se operam de maneira regionalizada em detrimento de uma construção global (BRINGEL, 2017, p. 31-2). No Brasil, destaca-se como parte dessa nova "geopolítica de indignação global" as jornadas de Junho de 2013 (BRINGEL, 2015).

Dessa forma, soma-se ao movimento altermundialista que surge nos anos 1990 o movimento dos indignados, que passa a compor o cenário de lutas sociais junto com demais atores contestatórios que permanecem em cena – movimentos populares, organizações sociais e políticas tradicionais. Nesse sentido, tratando das manifestações de 2013, aponta Bringel que

> (…) mais que produzir uma visão dicotômica entre o "velho" e o "novo" (…) precisamos captar as tensões, as imbricações, as ambivalências e as possíveis retroalimentações (…) não há no Brasil nesse momento uma *substituição* dos sujeitos prévios nem das matrizes sócio-políticas e ideológicas guiadas pelas organizações tradicionais e pelo Estado, mas sim uma *coexistência*, com diferentes possibilidades de cooperação e de conflito (BRINGEL, 2015, p. 16).

Nesse ínterim, ainda, aponta Modonesi, ao tratar das figuras do "militante integral" e "ativista pontual": o primeiro, associado às lutas do movimento operário e socialista típicas do período fordista e, assim ligados à disciplina, lógicas hierarquizantes etc enquanto o segundo como figura que desponta a partir dos anos 1970, associado às "demandas pós-materiais", à reivindicações identitárias e de reconhecimento, com a proliferação do associativismo e das ONGs a partir dos anos 1990 e, nas últimas décadas, marcado pelo altermundialismo e os movimentos dos indignados. Para o autor, "elementos de militantismo e ativismo se entretecem nas práticas concretas sem que deixem de existir lugares de condensação e concentração de um ou outro formato", havendo assim permeabilidade e conexões entre os diferentes tipos de atores contestatórios, podendo-se inclusive, para Modonesi, "englobar todos os formatos sob a denominação mais geral de ativismo".

Apesar disso, e ainda que de fato existam imbricações entre o velho e o novo (BRINGEL, 2015), diferenciar o surgimento dos diferentes atores, formatos de luta e agenda política é imprescindível para melhor se compreender a relação das lutas sociais na contemporaneidade com o processo do neoliberalismo. Aqui, vale se destacar dois pontos que parecem revelar uma

especificidade das lutas sociais no tempo presente: a diversificação das pautas de luta e os diferentes formatos e dinâmicas de contestação social que surgem com a crise do fordismo.

Nesse ínterim, o que parece estar em jogo é a ascensão de uma nova gramática engendrada pelas novas relações de trabalho advindas com o novo regime de acumulação. Expliquemos: com a crise do fordismo há a imposição de uma reestruturação produtiva, que levou à novas formas de organização do trabalho, pautadas na desconcentração da produção. Assim, em substituição a grandes plantas industriais do período anterior, ocorre uma maior especialização, segmentação e flexibilização do setor produtivo – a exemplo do modo de produção toyotista – que vai alterar a dinâmica de trabalho e assim a disciplina imposta à classe trabalhadora. Dialeticamente, essa nova organização do trabalho produz novas relações que ultrapassam o ambiente de trabalho, havendo um reordenamento das relações sociais em geral, atravessando assim desde a subjetividade dos indivíduos[344] à, até mesmo, as lutas sociais.

Dessa forma, à medida que avança o capitalismo neoliberal e o seu novo regime produtivo, parece haver também uma diversificação de agenda política e segmentação de lutas de forma cada vez mais intensificada, inclusive para além de questões como saúde, moradia etc, sendo representativas desse movimento especialmente as pautas identitárias e por reconhecimento. Um exemplo bastante ilustrativo desse processo é a adesão do termo "gay" pela comunidade homossexual nos anos 1970 e, após, a adoção da sigla "LGB" (lésbicas, gays e bissexuais) nos anos 1980; "LGBT" nos anos 1990 com a inclusão da representação de travestis, transexuais e transgêneros e, anos depois, também nos anos 1990, o uso de "LGBTQ", para a representação daqueles que questionam sua identidade ou se identificam como "queer", utilizando-se, enfim,

[344] Entre os efeitos que se observa a partir das novas relações de trabalho do neoliberalismo na subjetividade do indivíduo é, conforme aponta Franco Berardi, a violência competitiva: "O movimento dos trabalhadores do século passado tinha como objetivo principal a redução do tempo de trabalho, a emancipação do tempo de vida. A precarização e o empobrecimento produzido pela ditadura neoliberal produziram um efeito paradoxal. A tecnologia reduz o tempo de trabalho necessário, mas o capital codifica o tempo liberado como parado e sanciona, reduzindo a vida das pessoas a uma condição de miséria material. Em consequência, as pessoas jovens são continuamente obrigadas a buscar um emprego que não podem encontrar, a não ser em condições de precariedade e subsalário. O efeito emocional é ansiedade, depressão e paralisia do desejo. A condição precária transforma os outros em inimigos potenciais, em competidores". BERARDI, 2017.

nos dias de hoje, a sigla LGBTQI+ como redução da sigla LGBTQQICAPF2K+, que busca incluir, entre outros, a representação da assexualidade, pansexualidade, intersexualidade, polissexualidade etc – havendo hoje inúmeros coletivos e organizações políticas em geral representativas desses segmentos.

Ou seja, o que se quer ressaltar é que a reorganização do trabalho está igualmente imbricada com uma nova gramática das próprias relações sociais, e assim com as lutas políticas do neoliberalismo e suas pautas; e é por isso que, para além de uma especialização da economia, parece haver uma "especialização" da própria agenda de lutas, por meio dessa segmentação nas reivindicações, sejam relativas à pautas identitárias, de reconhecimento ou por políticas públicas.

E para além dessa nova gramática, importa destacar ainda que esse panorama de diversidade das pautas de luta é sintoma também da invisibilidade que os sindicatos e partidos do período keynesiano, de recorte exclusivamente classista, promoviam à demais questões sociais e inclusive estruturais, como as pautas feministas e do movimento negro. Assim, não por acaso o termo "identitarismo" vai surgir nos anos 1970 em Chicago por um coletivo de mulheres negras e lésbicas, o *Combahee River*[345], que não se reconhecia na agenda encampada pelos movimentos classistas das organizações sindicais fordistas ou tampouco se identificavam com o feminismo branco de classe média. Em contrapartida, o que se verifica a partir do cenário neoliberal é que, embora demandas antes invisibilizadas estejam na ordem do dia, como a luta e a resistência das mulheres negras, de modo geral houve um abandono da luta anticapitalista e ascenso das chamadas "demandas pós-materiais" (MODONESI, 2016).

Isso se explica porque, sob o ponto de vista da ideologia, o ascenso do neoliberalismo representou uma verdadeira virada teórica nos mais diversos campos do pensamento[346] e que perpassa também as lutas sociais. Nesse aspecto, um ponto a se destacar é que tal inflexão no campo teórico associa-se à consolidação do ideário neoliberal, gestado desde as primeiras fases do neoliberalismo, conforme visto a partir de Fiori, mas que se torna hegemônico nas etapas de implementação do capitalismo neoliberal, a partir de sua terceira fase, tomando-se impulso, também, com o abandono do marxismo diante da

[345] https://portaldisparada.com.br/cultura-e-ideologia/pautas-identitarias/
[346] Para uma análise aprofundada no campo do direito ver Gonçalves

derrocada da experiência soviética. Tal movimento identifica-se, ainda, com o surgimento do pensamento pós-moderno[347], "parte e produto dessa fase histórica"[348].

Conforme Baruco & Carcanholo, trata-se, em realidade, do "neoliberalismo como aprofundamento da lógica do capital e pós-modernismo como padrão cultural, estético e comportamental (inclusive na prática filosófica e política)", ou seja, as duas faces de um mesmo processo. Entre os principais traços do pensamento pós-moderno destacados pelos autores é a adesão à uma racionalidade micro, fragmentada, heterogênea, do descontínuo e do caótico em rejeição à qualquer perspectiva totalizante e hegemonizadora (CARCANHOLO & BARUCO, 2010, p. 134, 140-1). Assim, pode-se afirmar que o pensamento pós-moderno se encontra também imbricado com a fragmentação das pautas de luta que vão encampar o neoliberalismo, do que é exemplo não só a questão LGBTQI+ vista acima, mas podendo se falar, entre outros, das inúmeras variações do movimento negro – classista, panafricanista, feminista, afrofuturista etc – ou do movimento feminista – classista, negro, liberal, libertário etc –, que acabam, em última instância, recaindo em contradições presentes na dinâmica da esquerda tradicional, conforme bem aponta Kurz (2009) ao referir-se ao feminismo "pós-moderno":

> (…) o próprio feminismo, apesar de meritórias análises, em grande parte limitou-se a definir as mulheres como "sujeito objetivo" tão paradoxal quanto à "classe operária". O postulado de uma "formação de sujeito" feminina, por isso, leva ao mesmo beco sem saída. Também o feminismo foi vitimado pela transição pós-moderna e dissolveu a forma de existência feminina "divergente" no capitalismo numa "diversidade" de aspirações emancipatórias particulares que não tangem o problema central".

Referindo-se à essa diversificação de aspirações característica do neoliberalismo apontada por Kurz, sinalizam na mesma direção Carcanholo & Baruco ao afirmarem que

---

[347] Vide Carcanholo & Baruco, para uma compreensão do neoliberalismo e pós-modernismo como faces de um mesmo processo, vide Robert Kurs, "A esquerda e a dialética sujeito-objeto do fetichismo moderno" (2009).

[348] Mais do que isso: conforme apontam os autores, "o pós-modernismo e o neoliberalismo se apresentam como duas facetas do propalado pensamento único (…) Neoliberalismo como aprofundamento da lógica do capital e pós-modernismo como padrão cultural, estético e comportamental (inclusive na prática filosófica e política)" (p. 142 e 144)

> (…) o pós-modernismo, ao rechaçar qualquer alternativa totalizante à ordem vigente, limita-se, em termos de posicionamento político, às seguintes alternativas: (i) resignação / conformismo com a vitória histórica do capitalismo; ou então (ii) contestar a ordem vigente, mas não a partir de uma perspectiva totalizante, global, mas desde uma ótica fragmentada, com base nas múltiplas formas de identidade que existem na sociedade pós-moderna (CARCANHOLO & BARUCO, 2010, p. 137)

Como resultado desse processo, e diferentemente do período anterior, as lutas políticas, ainda que se pretendam contrassistêmicas, desde o neoliberalismo acabam por não questionar o sistema capitalista, pois, partindo de uma perspectiva fragmentada da realidade social – como o faz o pensamento pós-moderno –, pulverizam suas pautas e ações, contestando apenas pontualmente as contradições da ordem vigente e, ainda que o capitalismo neoliberal se imponha de maneira totalizante. Assim, o cenário de lutas, conforme sintetiza Mascaro,

> (…) tem ocorrido a partir da disputa entre quantidades de direitos e instituições, sem que se ponha em questão a qualidade jurídica e institucional da política, do Estado e do capitalismo. Movimentos liberais apontam para o combate de direitos e garantias sociais, enquanto forças populares e de esquerda atuam em sentido oposto. De outro lado, elementos do conservadorismo ou do reacionarismo político – peculiarmente, quase sempre atreladas a um liberalismo econômico – advogam por aumento da interferência estatal em repressões – ao envolvimento com drogas, a estrangeiros, desviantes, costumes -, enquanto suas contrapartes progressistas perfilham lutas liberais em termos de direitos civis, proteção de minorias etc. Ao se limitar a movimentação política a disputas por vetores e quantidades de direitos ou por modular instituições dentro da sociabilidade capitalista, esta última não é posta na berlinda (MASCARO, 2018, p. 117).

Ou seja: assiste-se a um direcionamento das lutas sociais para a esfera jurídica, para a disputa de direitos, sendo crucial para se melhor compreender esse processo as transformações que atravessaram o Poder Judiciário no neoliberalismo, conforme veremos a partir de agora.

2. O Poder Judiciário e as lutas sociais no neoliberalismo

Sob o ponto de vista da política estatal, e conforme apontamos no tópico anterior, com a crise fiscal e desmonte de políticas públicas há uma

explosão de conflitos sociais que tem como resposta do Estado duas vias principais: o aumento do controle social e fortalecimento do Poder Judiciário. E isso porque no cenário de crise e diante do desmonte das políticas sociais, as respostas estatais às novas demandas sociais passam a se pautar sobretudo na ampliação do aparato legal. Assim, busca-se abarcar o maior número de conflitos por meio da via jurídica, seja por meio da promulgação massiva de textos normativos ou, ainda, pelo uso de novas técnicas legislativas e hermenêuticas – produzindo-se conceitos jurídicos abertos e indeterminados ou, a exemplo do neoconstitucionalismo, priorizando-se os valores e princípios jurídicos constitucionais, por meio dos quais é possível subsumir-se um maior número de casos concretos.

O fato é que, com esse novo direcionamento legal, há uma ampliação tanto das possibilidades de acesso ao Judiciário como um alargamento da esfera de atuação e interpretação legal. Assim, por um lado, aumenta-se o rol de possibilidades de ingresso no Poder Judiciário e, por outro, fomenta-se um campo para a discricionariedade dos magistrados, o que leva tanto à judicialização da política – em que os juízes passam a determinar a execução de políticas públicas garantidas pelo sistema legal e decidir sobre grandes temas da políticas nacional via interpretação legal (inclusive afeitos às lutas sociais) –, como ao ativismo judicial, extrapolando-se a atuação dos magistrados para a política, que avançam em sua competência institucional e passam a legislar.

Esse movimento faz com que a Justiça torne-se no neoliberalismo a grande arena de resolução de conflitos, verificando-se desse modo uma maior incidência de judicialização das lutas sociais, seja por meio de processo de resistência – a exemplo das batalhas travadas pelas ocupações urbanas contra os processos de reintegrações de posse –, de lutas travadas no aparato legal – como a mobilização de coletivos a exemplo da aprovação do casamento homoafetivo no Supremo Tribunal Federal ou a pressão para a legalização do uso da maconha – ou, ainda, via criminalização dos movimentos sociais e demais processos de resistência.

Um outro aspecto desse cenário é que, à medida que os operadores do direito, que não passam pela via eleitoral, passam a reivindicar e exercer papéis de caráter cada vez mais políticos, conforme se avança essa delegação de competências do sistema político para o Judiciário, verifica-se uma crise do próprio sistema representativo, impulsionada pela incapacidade do Executivo e Legislativo em dar respostas à sociedade. No campo das lutas sociais essa crise

de governabilidade vai se refletir na rejeição à lideranças formais por parte dos atores contestatórios e, também, na ascensão de movimentos autonomistas, em que se prioriza formas de organização horizontais em detrimento da figura de dirigentes – expressão também da rejeição às formas organizativas tradicionais do período fordista. Nesse sentido, destaca-se o movimento altermundialista da virada do século ou, então, o "movimento dos indignados", a partir da segunda metade do século XXI[349].

2.1. O sistema de justiça brasileiro enquanto arena de luta e criminalização

Feito esse panorama sobre o sistema de justiça neoliberal, analisaremos agora a relação entre as lutas sociais e o Poder Judiciário nacional, ilustrando-se o processo de criminalização dos movimentos sociais bem como a judicialização de suas demandas, tentando aceder ao fenômeno de coexistência de normas que asseguram determinados direitos pleiteados pelos movimentos sociais, mas que, ao mesmo tempo, regem situações de detenção, determinando inclusive, processos de arbitrariedade.

A criminalização das lutas sociais pode ser vislumbrada quando o arcabouço jurídico opera reprimindo e punindo ora atividades organizadas com propósito reivindicativo ora sujeitos relacionados na organização e participação das mesmas. Assim, muitas vezes, a criminalização é manifestada na violência estatal em confrontos diretos, respaldados por atos do executivo e/ou judiciário, outros em processos judiciais que colocam determinados sujeitos enquanto polo passivo de incumprimentos legais.

Nesse sentido, ganha destaque o sistema penal no quotidiano na vida neoliberal: no contexto brasileiro de acirramento das desigualdades sociais, a busca pelo fim da impunidade é apresentada midiaticamente como a verdadeira possibilidade para a resolução dos problemas nacionais. Naturaliza-se a

[349] El rechazo a los sistemas políticos, a los partidos políticos tradicionales y a las formas convencionales de organizacion política fueron transversales a todas las expresiones de este ciclo global de indignación que, em muchos casos, recuperaron valores y premisas de las acciones y acotorres de los outros patrones aquí mencionados, aunque sin mencionarlos explicitamente. Destaca, em este sentido, la búsqueda por la horizontalidad, la negación de la representatividad y el rechazo a los liderazgos formales (…) (BRINGEL, 2017, p. 34).

promulgação de sentenças, condenações, e a banalização do lema "bandido bom é bandido morto". Aqui, sem grandes esforços, o "bandido" poderia ser substituído por "marginal", ou "militante", compreendendo os sujeitos integrantes dos movimentos sociais. Por outro lado, o setor político brasileiro progressivo, ou mesmo libertário, que coincide com a defesa ideológica da liberdade de expressão e organização dos movimentos sociais, engaja-se diretamente com determinadas pautas políticas e vibra a cada vitória do reconhecimento de direitos pelo Poder Judiciário. Evocamos aqui algumas decisões do Poder Judiciário, mais ou menos afinadas com os valores constitucionais concebidos como "democráticos", que autorizam a expressão de ideologias e atitudes que nem sempre estão afinadas com a normatividade sistêmica.

A atuação do Poder Judiciário em relação a aprovação do casamento homoafetivo em território brasileiro foi um grande exemplo da relação entre a luta do movimento LGBT e de seus apoiadores e da judicialização de demandas. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo e, em 2013, o CNJ, em Resolução nº 175 dispôs sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, aceitando, para a sua anuência, inúmeros argumentos ético-legais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo primeiro, "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.". A decisão fundamentou-se basicamente na dignidade humana como substrato legal para a liberdade de opção individual quanto à orientação sexual e na proibição constitucional a discriminações com base em razão de orientação sexual (FARO & PESSANHA, 2014). Assim, o STF não só realizou um marco histórico na trajetória de seus julgamentos e do constitucionalismo brasileiro como passou a ser ressignificado enquanto espaço de reconhecimento de demandas, tornando-se a arena de luta para coletivos e movimentos sociais.

Um outro exemplo, e impulsionado pelos novos formatos contestatórios, é o da decisão em favor da realização da Marcha da Maconha no Rio de Janeiro em 2009, proferida pelo Juiz do IV Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro:

> Não há crime de apologia quando o que se pretende é discutir uma política pública, seja a de participação popular no poder, seja a de saúde, seja a fundiária, etc. Não importa muito o teor do pensamento, da argumentação que será expressa no locus público. Para a Constituição, o que importa é a

> liberdade de fazê-lo. Pode se tratar de uma causa humanitária ou de assuntos de menor importância: não importa, desde que seja feito com respeito. O Judiciário, nem qualquer outro Poder da República, pode se arrogar a função de censor do que pode ou do que não pode ser discutido numa manifestação social. Quem for contra o que será dito, que faça outra manifestação para dizer que é contra e porquê. (...) O que não podem fazer é tentar impedi-la. Isso sim, seria inconstitucional, atentatório à ordem pública e às liberdades públicas." (Processo nº 2009.001.090247-7, decisão de 14/04/2009).

Outro momento no qual o Poder Judiciário reconhece o direito de manifestação está na liminar concedida na Reclamação 16535, em 2013, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em favor do movimento de professores grevistas. A reclamação foi realizada pelo Sindicato Estadual dos Profissionais da Educação do Rio Janeiro - SEPE/RJ, contestando a decisão do TJ/RJ. Tal liminar acatou os argumentos da Reclamação e determinou que seria inconstitucional o corte do ponto dos professores, ou seja, desconsiderar para fins de cálculo de contraprestação os dias em que os professores foram exercer seu direito de greve.

É interessante apresentamos esse ato decisório por tratar-se da ocasião na qual há primeiramente uma criminalização da luta grevista na instância hierarquicamente inferior, logo, no STF, instância superior, a confirmação do direito a greve, respaldado pelo Mandato de Injunção 708, que trata do direito a greve dos servidores públicos civis. Nesse caso, a judicialização das lutas sociais é revelada como forma de confirmação de direitos já constitucionalmente assegurados – no caso, o direito à greve. Assim, dentro da lógica operativa do Estado de Direito, que concede liberdades constitucionais, convivem a criminalização e o reconhecimento de garantias e direitos.

Entretanto, já em sentido oposto, o Poder Judiciário (TJ/RJ) condenou 23 pessoas por participação nas "Jornadas de Junho" manifestações políticas ocorridas em 2013, momento este em que todo o país foi as ruas, chegando a bloquear rodovias (foi registrada a participação de mais de 1 milhão de pessoas nas ruas no dia 20 de junho daquele ano). Inicialmente motivados pela indignação ao aumento do preço da tarifa do transporte urbano, manifestantes das mais distintas classes sociais passam a engajar-se em manifestações para ocupar ruas e avenidas e protestar, sendo possível compreender que o movimento se desenvolveu sob "a centralidade do protesto como forma de ação e da rua como arena política" (ALMEIDA E NORONHA, 2016).

O Processo de número 0229018-26.2013.8.19.0001 trata da acusação por parte do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a 23 réus ativistas

do movimento "Jornadas de Junho" de diversas condutas previstas no Código Penal Brasileiro, tais como "associação criminosa", "crime de posse de artefato explosivo" e corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal. Foram 23 pessoas relacionadas a um movimento apartidário plural, e enquadrados como organização supostamente criminosa. Segundo os argumentos dos advogados da defesa, muitas provas incriminatórias não respeitaram as normas do processo penal, e foram colhidas sob interceptações telefônicas ilegais, por exemplo. Ademais, cumpre ressaltar que os 23 ativistas ocuparam as ruas conjuntamente a milhares de brasileiros, num período de engajamento político que durou mais de 2 meses.

Segundo Bringel (2017), o ciclo das "Jornadas de Junho", no qual ocorreram tais atos, caracterizam-se como "*protestas de alta intensidad de movilización que desborda a buena parte de los grupos políticos y movimientos sociales organizados previamente y se abre a la sociedad como un todo, coincidiendo con la crisis de un ciclo político más amplio."* Ou seja, um período de rediscussão de modelos democráticos, da democracia colocada em debate, e, por conseguinte, reescrita, ao mesmo tempo em que emerge uma forte rejeição as instituições políticas até então existentes por diversos setores do tecido social. No caso supracitado, o Poder Judiciário apontou que a maior parte dos réus são desrespeitosos com os Poderes Legislativos e Executivos, conforme pode ser observado na seguinte passagem do processo:

> O réu tem uma personalidade distorcida, voltada ao desrespeito aos Poderes constituídos, o que, no tocante ao Executivo, pode ser constatado, por exemplo, pelo enfrentamento aos policiais militares nas passeatas (...) e ao "Ocupa Cabral" (é inacreditável o então Governador deste Estado e sua família terem ficado com o direito de ir e vir restringido). O desrespeito ao Poder Legislativo, por sua vez, pode ser verificado, por exemplo, pelo "Ocupa Câmara"[350].

Observa-se, portanto, que a condenação é vinculada e diretamente justificada a constatação da participação e engajamento político. Portanto, a criminalização de sujeitos que participam de lutas sociais é uma evidencia da democracia convivendo com mecanismos internos que repreendem, podam a participação política e as manifestações populares. Neste sentido, a atuação do Poder Judiciário apresenta-se enquanto reflexo da dinâmica de criminalização de algumas lutas sociais, ao passo que, por outro lado, também reconhece a

[350]http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004D3CBDF616E9B64628784853EBA5DA872C5083D100930.

possibilidade de demandas. Ou seja, por mais que corresponda a um Poder do Estado, passa a ocupar um espaço de grande arena de resoluções de conflitos para os movimentos sociais, já que "entrar na Justiça" tornou-se uma possibilidade para o ingresso de demanda, reforçando o caráter paradoxal da democracia ocidental pós-moderna.

Dessa forma, observa-se tal processo como reflexo das transformações advindas com o neoliberalismo e que atravessaram tanto o sistema judicial como a organização dos sujeitos contestatórios e coletivos antissistêmicos. Compreendemos que a segmentação de pautas caminha junto e conflui ideologicamente ao projeto de judicialização da política, que se expressa no ativismo judicial e na judicialização das lutas sociais. Assim, observa-se que esse movimento de maior acesso no Poder Judiciário enquanto via estratégica de luta social justamente reafirma a própria hegemonia do mesmo para uma conservação do status quo via direitos, que se revela não somente abstrata e incompleta como também contraditória expressão de domínio do capitalismo nas dinâmicas de relações sociais no período neoliberal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico de & NORONHA, Rodolfo. Advogando nas ruas: a advocacia nos protestos urbanos no Rio de Janeiro e em São Paulo (2013–2015). Caderno Eletrônico de Ciências Sociais. Vitória, v. 4, n º 2, pp. 5-28, 2016

BERARDI, Franco. Entrevista: Os transtornos mentais provocados pelas mudanças neoliberais. Tradução Outras Palavras, 2017. Disponível em: https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/02/transtornos-mentais-provocados-neoliberais.html Acesso em: 01.04.20

BRINGEL, Breno. Movimientos sociales y la nueva geopolitica de la indignación global. In. BRINGEL B. & PLEYERS. G. (orgs.) Protesta y indignación global. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Río de Janeiro: FAPERJ, 2017, Livro Digital.

BRINGEL, Breno. "Crisis política y polarización en Brasil: de las protestas de, 2013 al golpe de, 2016.". In. BRINGEL B. & PLEYERS. G. (orgs.) Protesta y indignación global. Protesta e indignación global. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Río de Janeiro: FAPERJ, 2017, Livro Digital. (2017)

BURCKHART, Thiago R. Entre o político e o jurídico: a judicialização dos movimentos sociais e a capacidade de resiliência dos movimentos sócio-ambientais. Revista Eletrônica Direito e Sociedade – REDES. Canoas, v. 5, nº 1, 2017.

CALDAS, Camilo. A teoria da derivação do Estado e do direito. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

CARCANHOLO, Marcelo D. & BARUCO, Grasiela C. C. Pós-modernismo e neoliberalismo: duas facetas ideológico-políticas de uma pretensa nova era. Revista Lutas Sociais, nº 21-22, 2009.

ECHART, 2008. Cad. CRH v.21 n.53 Salvador maio/ago. 2008.

FACHIN & PAGLIARINI. Movimentos sociais na Constituição brasileira de 1988. Revista Direitos Humanos e Democracia. v. 6 n. 12, 2018.

FIORI, José Luis. Os moedeiros falsos. Petrópolis: Vozes, 1997.

KURS, Robert. A esquerda e a dialética sujeito-objeto do fetichismo moderno (entrevista). IHU On-line – Revista do Instituto Humanitas Unisinos, ed. 287, março de 2009. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/2444-robert-kurz-2. Acesso em: 29.11.20

MASCARO, Alysson. Crise e golpe. São Paulo: Boitempo, 2018.

MODONESI, Massimo. Ativistas e/ou militantes. Blog Junho, 10 de agosto de 2016. Disponível em: Acesso em http://blogjunho.com.br/ativistas-eou-militantes/. Acesso em: 03.02.20