

ANAIS DA VI JORNADA DA REDE INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

Volume 1

Orgs.
Ingo Wolfgang Sarlet
Humberto Nogueira
Gina Marcílio Pompeu



A obra coletiva que ora temos a honra e a alegria de apresentar, reúne as contribuições resultantes das pesquisas promovidas pela Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, expostas e debatidas na VI Jornada de Direitos Fundamentais, realizada na Universidade de Fortaleza, Nordeste do Brasil, com a participação de representantes (docentes e discentes de pós-graduação em Direito) de diversas Instituições de Ensino Superior brasileiras e de outros Estados latino-americanos, como é o caso da Argentina, Chile, Colômbia e Peru. Com a realização de mais uma Jornada, a Rede Interamericana de Direitos Fundamentais avança firmemente no seu processo de consolidação, seja no que diz respeito ao cumprimento dos seus objetivos de natureza científica (pesquisas em parceria, produção científica conjunta e integração acadêmica) seja pelo fato de a cada ano agregar, para além do grupo fundador, mais parceiros de outros Países.

As contribuições que integram a presente obra correspondem aos trabalhos submetidos previamente por discentes e docentes das IES envolvidas e apresentadas nos diversos Grupos de Trabalho durante a VII Jornada Interamericana, realizada em Fortaleza, Brasil, no período de 9 a 12 de outubro de 2019, evento organizado pela Universidade de Fortaleza, UNIFOR, tendo contado com a parceria dos Programas de Pós-Graduação em Direito das Universidades brasileiras fundadoras (PUCRS, UNISC, UNIBRASIL, UNOESC, UNIFOR, FDV, PUCPR) e das Universidades PUC/Lima (Peru), TALCA (Chile), EXTERNADO (Colômbia) e Universidad de Buenos Aires (Argentina). O evento contou ainda com o apoio financeiro e institucional da CAPES, FUNCAP, Assembleia Legislativa do estado do Ceará e Prefeitura de Fortaleza.



Editora Fundação Fênix



**Anais da VI Jornada da Rede Interamericana de Direitos
Fundamentais e Democracia – Volume I**

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer

Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim

Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro

Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor

aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,

Mônica Clarissa Hennig Leal – UNISC

Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP

Patryck de Araújo Ayala – UFMT

Paulo Ricardo Schier - Unibrasil

Phillip Gil França - UNIVEL – PR

Teresa Arruda Alvim – PUC-SP

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José María Porras Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

**Anais da VI Jornada da Rede Interamericana de Direitos
Fundamentais e Democracia – Volume I**

(Organizadores)

**Ingo Wolfgang Sarlet
Humberto Nogueira
Gina Marcílio Pompeu**



Porto Alegre, 2020

Direção editorial: Agemir Bavaresco
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
[Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Série Direito – 04

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA, Humberto; POMPEU, Gina Marcílio.
(Orgs).

Anais da VI Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia – Volume I. SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA, Humberto; POMPEU, Gina Marcílio.
(Orgs), Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

696p.

ISBN – 978-65-87424-17-0



<https://doi.org/10.36592/9786587424170>

Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br>

CDD – 340

1. Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Igualdade. 4. Tecnologia. 5. Justiça.
Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	17
PARTE I	
DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS.....	21
1. VULNERABILIDADE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ESTUDO DA INVISIBILIDADE SOCIAL	
<i>Natércia Sampaio Siqueira & Tatiane Campelo da Silva Palhares</i>	23
2. A ARTE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	
<i>Terezinha A. de Albuquerque Gomes & Daiane de Queiroz.....</i>	39
3. ENTRE RETOMADAS E AUTODEMARCAÇÕES – LUTAS INDÍGENAS POR RECURSOS NATURAIS, TERRITÓRIOS E DIREITOS NO BRASIL	
<i>Martha Priscylla Monteiro Joca Martins & Luciana Nogueira Nóbrega</i>	53
4. LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	
<i>Cláudia Taís Siqueira Cagliari & Luiza Eisenhardt Braun</i>	73
5. AVANCES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ECLESIÁSTICO EN PERSPECTIVA LATINOAMERICANA: JURISPRUDENCIA, RELEVANCIA Y DISCIPLINA UNIVERSITARIA EN BRASIL	
<i>Francisco Junior de Oliveira Marques & Monica M. Tassigny.....</i>	85
6. O PLANEJAMENTO DE AÇÕES ESTRATÉGICAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE E PREVENÇÃO À EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM MUNICÍPIOS TURÍSTICOS	
<i>Rafael Bueno da Rosa Moreira & Higor Neves de Freitas</i>	107
7. O DIREITO À MORADIA EM “O CORTIÇO” E SUAS SIMILARIDADES COM AS PERIFERIAS BRASILEIRAS	
<i>Bruna Fernanda Bispo e Santos & Hérika Janaynna B. de M. Macambira Marques</i>	123
8. O CATADOR DE MATERIAIS RECICLÁVEIS E A PARTICIPAÇÃO DAS MINORIAS	
<i>Paulo Ricardo Schier & Edilaine Vieira da Silva.....</i>	135

9. EM DEFESA DE UMA VISÃO CRÍTICA FEMINISTA PARA O TRATADO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS

Juliana Bertholdi 157

10. CIDADANIA AUTISTA: A INADEQUAÇÃO DAS ATUAIS POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer & Iana Soares de Oliveira Penna 173

PARTE II

DIREITOS POLÍTICOS FUNDAMENTAIS E OS DESAFIOS DA DEMOCRACIA..... 193

11. O CARÁTER PERMANENTE DAS COMISSÕES PROVISÓRIAS E O REGIME DEMOCRÁTICO

Raimundo Augusto Fernandes Neto 195

12. A (POSSÍVEL) INCONFORMIDADE DO DECRETO PRESIDENCIAL N.º 9.759/19 À AGENDA 2030 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça & Natallie Alves de Almeida 207

13. RECURSOS PÚBLICOS E COTAS DE GÊNERO REEXAMINADOS

Wagner Zacliffevis 223

14. DESAFIOS PARA UMA TECNODEMOCRACIA SUSTENTÁVEL: O CONTRASSENSO E O CASO DA FRENTES PARLAMENTAR EVANGÉLICA

Marcus Mauricius Holanda & Rogério da Silva e Souza 237

15. A RAZÃO PÚBLICA NO LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS: MECANISMO DE RACIONALIDADE PARA ORIENTAR A TOMADA DE DECISÃO NA ESFERA PÚBLICA

Clayton Gomes de Medeiros 251

16. A QUEM PERTENCE O DIREITO DE SUCESSÃO NO BRASIL?

Ítalo Reis Gonçalves & Martonio Mont'alverne Barreto Lima 265

17. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Manoela Fleck de Paula Pessoa 279

PARTE III

DIREITOS FUNDAMENTAIS E NOVAS TECNOLOGIAS	295
--	------------

18. O HOMEM ENTRE O AVANÇO BIOTECNOLÓGICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

<i>Julie Katlyn Antunes Schramm.....</i>	<i>297</i>
--	------------

19. APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO À IMAGEM NA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

<i>Vanessa Lopes Vasconcelos & Francisco Damázio de Azevedo Segundo</i>	<i>311</i>
---	------------

20. A CONSTRUÇÃO DE UMA REALIDADE FILTRADA PELO USO DE DADOS PESSOAIS NA ERA DIGITAL: AMEAÇA À PRIVACIDADE E AO EQUILÍBRIO DEMOCRÁTICO

<i>Inês Mota Randal Pompeu</i>	<i>329</i>
--------------------------------------	------------

21. A INCLUSÃO DIGITAL COMO NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ATRIBUÍDA AO DIREITO À EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

<i>Camilla Martins Cavalcanti</i>	<i>345</i>
---	------------

22. USING TECHNO-REGULATORY INSTRUMENTS TO PROTECT HUMAN RIGHTS: A CASE STUDY OF THE REGULATION OF NETWORK NEUTRALITY IN BRAZIL

<i>João Araújo Monteiro Neto</i>	<i>361</i>
--	------------

23. O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: A CONSEQUÊNCIA LÓGICA DA SUPERUTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS VIRTUAIS

<i>Fernanda Velo Lopes</i>	<i>377</i>
----------------------------------	------------

24. OLVIDO VS. VERDAD: EL IMPACTO DEL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL EN LA PRESERVACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA SOBRE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS Y ACTOS DE CORRUPCIÓN EN INTERNET

<i>Juan Carlos Díaz Colchado</i>	<i>393</i>
--	------------

25. ¿ES COMPATIBLE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CON LA POLITICAL CORRECTNESS?

<i>Jorge León Vásquez</i>	<i>417</i>
---------------------------------	------------

PARTE IV

DIREITOS SOCIAIS: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS EM FACE DO DESENVOLVIMENTO E DA SUSTENTABILIDADE.....	427
--	-----

26. O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL AO TRABALHO DECENTE: A EXASPERAÇÃO DO DISCURSO REFORMISTA PELO NOVO GOVERNO FEDERAL INSTAURADO A PARTIR DE 2019 NO BRASIL E O CONSEQUENTE DISTANCIAMENTO DO PACTO GLOBAL EM SEU OBJETIVO 8 DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) DA ONU

<i>Rodrigo Teixeira Matos.....</i>	429
------------------------------------	-----

27. CONSERVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE DOS OCEANOS: DEBATE GLOBAL E AÇÃO LOCAL

<i>Fabíola Bezerra de Castro Alves Brasil.....</i>	445
--	-----

28. DESENVOLVIMENTO E A SUSTENTABILIDADE URBANA NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO: ESTUDO COMPARADO FORTALEZA (BRASIL) E MEDELLÍN (COLÔMBIA)

<i>Pedro Cesar da Rocha Neto</i>	461
--	-----

29. OS ACORDOS COOPERATIVOS ENTRE O ESTADO PORTUGUÊS E AS INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL: VERDADEIRA NATUREZA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS?

<i>Patrícia Pinto Alves & Paulo Roberto Meyer Pinheiro</i>	483
--	-----

30. AMÉRICA LATINA E DESENVOLVIMENTO: DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL AO BUEN VIVIR

<i>Marcia Maria dos Santos Souza Fernandes</i>	495
--	-----

31. PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO E MÁ GESTÃO NA ÁREA DA SAÚDE: NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA UMA GESTÃO COM EFETIVOS RESULTADOS SOCIAIS

<i>Caroline Fockink Ritt & Ingo Wolfgang Sarlet</i>	513
---	-----

32. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO DAS FUTURAS GERAÇÕES NO CONTEXTO BRASILEIRO

<i>Renata Albuquerque Lima & Iza Angélica Gomes Cedro</i>	529
---	-----

33. O DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

<i>Saúl Hercán Kritski Báez.....</i>	541
--------------------------------------	-----

34. ACORDOS BRASILEIROS DE COOPERAÇÃO SUL-SUL: INSTRUMENTOS DE AUXÍLIO À EFETIVAÇÃO DOS ODS NA AMÉRICA LATINA	
<i>Andreia Maria Santiago</i>	555
35. ENSINO SUPERIOR PARA O DESENVOLVIMENTO SÓCIOECONÔMICO BRASILEIRO	
<i>Rafaela Dantas de Siqueira & Daiane de Queiroz</i>	573
36. A MÉTRICA DO DESENVOLVIMENTO HUMANO A PARTIR DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO ARTÍSTICA E CULTURAL NO ENSINO JURÍDICO SUPERIOR	
<i>Diana Moreira Gondim & Marília Studart Mendonça Gomes</i>	593
37. O PRINCÍPIO SUSTENTABILIDADE COMO COROLÁRIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI	
<i>Liane Maria Santiago Cavalcante Araújo</i>	611
PARTE V	
DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE	
<i>Direitos Fundamentais, Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade</i>	627
38. ANÁLISE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ÂMBITO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	
<i>Ana Virginia Moreira Gomes & Sarah Linhares Ferreira Gomes</i>	629
39. A INFLUÊNCIA DO DIÁLOGO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS COM A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NACIONAL PÓS INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	
<i>Grégora Beatriz Hoffmann</i>	645
40. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CASO JANAÍNA	
<i>Cyntia Mirella da Costa Farias</i>	661
41. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA POR PROVISÃO JURISDICIONAL	
<i>Davi Everton Vieira de Almeida</i>	679

APRESENTAÇÃO



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-0>

A obra coletiva que ora temos a honra e a alegria de apresentar, reúne as contribuições resultantes das pesquisas promovidas pela Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, expostas e debatidas na VI Jornada de Direitos Fundamentais, realizada na Universidade de Fortaleza, Nordeste do Brasil, com a participação de representantes (docentes e discentes de pós-graduação em Direito) de diversas Instituições de Ensino Superior brasileiras e de outros Estados latino-americanos, como é o caso da Argentina, Chile, Colômbia e Peru.

Com a realização de mais uma Jornada, a Rede Interamericana de Direitos Fundamentais avança firmemente no seu processo de consolidação, seja no que diz respeito ao cumprimento dos seus objetivos de natureza científica (pesquisas em parceria, produção científica conjunta e integração acadêmica) seja pelo fato de a cada ano agregar, para além do grupo fundador, mais parceiros de outros Países.

Apenas para demonstrar o acima exposto, vale lembrar que a primeira Jornada ocorreu no Brasil em 2014, mediante um circuito de eventos realizados em três universidades brasileiras, UNIBRASIL, Curitiba, Paraná, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, e UNOESC, Chapecó, Santa Catarina. A segunda Jornada teve lugar, em 2015, na cidade de Lima, Peru, promovida e organizada pela Pontifícia Universidade Católica. Já o terceiro evento ocorreu em São Paulo, Brasil, em 2016, organizado pelas Universidades 9 de Junho, UNINOVE, da Mackenzie e UNIFIEO, no período de 26 a 28 outubro de 2016. O quarto encontro foi novamente realizado em Lima (PUC), de 10 a 12 de outubro de 2017, ao passo que o quinto se deu no Chile, Santiago, de 16 a 18 de outubro de 2018, capitaneado pela Universidade de TALCA.

As contribuições que integram a presente obra correspondem aos trabalhos submetidos previamente por discentes e docentes das IES envolvidas e apresentadas nos diversos Grupos de Trabalho durante a VII Jornada Interamericana, realizada em Fortaleza, Brasil, no período de 9 a 12 de outubro de 2019, evento organizado pela Universidade de Fortaleza, UNIFOR, tendo contado com a parceria dos Programas de Pós-Graduação em Direito das Universidades brasileiras fundadoras (PUCRS, UNISC,

UNIBRASIL, UNOESC, UNIFOR, FDV, PUCPR) e das Universidades PUC/Lima (Peru), TALCA (Chile), EXTERNADO (Colômbia) e Universidad de Buenos Aires (Argentina). O evento contou ainda com o apoio financeiro e institucional da CAPES, FUNCAP, Assembleia Legislativa do estado do Ceará e Prefeitura de Fortaleza.

O rigor científico, próprio das atividades da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia – REDIDD, resta evidenciado não apenas pela qualidade e prestígio dos seus integrantes (instituições e pesquisadores), mas também pela atualidade e relevância dos temas abordados e sua aderência aos grupos de pesquisas, linhas de pesquisa e áreas de concentração dos Programas de Mestrado e Doutorado de cada uma das instituições que a compõe. Destaca-se, além disso, a perspectiva crítica e interdisciplinar das pesquisas e da produção técnica e bibliográfica, que traduz o propósito de lidar com os diversos problemas e desafios vinculados aos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões, articulando o sistema interamericano com uma metódica comparativa dos modelos jurídico-constitucionais dos Estados que integram a Rede.

Para ilustrar a transversalidade, atualidade e relevância dos temas que constituem o objeto das pesquisas e da produção científica da Rede, que, por sua vez, são discutidos nas sessões plenárias (conferências) e grupos de trabalho (comunicações científicas de discentes e docentes), segue a relação dos eixos temáticos da VI Jornada: 1) direitos fundamentais e proteção de grupos vulneráveis; 2) direitos políticos fundamentais e os desafios da democracia; 3) direitos fundamentais e novas tecnologias; 4) direitos fundamentais sociais, desenvolvimento e sustentabilidade; 5) direitos fundamentais, controle de constitucionalidade e de convencionalidade; 6) liberdades fundamentais e direitos de personalidade; 7) direitos fundamentais dos migrantes; 8) direitos fundamentais, empresas, tributação e orçamento; 9) direitos fundamentais, garantias judiciais, tutela jurisdicional e devido processo

À vista do exposto, é possível verificar que ao longo dos ainda poucos anos de sua existência, o percurso da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia é, a despeito de sua juventude, já significativo do ponto de vista quantitativo e qualitativo, demonstrando sua capacidade de contribuir de modo efetivo para a consolidação de uma cultura e gramática integrada e consistente, do ponto de vista teórico-científico, bem como na formação de quadros humanos críticos e proativos, disposta a e capaz de enfrentar os inúmeros desafios atinentes à efetividade

dos direitos fundamentais e do Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito nas Américas.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
Presidente da REDIDD
Universidade Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Humberto Nogueira
Vice-Presidente da REDIDD
Universidad de Talca

Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu
Coordenadora do PPGD da Universidade de Fortaleza

PARTE I

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS

1. VULNERABILIDADE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ESTUDO DA INVISIBILIDADE SOCIAL

VULNERABILITY OF PEOPLE IN THE STREET: STUDY OF SOCIAL INVISIBILITY



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-1>

Natércia Sampaio Siqueira¹

Tatiane Campelo da Silva Palhares²

Resumo

Este ensaio analisa a vulnerabilidade da condição de pessoas em situação de rua e a invisibilidade social desses agentes. O trabalho objetiva refletir sobre a condição de pessoas em situação de rua a partir do mínimo existencial para o alcance dos direitos fundamentais. A Declaração Universal de Direitos Humanos, por seu turno, estabelece em seu preâmbulo a necessidade de respeito aos direitos do homem e, logo após, destaca a fé nos direitos fundamentais do homem e, ainda, o respeito aos direitos e liberdades fundamentais do homem. O problema da pesquisa corresponde: as pessoas em situação de rua são excluídas dos direitos fundamentais, bem como do mínimo existencial, logo são vulneráveis em face da invisibilidade e exclusão social? As hipóteses aventadas correspondem: Administração Pública corresponde a todo aparelhamento do Estado pré-ordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas; o direito produzido na quadra da história em face das pessoas em situação de rua é desarrazoado para as possíveis formas de equidade social e ainda que a dignidade da pessoa humana precisa ser inserida como fator do mínimo existencial para as pessoas em situação de rua. Destaca-se na pesquisa o método qualitativo, ao qual parte de aspectos subjetivos para demonstrar a ênfase em elementos normativos da justiça. A compreensão das informações é feita de forma global e interrelacionada com fatores variados, privilegiando o contexto e o exame rigoroso do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e (re)interpretado de acordo com as hipóteses estrategicamente estabelecidas.

¹ Professora doutora da Universidade de Fortaleza - UNIFOR E-mail: naterciasiqueira@yahoo.com.br)

² Doutoranda do programa de pós-graduação da Universidade de Fortaleza – UNIFOR E-mail: tatiyanepalhares@hotmail.com.

Palavras-Chave: Pessoas em situação de rua; Vulnerabilidade; Direitos fundamentais; Exclusão social; Direito constitucional.

Abstract

This essay analyzes the vulnerability of homelessness and the social invisibility of these agents. The work aims to reflect on the condition of homeless people from the existential minimum to the achievement of social rights. The Universal Declaration of Human Rights, for its part, establishes in its preamble the need to respect human rights and, shortly thereafter, highlights the faith in fundamental human rights and the respect for fundamental human rights and freedoms. The research problem corresponds: Are homeless people excluded from fundamental rights, as well as from the existential minimum, therefore vulnerable in the face of invisibility and social exclusion? The hypotheses raised correspond to: Public Administration corresponds to all state equipment preordained to perform services, aiming at the satisfaction of collective needs; The right produced in the block of history in the face of homeless people is unreasonable for the possible forms of social equity and yet the dignity of the human person needs to be inserted as a factor of the minimum existential for homeless people. The research highlights the qualitative method, which starts from subjective aspects to demonstrate the emphasis on normative elements of justice. Possible interpretations for the phenomenon studied and (re) interpreted according to the strategically established hypotheses.

Keywords: Street people; Vulnerability; Fundamental rights; Social exclusion; Constitutional right.

1 Introdução

Discorrer sobre o tema referente as pessoas em situação de rua e os direitos fundamentais consiste na reflexão de que é preciso ampliá-los, protegê-los e promovê-los, sempre, na ordem interna, atuando de forma proativa na formulação de políticas públicas que enfrentem o problema da exclusão social, permitindo que todas as pessoas tenham real acesso ao mínimo existencial.

O artigo objetiva refletir sobre o prisma do direito constitucional em face da condição de pessoas em situação de rua para a efetivação do mínimo existencial. A

pesquisa destaca o método qualitativo, ao qual parte de aspectos subjetivos para demonstrar a ênfase em elementos normativos da justiça e sistematizar parâmetros para a reflexão de garantias dos direitos humanos das pessoas em situação de rua. No tocante ao problema da pesquisa que corresponde a seguinte indagação: as pessoas em situação de rua são excluídas do mínimo existencial em face dos direitos fundamentais, logo não possuem as condições mínimas para existência humana?

De toda sorte, o que se verifica é que a insuficiência ou total ausência de direitos fundamentais para as pessoas em situação de rua, decorre do fato da administração pública que usa de forma fragmentada e injustificada os princípios e normas nas tomadas de decisões para a efetivação de políticas públicas. O presente preâmbulo, encerra-se com a seguinte estrutura e desenvolvimento do artigo:

- a) Pessoas em Situação de Rua: análise do plano nacional (Decreto nº 7053/2009). Aborda os direitos da pessoa humana em face das nuances do plano nacional para as pessoas em situação de rua.
- b) Direitos Humanos: olhares sobre a pessoa humana. Reflete sobre a historicidade dos direitos humanos;
- c) Política nacional para as pessoas em situação de rua: contextualizando. Analisa a Política Nacional para as pessoas em situação de rua e suas facetas históricas;
- d) A Constituição brasileira e os direitos fundamentais: análise sob a ordem nacional e internacional. Reflete sobre os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.

Na busca do desenvolvimento deste ensaio, revela-se a importância do entendimento da condição das pessoas em situação de rua, bem como a relação com o termo mendicância. Isso em termos de configuração histórica relaciona-se a um fato determinado que foi o surgimento da propriedade privada, que manteve e mantém constantemente uma camada de excluídos e rejeitados pelo modo de produção, em todas as formações sociais, bem como os inaptos físicos ou psíquicos, as vítimas de guerra e da própria estrutura econômica, os camponeses expulsos ou trabalhadores urbanos desempregados.

2 Pessoas em situação de rua: análise do plano nacional (Decreto nº. 7.053/2009)

A partir da deferência conferida ao contexto internacional para esclarecer as nuances dos Direitos Humanos, faz-se necessário destacar que no contexto nacional, o Decreto nº. 7.053/2009, que “instituiu a Política Nacional para População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento (...)” (BRASIL, 2012a), destacando, ainda, a implementação de forma descentralizada e articulada entre a União e os demais entes federativos para acolhimento das pessoas em situação de rua.

O Decreto nº. 7.053/2009, em seu parágrafo único do art. 1º, define a população em situação de rua como:

[...] grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou com moradia provisória.

A população em situação de rua, portanto, é composta por sujeitos despojados de seus direitos mais básicos. Essas pessoas têm em comum a vida em condições precárias, seja por questões circunstancial, seja por questão permanente. As tentativas de caracterizar esse segmento populacional ainda são incipientes por tratar-se de grupo heterogêneo. Dentre os seus membros há imigrantes, desempregados, egressos dos sistemas prisionais e de hospitais psiquiátricos, entre outras pessoas.

Aferir quantitativamente o contingente populacional que habita às ruas é uma necessidade imediata e desafiadora para órgãos oficiais e não oficiais, uma vez que essa população não integra a base de dados das pesquisas tradicionais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cujo fator norteador é a moradia.

O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome arriscou-se a mensurar nos municípios brasileiros o contingente de “pessoas em situação de rua” e a obter dados qualitativos das condições de vida desse segmento.

A pesquisa censitária amostral nacional pressupôs que os municípios mais populosos e as capitais dos Estados tenderiam a uma maior concentração de pessoas em situação de rua, pois tais logradouros propiciam maiores oportunidades de emprego e sobrevivência das pessoas em situação de vulnerabilidade.

Por meio da aplicação de questionários, foram selecionados 71 municípios (sendo 23 capitais) com população igual ou superior a 300.000 habitantes. O resultado da pesquisa foi: 31.922 pessoas (maiores de 18 anos) em situação de rua no Brasil.

Os dados levantados revelam o perfil populacional (características socioeconômicas e formação escolar); a trajetória de rua (razões de ida à rua, deslocamento, entre outros); o histórico de internação em instituições; o pernoite, vínculos familiares e trabalho; o acesso à alimentação, serviços e cidadania; as discriminações sofridas; a participação em movimentos sociais.

As informações obtidas são importantes para nortear a elaboração de políticas públicas e o planejamento de ações sociais implementadas pela sociedade civil. É premente destacar a necessidade de romper com o paradigma dos programas assistencialistas, paternalistas, autoritários e, por vezes, de “higienização social”, a fim de adotar ações inclusivas com o propósito de reinserção das pessoas em situação de rua na família, trabalho, moradia e saúde, para que o segmento possa ter o direito à cidadania.

Ademais, com as informações obtidas, foi possível refletir sobre o objetivo da Política Nacional para População em Situação de Rua, que destaca os seguintes objetivos:

I - Assegurar o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, esporte, moradia, segurança, cultura, lazer, trabalho e renda;

II - Garantir a formação e capacitação permanente de profissionais e gestores para atuação no desenvolvimento de políticas públicas intersetoriais transversais e intergovernamentais direcionadas as pessoas em situação de rua [...]

Tais objetivos retratam um cenário que busca amenizar ou evitar que as pessoas em situação de rua possam sofrer violências, e, assim ter o alcance dos seus direitos enquanto cidadão. É fato, que a violência marca e restringe as pessoas em situação de rua para um enfretamento diário das mazelas sociais, seja na ausência da concretização dos seus direitos, seja pela vulnerabilidade que se encontram, ou ainda, pela inversão do espaço público em privado (as ruas que se tornam local de moradia).

3 Direitos Humanos: olhares sobre a pessoa humana

Os Direitos Humanos consistem em um conjunto de direitos considerados indispensáveis à concretização da dignidade humana, sendo imprescindíveis para que a vida em sociedade seja pautada na liberdade, igualdade e dignidade. É dizer, direitos humanos são aqueles inerentes a todos os seres humanos, independentemente da raça, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.

Desta feita, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais de sobrevivência. Trata-se de atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo entre outros³.

A expressão Direitos Humanos, tanto no contexto do Direito Internacional quanto no Direito Nacional, apresenta uma utilização variada e intercambiante de expressões. Assim, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 utiliza no seu preâmbulo, os termos “direito do homem” e “direitos essenciais do homem”.

A Carta da Organização das Nações Unidas emprega a expressão “direitos humanos” (preâmbulo e artigo 56), bem como “liberdades fundamentais” (artigo 55, alínea “c”). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia do ano de 2000 (revisada em 2007) utiliza o termo “direitos fundamentais” e a Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais usa o termo “liberdade fundamental”.

Assim, na necessidade de se adotar uma definição concisa entende-se por direitos humanos como sendo um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade.

A dignidade, é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando nesse sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais. Os direitos humanos, por sua vez, asseguram uma vida digna, na qual o indivíduo possui condições adequadas de existência, participando ativamente da vida em comunidade.

³ MORAES, 2010

O desenvolvimento histórico da proteção dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado, pois compreendeu-se, pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se⁴.

Com isso, a afirmação da historicidade dos direitos humanos é marcada por constante renovação, desde a antiguidade aos dias de hoje. Por isso, a abordagem tradicional do conteúdo dos direitos humanos é chamada de “geração de direitos”.

Tal teoria foi lançada em conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos no ano de 1973, classificou os direitos humanos em três gerações, cada uma com características próprias⁵.

A primeira geração engloba os chamados direitos de liberdade, que são direitos às chamadas prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. Por isso, são conhecidos como direitos ou liberdades individuais, que tem como marco as revoluções liberais do século XVIII na Europa e Estados Unidos, que visavam restringir o poder absoluto do monarca, impondo limites à ação estatal. São entre outros, o direito à liberdade, igualdade perante a lei, propriedade, intimidade e segurança, traduzindo o valor da liberdade.

A segunda geração de direitos humanos representa a modificação do papel do Estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal de regras jurídicas. Esse papel ativo, embora necessário para proteger os direitos de primeira geração, era visto anteriormente com desconfiança, por ser considerado uma ameaça aos direitos do indivíduo. Contudo, sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que a inserção formal de liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantia a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de um papel ativo do Estado para realizar o “direito de bem-estar social”.

Nesse momento são reconhecidos os chamados direitos sociais, como direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam prestações positivas do Estado para o seu atendimento e são denominados direitos de igualdade.

Os direitos de segunda geração são frutos das chamadas ações sociais na Europa e Américas, sendo seu marco à Constituição Mexicana de 1917 (que regulou o direito ao trabalho e a previdência social), a Constituição alemã de Weimar de 1919 (que, em

⁴ PARA CANÇADO TRINDADE (1991).

⁵ JURISTA FRANCÊS VASAK (1997).

sua parte II estabeleceu os deveres do Estado na proteção dos direitos sociais) e, no Direito Internacional, o Tratado de Versailles, que criou a Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo direitos dos trabalhadores.

Os direitos de terceira geração, são aqueles de titularidade da comunidade, como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado. São chamados de direitos de solidariedade e são frutos da descoberta do homem vinculado ao planeta terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana.

Uma geração não sucede a outra, mas com ela interage, estando em constante e dinâmica relação. Ademais, a metáfora da sucessão no tempo não é perfeita⁶, havendo até descompasso em face do direito internacional, no qual alguns direitos sociais foram consagrados em convenções internacionais do trabalho⁷.

4 Política Nacional para as Pessoas em Situação de Rua: contextualizando

Atualmente, vive-se um processo extremamente acelerado de urbanização da sociedade, que, impõe novas formas de lidar com o ambiente urbano e com suas implicações. A superação da invisibilidade social por falta de políticas públicas voltadas para o atendimento de demandas individuais e coletivas com a participação de pessoas em situação de rua precisa alcançar efetividade e concretização.

A promoção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais alerta para que se busque sempre a implementação de políticas estruturantes. A responsabilidade do poder público pela elaboração e financiamento de políticas públicas torna-se urgente, e em 2005 com a Lei nº. 11.258 do ano de 2005, que acrescentou o artigo 23 a Lei Orgânica de Assistência Social, promoveu a inclusão da população em situação de rua como público prioritário, e reconheceu as especificidades de quem vive nas ruas.

Com a articulação das políticas públicas federais, estaduais, municipais e do distrito federal, em 25 de outubro de 2006 através do Decreto sem número, o

⁶ CANÇADO TRINDADE (1999).

⁷ PIOVESAN (2017).

Presidente da República instituiu o Grupo de trabalho interministerial - GTI para elaborar a Política Nacional para a População em situação de rua. Esse foi um momento significativo por sua importância histórica pelo fato de trazer para o conjunto dos Ministérios esse tema até então desconhecido da maioria. O GTI foi formado por sete ministérios e teve representantes do Movimento Nacional da População de Rua e da Pastoral Nacional do Povo de Rua.

A integração das políticas públicas em cada nível de governo, entre outubro de 2007 e janeiro de 2008 foi realizado a contagem nacional da população em situação de rua em 71 municípios. Evidenciando-se a importância de conhecer a realidade vivida pela população em situação de rua pouco pesquisada até então.

A integração dos esforços do poder público e da sociedade civil para sua execução, através de consulta pública realizada em janeiro de 2009 foi possível um processo de participação ampliada das especificidades e demandas pertinentes à população em situação de rua de várias cidades do país.

A participação da sociedade civil, por meio de entidades, fóruns e organizações da população em situação de rua, para a elaboração, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas, que ocorreu nos dias 19 e 20 de maio de 2009. Nesse momento foi realizado em Brasília o II Encontro Nacional Sobre População em Situação de Rua, e na ocasião, além de validar a política para as pessoas em situação de rua, foi apresentada a Carta Aberta ao presidente da República pelo Movimento Nacional da População de Rua.

Com isso, destaca-se o incentivo e apoio à organização da população em situação de rua e à sua participação nas diversas instâncias de formulação; controle social, monitoramento e avaliação das políticas públicas, respeito às singularidades de cada território e ao aproveitamento das potencialidades e recursos locais e regionais na elaboração, desenvolvimento, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas; Implantação e ampliação das ações educativas destinadas à superação do preconceito, e de participação dos servidores públicos para melhoria da qualidade e respeito no atendimento deste grupo populacional; e democratização do acesso e fruição dos espaços e serviços públicos, são fatores basilares das diretrizes de ação em prol das pessoas em situação de rua.

5 A Constituição Brasileira e os Direitos Fundamentais: análise sob a ordem nacional e internacional

No tocante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que menciona os termos da “dignidade da pessoa humana” e “direitos humanos”, no artigo 4º, inciso II, CF/88, o título II intitula-se direitos e garantias fundamentais, já o artigo 5º, LXXI adota o termo “direitos e liberdades constitucionais, o artigo 17, CRFB, destaca a expressão “direitos fundamentais da pessoa humana”. Quando trata das cláusulas pétreas, a Constituição ainda faz menção à expressão “direitos e garantias individuais” (artigo 60, parágrafo 4º, CRFB).

Assim, para construir uma sociedade livre, solidaria e justa, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro consagrados no artigo 3º, da Constituição de 1988.

Com o desiderato de demonstrar a evolução histórica dos direitos humanos, evidenciando seus avanços e retrocessos, bem como velando dos ensinamentos lançados pode-se apontar e sistematizar etapas históricas na afirmação dos direitos humanos⁸:

- a) A democracia ateniense e a república romana: basicamente a democracia ateniense consistiu na atribuição ao povo de eleger governantes e tomar diretamente em assembleia as decisões políticas mais importantes. Já a república romana, a limitação do poder político advinha de sistema de controle recíproco de diferentes órgãos políticos;
- b) Idade Média: com a extinção do império romano do ocidente, iniciou-se uma nova civilização, formada pelo amálgama de instituições clássicas, de valores cristãos e costumes germânicos. E dessa reconstrução surgiram os feudos, os estamentos sociais (clero, nobreza e povo) e a concentração abusiva de poder na monarquia e na igreja). Foi justamente contra os abusos dessa reconcentração do poder que surgiram as primeiras manifestações de

⁸ COMPARATO (2013).

rebeldia: na península ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra com a Magna Carta de 1215;

c) O século XVII: durante os dois séculos que sucederam à idade média, a Europa conheceu um extraordinário recrudescimento da concentração de poderes, época em que desenvolveram as monarquias absolutistas. A crise da consciência europeia fez ressurgir na Inglaterra o sentimento de liberdade, alimentado pela memória da resistência a tirania. As devastações pela guerra civil reafirmaram o valor da harmonia social, reavivando-se os perigos representados pelo poder absoluto. No entanto, as liberdades pessoais garantidas pelo *habeas corpus* e pelo *bill of rights* não beneficiavam indistintamente todos os indivíduos, mas somente, e preferencialmente, os dois primeiros estamentos (clero e nobreza). A atuação do Parlamento, por meio das ideias de governo representativo, foi a instituição responsável por limitar, ainda que em pouca medida, o poder monárquico;

d) O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social: a perda da proteção familiar, religiosa e estatal tornou-se muito mais vulnerável às vicissitudes da vida e, especialmente, as mazelas advindas da concentração do capital e a pretensa igualdade de todos perante a lei. Essa isonomia formal rapidamente revelou-se como instrumento de opressão das empresas capitalistas em face da crescente legião de trabalhadores. Diante da brutal pauperização das massas proletárias, viu-se na Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919 instrumentos de plena afirmação dos direitos econômicos e sociais, de sorte resgatar uma intervenção estatal para proteger e promover direitos das classes oprimidas;

e) A primeira fase da internacionalização dos direitos humanos: esta fase teve início na segunda metade do século XIX e findou-se com a 2ª Guerra Mundial, manifestando-se basicamente em três setores: o direito humanitário (tem como marco a Convenção de Genebra de 1864, a partir da qual se fundou a Comissão Internacional da Cruz Vermelha), a luta contra a escravidão (o Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890), estabeleceu as primeiras regras para repressão ao tráfico de escravos) e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado (marcado pela criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919);

f) A evolução dos direitos humanos a partir de 1945: ao cabo da Segunda Guerra Mundial, após incontáveis massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. E no crepúsculo da humanidade, quando as violações de direitos faziam refletir sobre a essência da humanidade, parece ter surgido um pequeno feixe de luz que tentava incansavelmente resgatar a suprema dignidade inerente a cada ser humano. Esse movimento de resgate à dignidade humana foi personificado com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, regida pela Carta das Nações Unidas (1945), e especialmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, ambas de 1948.

Assim, verifica-se que o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos é fruto de longo processo histórico de evolução, um verdadeiro movimento pendular de avanços e retrocessos que constroem e reconstruem direitos humanos. Vale destacar como forma de catalogar tais direitos, alguns documentos normativos internacionais que contribuíram (e contribuem) para a construção dos direitos humanos:

Considerações finais

Não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana, especificadamente das pessoas em situação de rua, é algo possível, porém, ainda, distante da nossa realidade, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente situações em que os direitos dessas pessoas são “espezinhados” e “agredidos”.

Porém, há que reconhecer que o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os entes estatais, daí o fortalecimento de políticas públicas para concretizar circunstâncias da dignidade da pessoa humana.

Não raro, as políticas públicas são utilizadas desvirtualmente como um abre-te-sésamo a permitir desmandos sobre a pessoa humana, por isso, destaca-se que o agente

público não é dono dos bens e interesses públicos, exercendo apenas uma função administrativa delimitada pelo respectivo rol de suas competências funcionais. Não lhe é lícito dispor de bens, interesses ou agir segundo qualquer ordem de conveniência, paixões ou demandas diversas da anunciada pela juridicidade normativa constitucional.

Assim, o Estado, com a percepção de que o “problema” pessoas em situação de rua é um fenômeno social perene, estabelece políticas sociais para administrá-los, mas não cria mecanismos que visem minimizá-los, não obstante as graves e inaceitáveis violações pelas quais passam essas pessoas no seu dia a dia.

É necessário que se adote, paralelamente às medidas de amparo as pessoas em situação de rua, medidas preventivas para a reconstrução de vínculos sociais. Mister uma intensa articulação social, envolvendo governo e sociedade, com o intuito de enfrentamento desse grave problema social com reflexos no ambiente de segurança, mas de forma a dar uma solução e garantir uma vida digna as pessoas em situação de rua.

Para isso, tem-se que a corrente de igualdade de chances ou igualdade de oportunidades. É nesse contexto que se posicionam as normas relativas à educação e à saúde. Imagina-se que uma pessoa saudável e que tenha acesso à educação será capaz de construir sua própria dignidade em uma sociedade capitalista, que consagra a livre iniciativa, independentemente do auxílio da autoridade pública.

Nisso, destaca-se que para inclusão e garantia do mínimo existencial das pessoas em situação de rua torna-se preciso:

- a) Capacitação de estudiosos do direito do Estado (especialmente da força policial) quanto aos direitos humanos, principalmente aqueles concernentes à população em situação de rua, incluindo nos cursos de formação conteúdos sobre o tema;
- b) Fortalecimento da Ouvidoria para receber denúncias de violação de direitos humanos em geral, e especialmente dos direitos das populações de rua;
- c) Responsabilização e combate à impunidade dos crimes e atos de violência que tem essa população como público-alvo, ampliando, assim, a possibilidade de que a rua seja um espaço de maior segurança;

- d) Oferta de assistência jurídica, educação, saúde, habitação e disponibilização de mecanismos de acesso a direitos, incluindo documentos básicos as pessoas em situação de rua, em parceria com órgãos de defesa de direitos.
- e) Promoção da dignidade humana como condição do mínimo existencial para a pessoa humana, especificadamente para as pessoas e situação de rua através da assistência jurídica gratuita
- f) Por fim, uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, para incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça para que seja oportunizado os direitos fundamentais das pessoas em situação de rua.

Não é possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria, com desenvolvimento nacional, se inexistente a identificação das pessoas em situação de rua, para posterior promoção dos direitos providos até mesmo do mínimo existencial assegurado pela condição de pessoa humana.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e direito à justificativa do devido procedimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL. Decreto n. 7053 de 23 de dezembro de 2009. *Institui a Política Nacional para população em situação de rua e seu comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências*. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em julho de 2012a.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de nov de 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “A questão da implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Evolução e Tendências Atuais”. Revista brasileira de estudos políticos, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana. Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul-americano*. Revista de estudos Constitucionais, Hermenêutica e teoria do Direito-RECHTD. V.3, n.2/dez.2012. Disponível <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD>. Acesso em 23 de out. de 2017.

VASAK, Karel. *A 30-year struggle. The sustained efforts to give form to the Universal Declaration of human Rights*. The Unesco Courier, Paris, 1997.

2. A ARTE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

ART AS AN INSTRUMENT FOR THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-2>

Terezinha A. de Albuquerque Gomes¹
Daiane de Queiroz²

Resumo

O presente artigo problematiza em que medida a arte pode ser instrumento para o ensino-aprendizagem de direitos fundamentais. A expressão artística e a educação exercem papéis importantes no processo de socialização do indivíduo e favorecem a integração social, reconhecida como direito básico da criança e do adolescente. Nesse sentido, a busca por um aprendizado mais atrativo e prazeroso para crianças e adolescentes, além da possibilidade de viabilizar um melhor desempenho na vida estudantil dos alunos são as justificativas e motivações desta pesquisa. Frisa-se, ainda, que o ensino-aprendizagem de direitos fundamentais permite iniciá-los em conteúdos ligados ao exercício da cidadania e solidariedade. Em relação à metodologia, além de um estudo descritivo analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e documental, cujos textos foram retirados de plataformas digitais, desenvolveu-se uma pesquisa qualitativa de natureza exploratória. Concluiu-se, dessa forma, a necessidade de um resgate da arte no ensino fundamental e inclusão no ensino médio, como mecanismo para o desenvolvimento de diversas habilidades humanas como a reflexão, a criatividade, a imaginação, a visão crítica e a interação social. As reformas educacionais exigem uma perspectiva de ensino mais integral e conectada com a realidade contemporânea, na qual o estudante deverá estar apto a se adequar a um contexto cada vez mais seletivo.

Palavras-chave: Arte. Direitos Fundamentais. Ensino. Aprendizagem.

¹ Promotora de Justiça do MP/CE, Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – PPGD/UNIFOR.

² Advogada, Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – PPGD/UNIFOR.

Abstract

The present paper discusses the extent to which art can be an instrument for teaching and learning fundamental rights. Artistic expression and education play important roles in the socialization process of the individual and favor social integration, which are recognized as basic rights for children and adolescents. The search for a more attractive and enjoyable way of learning for children and adolescents, besides the possibility of a better performance in the students' life, are the justifications and motivations of this research. It is also emphasized that the teaching-learning of fundamental rights allows them to be initiated in subjects linked to the exercise of citizenship and solidarity. Regarding the methodology, besides a descriptive analytical study developed through bibliographic and documentary research, whose texts were taken from digital platforms, a qualitative, exploratory research was developed. Thus, the need for reinstating art teaching in elementary school and inclusion in high school was concluded, as a mechanism for the development of various human skills such as reflection, creativity, imagination, critical vision and social interaction. Especially because educational reforms require a teaching perspective that is more integral and connected with contemporary reality, in which the student must be able to adapt to an increasingly selective context.

Keywords: Art. Fundamental Rights. Teaching. Learning.

Introdução

A Constituição Federal, no artigo 227, estabelece a cultura e a convivência familiar e comunitária como aspectos inerentes à integração social. Logo, sendo a arte um mecanismo de integração social, não há como desvinculá-la dos meios disponíveis de proteção à criança e ao adolescente, cujos vetores são práticas pedagógicas construtivas, em especial, aquelas que estimulam o revigoramento das relações familiares e comunitárias, conforme princípios norteadores previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90.

Diferentemente dos direitos de defesa (dimensão subjetiva) dos direitos fundamentais, que têm caráter eminentemente negativo, os direitos sociais prestacionais têm caráter eminentemente positivo, no sentido de disponibilizar ao cidadão parcela do bem ou serviço que lhe é concedido pelo ordenamento jurídico.

Logo, estes últimos geram para determinados grupos, a rigor, uma obrigação positiva por parte do Estado que não se confunde com isonomia, como pode-se pensar, mas têm antes de tudo natureza compensatória. É o caso das prestações sociais em estudo, como a integração social, a cultura, a educação, o ensino, dentre outras. Tais direitos dizem respeito a obrigações de avanço, melhoramento, comportamento e ordenação, bem como disposição de meios para seu atingimento e concretização.³

O objetivo da presente pesquisa, portanto, é verificar em que medida a arte pode ser utilizada como instrumento para efetivação do ensino-aprendizagem de direitos e garantias fundamentais; expor como ela pode amenizar as dificuldades enfrentadas por alunos nesse processo, além de mostrar conteúdos ligados à cidadania e à solidariedade social, diretamente vinculados a esses direitos e garantias.

Como a expressão artística e a educação colaboram no desenvolvimento de diversas habilidades humanas, tais como a reflexão, a criatividade, a imaginação, a formação de opinião e a interação social, deduz-se que elas não devem ser desconsideradas como instrumentos de capacitação do indivíduo.

Logo, o presente trabalho expõe a importância do alcance da arte, na vida, e, na formação cidadã. Até porque o assunto é pouco estudado e tratado nos trabalhos acadêmicos, em especial, na área do direito.

Em relação à metodologia de trabalho, propõe-se uma pesquisa bibliográfica e documental, cuja abordagem tem caráter descritivo analítico. Para tal, utilizou-se de artigos das bases EBSCO, Scielo e Vlex, além de livros, revistas e publicações impressas.

Fomentar a título de política pública educacional, o conhecimento e a conscientização de crianças e de adolescentes, acerca da temática de direitos fundamentais, por meio da arte, fortalecerá um processo educativo emancipatório, que possibilita restaurar a aptidão humana de se indignar, de modo a orientá-los para uma formação cidadã, que não se conforme com as realidades postas.⁴

Ainda que se mostre desafiante, na contemporaneidade, a proposta de inserir o assunto, nas escolas de ensino básico, por meio da arte, a educação em direitos fundamentais como importante veículo de promoção da democracia, já encontra

³ Wolfgang Sarlet, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 282.

⁴ De Sousa Santos, Boaventura. *A Gramática do Tempo: Para uma nova cultura política.* 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

difusão, por meio da expressão artística, conforme se verá no decorrer da abordagem realizada.

2 Arte e educação como meios de integração social

A integração social advém naturalmente do desenvolvimento de aptidões relacionadas à capacidade humana de se expressar e se manifestar no mundo.⁵ Para colaborar nessas ações, a criança e o jovem podem receber estímulos que favoreçam a socialização,⁶ uma vez que interação e relacionamentos sociais saudáveis desenvolvem-se por meio de práticas construtivas.

O respeito e a convivência familiar e comunitária, assim entendidos como direito à integração social, estão elencados com idêntico grau de prioridade, no art. 227, da Constituição Federal de 1988. O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90, da mesma forma, assim o faz em seu art. 4º, quando estabelece que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária**.⁷

Frisa-se, por outro lado, que os parâmetros da Base Nacional Comum Curricular (BNCC) adotaram a temática de valorização das artes ao incluir no currículo a obrigatoriedade da disciplina de arte, como competência específica da área das linguagens, conforme fluxograma, exposto na Figura 1.

⁵ Na visão aristotélica grega de homem pleno.

⁶ Campos, Carolina. “Arte e vida: integração social - direito das crianças à educação e expressão artísticas”, em *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v.13, n. 1, 2008, Fortaleza, Universidade de Fortaleza, pp. 65-74.

⁷ Brasil. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2019, grifo nosso.

Figura 1 - Fluxograma da Base Nacional Curricular⁸

Consoante definido na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB, Lei nº 9.394/1996), a base apresentada na Figura 1 deve orientar os currículos dos sistemas e redes de ensino das Unidades Federativas, como também as propostas pedagógicas de todas as escolas públicas e privadas de Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio, em todo o Brasil.

A base estabelece conhecimentos, competências e habilidades que se espera que todos os estudantes desenvolvam ao longo da escolaridade básica. Orientada pelos princípios éticos, políticos e estéticos traçados pelas Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Básica, a base soma-se aos propósitos que direcionam a educação brasileira para a formação humana integral e para a construção de uma sociedade justa, democrática e inclusiva.⁹

⁸ Brasil. Governo Federal. Ministério da Educação. *Base Nacional Comum*. Disponível em: <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁹ Id. *Educação é a Base*. Disponível em: <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

A arte como processo de socialização

A arte tem função precípua no processo de socialização do indivíduo. Embora transcorridos milhares de anos desde a era primitiva, as crianças e jovens repetem, em casa ou na rua, por meio de gravuras e desenhos, a criação de imagens que imitam a experiência pré-histórica.¹⁰

Por retratar emoções, não seria a arte mecanismo propício para auxiliar no aprofundamento de questões e temas fundamentais para o desenvolvimento humano e profissional? Para aprofundar a questão em relação a crianças e adolescentes, é preciso frisar o papel da arte como mecanismo socializador, conforme explicita Rúbio, pois esta permite o contato com a diversidade; o estímulo à ilusão e ao ato de conceber histórias, fábulas; a elaboração de sugestões, proposições educacionais e entendimentos de temas correlatos; bem como a compreensão e apreensão de princípios humanos e solidários.

Em relação aos adolescentes, Campos enfatiza o papel da arte decorrente da exteriorização daquilo que foi absorvido de bom ou ruim do mundo¹¹. Como experiência disso, têm-se as oficinas de arte e vida da Fundação “Art and Life”, desenvolvidas em vários países subdesenvolvidos, inclusive, no Brasil. Na cidade de Fortaleza, capital do Ceará, foi desenvolvida a experiência, inicialmente, no bairro Bom Jardim, onde observou-se um exemplo dessa tentativa.¹²

Sob essa perspectiva, de cessar com a dualidade entre educação dirigida aos mais beneficiados socialmente e aos menos agraciados, a reforma educacional brasileira adotou o currículo integrado.¹³ Isso com o objetivo de buscar formar o indivíduo, em sua totalidade, ou seja, sem menosprezar, por exemplo, aspectos culturais, políticos e técnico-científicos.

¹⁰ Paganucci Rubio, Claudete. “Arte-educação”, em *Nucleus*, v. 1, n. 1, out./abr. 2003, Ituverava, SP, Fundação Educacional de Ituverava, pp. 65-85.

¹¹ Campos, Carolina. “Arte e vida: integração social - direito das crianças à educação e expressão artísticas”, em *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v.13, n. 1, 2008, Fortaleza, Universidade de Fortaleza, pp. 65-74.

¹² Foram ministradas oficinas de arte para cem crianças, sendo que estas aulas práticas serviram de estágio para dez monitores, também moradores da mesma comunidade, durante agosto de 2007. As obras resultantes ficaram expostas na Sala de Exposições do Centro Cultural do Bom Jardim por todo o mês de setembro.

¹³ A compreensão de currículo integrado é aqui empregada como proposta educacional de conhecimento universal para todos, de modo a reunir não somente a formação escolar e profissional, mas também conhecimento e significação do mundo e da realidade, de modo dialético.

Assim, para que a gestão das políticas públicas torne-se instrumento de promoção dos direitos e garantias fundamentais, é imprescindível que os gestores e demais atores envolvidos ajam de maneira atenta as diferentes necessidades sociais, de forma que se atenda com efetividade às demandas de toda a sociedade e não apenas de parcela dela.¹⁴

O ensino e a aprendizagem como manifestação artística

Antes de saber se o ensino e a aprendizagem podem ser objetos de uma manifestação artística, tem-se que verificar a presença dos elementos que caracterizam uma expressão de arte.¹⁵ Logo, se o ensino e a aprendizagem forem considerados como elementos culturais, na medida em que são também produtos de uma percepção particular do professor e do aluno acerca de um conteúdo científico, não há que se ter dúvida quanto à presença dessa primeira característica.

Essa compreensão decorre, atualmente, de um referencial pedagógico sistêmico, não mais vinculado a doutrinas tradicionais ou críticas, de luta de classes, nem de desigualdades sociais, mas por características de identificação pessoal, que discriminam os indivíduos por dimensão de poder, linguagem e cultura, numa visão pós-crítica.¹⁶ É preciso ainda, no seguimento aos ensinamentos de Xerez, fundamentar coerentemente e de forma lógica o paralelo ora levantado, o que se faz concluir que é preciso observar e refletir acerca do assunto, para somente em seguida partir para o melhor percurso a ser seguido nesse itinerário.

A instigação para que se produza uma ligação entre os diferentes conhecimentos, de forma que a interação entre eles produza saberes, desenvolvendo habilidades e capacidades, é decorrente hoje, no Brasil, de regulamentação por legislação federal, pela Lei de Diretrizes Básicas da Educação - Lei 9.394/96.

¹⁴ Viana Custódio, André; Francisco de Souza, Ismael. “*Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente: uma perspectiva a partir do poder local*”, em *Revista RIOS ELETRÔNICA*, v. 2, n. 19, 2018, Paulo Afonso BA, Faculdade Sete de Setembro, pp. 172-186.

¹⁵ Marcílio Xerez, Rafael. *Dimensões da Concretização dos Direitos Fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*. 2012. 281 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p.243.

¹⁶ Cristina Pansera de Araújo, Maria; Hames, Clarinês; Basso Zanon, Lenir (Orgs.). *Curriculum Integrado, educação e trabalho saberes e fazerem em interlocução*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016. p.20.

A pedagogia das competências colabora, nessa perspectiva, na tentativa de direcionar o aprendizado para o estímulo à solução de problemas.¹⁷ Portanto, a arte não pode ser excluída como expressão da vida no processo de ensino-aprendizagem.

3 Direitos e garantias fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais são entendidos como aqueles direitos positivados, nas respectivas cartas constitucionais, em razão da consolidação histórica dos princípios da liberdade, igualdade e da dignidade humana.¹⁸ Referidos direitos possuem dupla dimensão. A primeira de natureza subjetiva, que diz respeito ao exercício desses direitos perante o Estado, de modo a impedir a influência arbitrária deste na órbita individual do cidadão, e outra, de natureza objetiva, relacionada ao dever estatal de proteção e garantia deles, de forma ampla para todos os membros da coletividade.¹⁹

É comum os estudiosos do direito reportarem-se, nas doutrinas especializadas, ao termo “dimensões” de direitos fundamentais, quando, na verdade, estão fazendo alusão aos “fundamentos” desses direitos, ou seja, às teorias jusnaturalistas, juspositivistas, axiológicas, dentre outras, que tentam explicar o reconhecimento de tais direitos. Por outro lado, tem-se que o emprego da expressão “dimensões”, ao invés de “gerações”, busca retirar a impressão equivocada de sucessividade ou troca, já que o reconhecimento de uma nova dimensão não significa de forma alguma a substituição ou superação da anterior.²⁰

Contudo, foi o processo de abstração da influência religiosa, filosófica do direito natural, defendido pelas teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII, que respaldou o reconhecimento desses direitos e garantias, cujo auge ocorreu durante o período iluminista. Frisa-se que, inicialmente, direcionados a uma classe social privilegiada, eles tiveram como marco a Carta Magna de 1215, que concedeu aos nobres ingleses alguns direitos que serviram de parâmetro para as sucessivas garantias e

¹⁷ Ibid., p. 25.

¹⁸ Wolfgang Sarlet, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p.36.

¹⁹ Moraes, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional.* 14a ed. São Paulo: Atlas Editora, 2004. p.60.

²⁰ Augusto dos Santos Nascimento, Felipe. *Direitos Fundamentais e sua Dimensão Objetiva.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. p.30.

liberdades alcançadas pela população, tais como habeas corpus, devido processo legal, propriedade, dentre outras.²¹

Os direitos econômicos, sociais e culturais

Desde o processo de redemocratização, no período pós-guerra, a maioria dos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, adotou uma forma de Estado baseado no *Welfare state* e passou a privilegiar políticas protecionistas voltadas para a consagração de direitos de caráter coletivo. Uma das motivações desse processo, baseado em iniciativas voltadas para a implementação da paz, da democracia e da justiça social, foi a mudança do pensamento jurídico no período que correspondeu ao fim das duas grandes guerras mundiais.

Como ciência, o direito permitiu o estabelecimento de uma organização política mundial favorável ao capitalismo, na medida em que não mais se firmou em paradigmas filosóficos dos séculos XVIII e XIX, mas construiu outros, com auxílio da filosofia e sociologia, para subsidiar as propostas de limitações pertinentes à intervenção dos Estados nas respectivas economias; ao comando da concorrência interna e externa dos países; na dimensão do controle das exigências laborais, dentre outras medidas de caráter político e econômico.²²

O reconhecimento do indivíduo como alvo de direitos coletivos (direito à paz, à qualidade de vida, à cultura, à integração social, ao bem-estar social, à saúde, dentre outros), portanto, levou à positivação de direitos sociais e políticos, em contraposição ao Estado Liberal, que serviu de base para a consagração de direitos fundamentais de primeira geração, fundamentados no princípio da liberdade,²³ em especial, nos países em desenvolvimento.

Mas, apenas na década de 1980, com a pressão dos movimentos sociais, adota-se, no texto constitucional brasileiro, a definição de Estado democrático, fundamentado na cidadania e na dignidade da pessoa humana. Nos dias de hoje,

²¹ Wolfgang Sarlet, op. cit., p. 39 e 41.

²² Nalini, José Renato; Carlini, Angélica. *Direitos humanos e formação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 246.

²³ Garcia, Marcos Leite. *Novos Direitos Fundamentais, Transnacionalidade e Unasul: desafios para o século XXI*. In: CADERMATORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; et all, organizadores. *A Construção Jurídica da Unasul*. Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux, 2011, p. 141-183.

entretanto, conforme destaca Bobbio,²⁴ a maior dificuldade em relação aos direitos do homem não é mais demonstrar seu fundamento, mas efetivá-los.

Posteriormente, por expressa previsão nas respectivas constituições, os direitos sociais além de fundamentais, foram agregados ao direito internacional dos direitos humanos. No entanto, não foram mais nomeados unicamente coletivos, mas individuais de expressão coletiva, com base na doutrina especializada, pois ainda subsistem tentativas de restringir seus reclames às demandas de caráter metaindividual.²⁵ Com aquela nomenclatura, Sarlet pretende, portanto, evitar equívocos pertinentes ao contexto da incorrência reservada unicamente ao caráter coletivo do direito, no que diz respeito à sua natureza e ao seu objeto.

A eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional

Os direitos sociais, econômicos e culturais são alvos de controvérsias relacionadas à aplicabilidade, à eficácia e à efetividade. Os principais questionamentos dizem respeito aos efeitos jurídicos, à imediaticidade da sua concretização, ao seu caráter prestacional e ao momento em que podem ser exigidos pelos destinatários.²⁶ Pode-se justificá-las com base na premissa de Friedrich Müller²⁷ de que a interpretação da norma jurídica não pode estar desvinculada da realidade, na medida que exige uma base racional, que a fundamente, além do plano semântico ou linguístico.²⁸

No que pertine à primeira indagação já formulada, tem-se que elas possuem capacidade, como as demais normas de direito fundamental, de gerar efeitos no mundo jurídico. Entretanto, é necessário proceder a uma distinção em relação aos direitos sociais prestacionais e aos direitos de defesa, sem esquecer que aqueles detêm, por vezes, uma característica programática,²⁹ que também podem gerar distinções de tratamento na prática forense.

²⁴ Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. 13 ed. Rio de Janeiro: Campus Editora. 1990, p. 25.

²⁵ Wolfgang Sarlet, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 216.

²⁶ Ibid., p. 280.

²⁷ Trata-se de jurista alemão pós-positivista que desenvolveu a teoria e metódica estruturantes do direito.

²⁸ Augusto dos Santos Nascimento, Felipe. *Direitos Fundamentais e sua Dimensão Objetiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. p. 91.

²⁹ Wolfgang Sarlet, Ingo. op. cit., p. 281.

Contudo, os efeitos dos direitos fundamentais ainda são melhores explicados quando se toma por base o conceito semântico de norma, não vinculada a diminuição deste ao aspecto de valores, pois o substrato normativo para a extensão objetiva daqueles direitos é o que os fundamenta.³⁰

O art. 58 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação - Lei 9394/96 estabelece a garantia, no processo educacional, do respeito aos valores culturais, artísticos e do ambiente social da criança e do adolescente. Isso significa uma liberdade de criação, sem caráter catedrático impositivo nem conservador, de maneira que o acesso às fontes de cultura, que servirão de base para o aprendizado, conte com auxílio de instrutores e professores preparados, por meio de um horizonte humanista, e vislumbre a pluralidade de mecanismos que outros segmentos se utilizam para solucionar seus desafios.³¹

4 Concretização do direito fundamental à educação por meio da arte

A eficiência das normas de direito fundamental depende de uma manifestação artística, na medida que exige um ato expressivo do agente criador. Por esse motivo, inseriu-se o ensino e a aprendizagem como expressões artísticas, que concretizam o direito à educação, em sentido amplo.

No entanto, é importante ressaltar que o direito, como ciência, apresenta-se de três formas relacionado com a arte. Segundo Xerez,³² a primeira, quando o direito é representado por expressões artísticas em peças teatrais, no cinema, em monumentos, dentre outras possibilidades;³³ a segunda, no caso, do direito ao desenvolvimento da expressão artística, como ato de expressão necessário ao pleno desenvolvimento do homem; e por último, no que diz respeito à leitura e à compreensão da norma como expressão de arte, por meio de concepções valorativas, uma vez que devidamente fundamentada, a decisão ganha argumentação racional capaz de permitir e justificar a

³⁰ Ibid., p. 107.

³¹ Campos, Carolina. “Arte e vida: integração social - direito das crianças à educação e expressão artísticas”, em Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, v.13, n. 1, 2008, Fortaleza, Universidade de Fortaleza, pp. 65-74.

³² Marcílio Xerez, Rafael. *Dimensões da Concretização dos Direitos Fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte.* 2012. 281 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p.216.

³³ Música, literatura, artes visuais, dentre outras.

adoção de determinados entendimentos em detrimento de outros possíveis, por parte do destinatário ou construtor da norma.³⁴

Imprescindível também registrar, nesse estudo, a distinção entre direitos de defesa, que exigem uma abstenção do Estado para com o particular, e prestacionais,³⁵ uma vez que estes últimos geram para determinados grupos, a rigor, uma obrigação positiva por parte do Estado que não se confunde com isonomia, pois têm antes de tudo natureza compensatória. É o caso das prestações sociais em sentido estrito, como saúde, educação, ensino, dentre outras. Esses dizem respeito a obrigações de avanço, melhoramento, comportamento e ordenação, bem como disposição de meios para seu atingimento e concretização.³⁶

Virgílio Afonso da Silva³⁷ ressalta a natureza econômica dos direitos sociais prestacionais. Mas, em que pese opinião de que se pode restringir tais direitos, em razão da insuficiência de recursos públicos para tanto, a questão é controversa, pois, a rigor, devem existir previsões orçamentárias com vistas a suprir esse intento. Por outro lado, Sarlet levanta a questão se tais direitos não estariam mais próximos de direitos subjetivos, que exigem a aplicação do princípio da isonomia, no sentido de idêntico acesso a prestações, do que direitos fundamentais sociais propriamente ditos.³⁸

Para alcançar esse desiderato, além da capacitação de educadores em temáticas de arte relacionadas aos temas de direitos humanos, democracia e solidariedade social, sugere-se a propagação permanente, na escola, desses eventos artísticos, tais como cinema, teatro e música, como instrumento de incentivo ao acesso concreto e efetivo daqueles direitos.

Considerações finais

Foi possível concluir, por esse trabalho, que a arte e a educação são mecanismos de integração social resguardados em diversos diplomas normativos nacionais e internacionais. Da mesma forma, tanto o ensino quanto a aprendizagem, bens

³⁴ Marcílio Xerez, Rafael. *op. cit.*, p. 246.

³⁵ São aqueles que realizam e garantem pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades.

³⁶ Wolfgang Sarlet, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 283.

³⁷ Afonso da Silva, Virgílio. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 583.

³⁸ Wolfgang Sarlet, Ingo. *op. cit.*, p. 305.

imateriais que advém da cultura, precisam ser permanentemente estimulados e incentivados.

Verificou-se, portanto, que o direito não está distante da arte, tanto que a transversalidade pode proteger a diversidade de culturas e opções ideológicas ainda existentes na contemporaneidade. Acredita-se, por outro lado, que muitos direcionamentos precisam ser revistos, contudo, reafirma-se que o objetivo principal dessas tentativas, mais do que garantir o acesso ao conhecimento, à cultura e à arte, é a efetivação desses direitos e garantias fundamentais.

Embora as dificuldades sejam globais, os caminhos a serem percorridos não precisam ser semelhantes ou idênticos, mas sim adequados a cada realidade, seja do país, da região, do município, ou do estado-membro, diante das propostas a serem redefinidas ou rediscutidas.

Sugere-se, assim, uma prática pedagógica comprometida com a formação do indivíduo de maneira ampla com inclusão, por meio da arte, de temas relativos à democracia, aos direitos fundamentais, solidariedade social e a promoção de uma cultura de paz e não violência. Portanto, a arte é inserida como mecanismo de concretização do direito à educação e à integração social.

Referências

Afonso da Silva, Virgílio. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Augusto dos Santos Nascimento, Felipe. *Direitos Fundamentais e sua Dimensão Objetiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.

Brasil. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

Brasil. Ministério da Educação. *Base Nacional Comum*. Disponível em: <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

Brasil. Ministério da Educação. *Educação é a Base*. Disponível em: <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. 13 ed. Rio de Janeiro: Campus Editora. 1990.

Campos, Carolina. “*Arte e vida: integração social - direito das crianças à educação e expressão artísticas*”, em *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v.13, n. 1, 2008, Fortaleza, Universidade de Fortaleza, pp. 65-74.

Cristina Pansera de Araújo, Maria; Hames, Clarinês; Basso Zanon, Lenir (Orgs.). *Currículo Integrado, educação e trabalho saberes e fazeres em interlocução*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016.

De Sousa Santos, Boaventura. *A Gramática do Tempo: Para uma nova cultura política*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

GARCIA, Marcos Leite. *Novos Direitos Fundamentais, Transnacionalidade e Unasul: desafios para o século XXI*. In: CADERMATORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; et all, organizadores. *A Construção Jurídica da Unasul*. Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux, 2011.

Marcílio Xerez, Rafael. *Dimensões da Concretização dos Direitos Fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*. 2012. 281 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

Moraes, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 14a ed. São Paulo: Atlas Editora, 2004.

Nalini, José Renato; Carlini, Angélica. *Direitos humanos e formação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Paganucci Rubio, Claudete. “*Arte-educação*”, em *Nucleus*, v. 1, n. 1, out./abr. 2003, Ituverava, SP, Fundação Educacional de Ituverava, pp. 65-85.

Viana Custódio, André; Francisco de Souza, Ismael. “*Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente: uma perspectiva a partir do poder local*”, em *Revista RIOS ELETRÔNICA*, v. 2, n. 19, 2018, Paulo Afonso BA, Faculdade Sete de Setembro, pp. 172-186.

Wolfgang Sarlet, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

3. ENTRE RETOMADAS E AUTODEMARCAÇÕES – LUTAS INDÍGENAS POR RECURSOS NATURAIS, TERRITÓRIOS E DIREITOS NO BRASIL

*BETWEEN “RETOMADAS” AND “AUTO-DEMARCATIONS” - INDIGENOUS
STRUGGLES FOR NATURAL RESOURCES, TERRITORIES AND RIGHTS IN
BRAZIL*



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-3>

*Martha Priscylla Monteiro Joca Martins¹
Luciana Nogueira Nóbrega²*

Resumo

No Brasil, povos indígenas vêm ocupando terras (ato que denominam de *retomadas*) e/ou realizando por si mesmos a demarcação de seus territórios tradicionais (*autodemarcações*). Tais práticas remontam a década de 1980, e vem se intensificando em um cenário de violações de direitos e de ações realizadas pelo Estado brasileiro que põem em risco modos de existência indígenas e ameaçam a proteção de seus territórios. Assim, esta pesquisa objetivou investigar como essas práticas, consideradas estratégias políticas de luta por direitos, podem ser interpretadas diante do direito estatal. Para tanto, fizemos uma pesquisa documental e empírica. Realizamos observação participante e entrevistas junto a uma comunidade indígena do Povo Tapeba, e analisamos documentos publicados por povos indígenas que realizaram uma dessas práticas ou ambas, especialmente os povos indígenas Tapeba (do Ceará) e Munduruku (do Pará). Os resultados indicam que as retomadas e autodemarcações são estratégias político-jurídicas de luta por direitos, podendo ser juridicamente defensáveis, a partir de perspectivas insurgentes, críticas e interculturais do Direito. De fato, o tema engloba questões ainda mais complexas, que passam pela discussão sobre a autonomia e a auto-determinação desses povos frente

¹ Doutoranda em Direito na Universidade de Montreal. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará.

² Doutoranda em Sociologia pela Universidade Estadual do Ceará. Indigenista especializada da Fundação Nacional do Índio (Funai) – Brasil. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará.

aos estados nacionais, e pela reflexão sobre quem determina e como devem ser exercidos os direitos territoriais indígenas.

Palavras-chave: autodemarcações; retomadas; direitos territoriais indígenas; Estado

Abstract

In Brazil, Indigenous peoples have occupied lands (an act they call "retomadas") and/or have demarcated by themselves their traditional territories ("autodemarcações"). Those practices date back to the 1980s and have intensified in a scenario of backlash against Indigenous rights. Besides, many rights violations carried out by the Brazilian State has endangered Indigenous ways of existence and threaten the protection of their territories. Thus, this research aimed to investigate how those practices, which are considered as political strategies of the struggle for rights, can be interpreted in the face of the state law. To do so, we did a documentary and empirical research. We did participant observation in an Indigenous community of the Tapeba Indigenous People, conducted interviews with Indigenous leaders from the Tapeba Indigenous People, as well as we analyzed documents published by Indigenous peoples who have carried out one or both of those practices, especially the Indigenous Peoples Tapeba (from Ceará) and Munduruku (from Pará). The results indicate that "retomadas" and "auto-demarcações" are legal-political strategies and ways to struggle for rights, and can be recognized by law, starting from the insurgent, critical and intercultural perspectives of the Law. In fact, the theme encompasses even more complex issues. It involves debates on the autonomy and self-determination of these peoples vis-à-vis the national states. Also, it comprises the legal-political reflection on who determines the right to the territory of Indigenous Peoples, and how Indigenous territorial rights should be recognized and enforced.

Key-words: Indigenous Peoples – Territorial Rights – National States – “retomadas” – “autodemarcações”

Introdução: sobre retomadas e autodemarcações

No Brasil, vivem aproximadamente 900.000 indígenas (em media 0,5% da

população brasileira) e 305 etnias, que falam português e/ou mais de 274 línguas³. Essa população está em processo de crescimento demográfico e, em sua maioria, vive em Terras Indígenas (TIs)⁴, as quais são áreas demarcadas de usufruto coletivo e exclusivo de povos indígenas.

A maior concentração de terras indígenas regularizadas se encontra no norte do Brasil, coincidindo com a região denominada de Amazônia Legal. No Brasil, atualmente, há 562 TIs regularizadas e 127 terras indígenas estão em processo de regularização fundiária⁵, sendo que parte das terras indígenas regularizadas ainda não se encontra na posse plena dos povos indígenas, ou seja, ainda não foi efetivada a retirada dos não índios da TI.

A principal reivindicação dos povos indígenas tem sido em torno de seus direitos territoriais, os quais podem ser compreendidos como os direitos às terras tradicionalmente ocupadas essenciais à sua sobrevivência física e cultural, ao acesso, uso e gestão de recursos naturais presentes em seus territórios, assim como o direito a serem consultados de modo livre, prévio e informado sobre atos que possam afetar a permanência em e a gestão de seus territórios.

Malgrado a importância, o direito a terem suas terras reconhecidas, demarcadas e protegidas tem sido constantemente violado. Os processos de demarcação demoram anos para ser concluídos, afetando de várias maneiras sua sobrevivência como um povo. Como exemplo, cita-se o Povo Xukuru, que aguarda a demarcação de suas terras há mais de duas décadas, cujo caso foi, recentemente, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O cenário previamente existente de ameaça aos direitos socioambientais indígenas (incluindo os territoriais) tem se agravado ainda mais. As centenas de propostas legislativas consideradas anti-indígenas que vêm tramitando no Congresso Nacional, as recentes manifestações do Executivo Federal, no sentido de impedir o reconhecimento das terras indígenas, e as interpretações judiciais que restringem os

³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Caderno Temático:** Populações Indígenas. IBGE, 2016. Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/340857515/Atlas-Nacional-Digital-Ibge-Caderno-Tematico-Indigenas-Atualizacao-2016>> Acesso em 10 de abr. 2017.

⁴ Ibid.

⁵ FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Fases do Processo Administrativo. Disponível em <<http://www.FUNAI.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>> Acesso em 10 de abr. 2017.

direitos desses povos⁶ encontram hoje um momento político-econômico ainda mais desfavorável às pautas indígenas⁷. Assim, os Povos Indígenas, organizados nacionalmente, tem realizado ações reivindicativas e de resistência.

Dentre essas ações, citam-se as retomadas e as autodemarcações. Enquanto as retomadas são ocupações de parcelas das terras reconhecidas pelos indígenas como áreas tradicionais e que estão em posse de terceiros, as autodemarcações são estabelecimentos de limites fronteiriços do território, englobando-o em sua totalidade, realizadas a partir do auto-organização indígena. As autodemarcações podem contar (ou não) com retomadas de terras. As duas ações são estratégias de luta por direitos territoriais, e são consideradas pelos povos que as praticam como legítimas na luta pela garantia e defesa de seus territórios. Lideranças indígenas no Ceará dizem que:

Quando nós vamos fazer uma ocupação dentro de uma área nós pegamos o nome de ‘retomadas’, porque a gente utiliza o nome de retomadas, porque de fato nós vamos retomar uma área que anteriormente esteve em nossa posse e que por questões políticas, de massacre, de expulsão de indígenas, nós perdemos essa posse e nós hoje nos vemos em condições de ocupação, vamos lá e ocupamos.⁸

As retomadas e autodemarcações ocorrem em contextos de longa demora em processos de demarcação oficial e, por vezes, coincidem como atos de resistências a ameaças territoriais e socioambientais iminentes, como será relatado mais abaixo no caso do Povo Munduruku. Essas práticas não são recentes, Lino Neves indica que:

A primeira iniciativa de “auto-demarcação” foi realizada em 1983-1984 (...) próximo à fronteira entre o Estado do Acre e o Peru, pelos índios Kulina e Kaxinawá que começaram a abrir picadas na mata com a finalidade de assinalar linhas limítrofes de suas áreas de ocupação com o propósito de defender as suas terras contra a invasão dos brancos e de indicar para o Estado brasileiro a insatisfação contra a falta de iniciativas oficiais de demarcação.⁹

⁶ Nesse sentido, ver NÓBREGA, Luciana Nogueira. “**Anna Pata, Anna Yan – Nossa terra, Nossa Mãe**”: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Mestrado em Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2011.

⁷ A carta convocatória da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) para o Acampamento Terra Livre 2017, uma mobilização nacional indígena que ocorre todo ano em Brasília, traz elementos, a partir do olhar indígena, que auxiliam na melhor compreensão desse contexto. Para acessa a carta, ir em: <<https://mobilizacaonacionalindigena.wordpress.com/2017/03/20/convocatoria-acampamento-terra-livre-2017/>> Acesso em 10 de abr. 2017.

⁸ MARTINS, Martha Priscylla M. J. **Direito(s) e(m) Movimento(s)**: Assessoria Jurídica Popular a Movimentos Populares Organizados em torno do Direito à Terra e ao Território em Meio Rural no Ceará. Mestrado em Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2011, p. 97.

⁹ NEVES, Lino João de Oliveira. **Volta ao Começo**: Demarcação Emancipatória de Terras Indígenas no Brasil. Tese. Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012, p. 571.

Rocha dialoga com o dado apresentado por Lino Neves, afirmando que a primeira autodemarcação no Brasil teria ocorrido em 1980 pelos Potyguara (Paraíba) que “abriram as picadas [na mata]” para delimitarem seu território, ainda que não tenham utilizado o termo autodemarcação¹⁰. A primeira retomada indígena no Brasil, segundo Gomes, teria ocorrido em 1978, pelos Kariri-Xokó em Alagoas¹¹. Ainda que tais dados mereçam uma investigação histórica mais minuciosa, eles exemplificam a ideia de que essas estratégias vêm sendo exercidas há décadas por diferentes povos indígenas no Brasil.

No recente cenário, ainda que não haja dados oficiais de estudos sobre as quantidades de retomadas e autodemarcações em curso, 11 Povos já realizaram ou estão em processo de autodemarcação no Brasil, segundo Rocha.¹² Cada uma dessas autodemarcações e retomadas possuem contextos distintos e ocorrem em fases diferentes do processo de regularização fundiária de terras indígenas, previsto no Decreto nº 1.775/96.

Nesse contexto, o presente estudo se insere, visando, a partir dos casos dos Povos Munduruku e Tapeba, refletir sobre a possibilidade de as autodemarcações e as retomadas ser juridicamente defensáveis.

1 A Autodemarcação Munduruku¹³

Em 19 de abril de 2016, a Funai publicou no Diário Oficial da União os estudos de identificação e delimitação da Terra Indígena Sawré Muybu (Pará)¹⁴, aprovando as conclusões do relatório circunstanciado de autoria da antropóloga Bruna Cerqueira S. Seixas, reconhecendo a terra como de ocupação tradicional Munduruku. O relatório estava pronto desde 2013 e o tempo que separa a conclusão do relatório à sua

¹⁰ ROCHA, Deyvisson Felipe Batista. Um panorama da autodemarcação no Brasil. **Revista Sures**, p. 132-144, fev. 2017, p. 6. Disponível em <<https://revistas.unila.edu.br/sures/article/viewFile/651/527>> Acesso em 10 de abr. 2017.

¹¹ GOMES, Geilson. A retomada do povo indígena Kariri Xokó. Povos Indígenas no Brasil ISA, 2015. Disponível em <<https://pib.socioambiental.org/pt/noticias?id=151268>> Acesso em 10 de abr. de 2017.

¹² ROCHA, *Op. Cit.*, p. 5.

¹³ Os fatos aqui apresentados foram, em geral, colhidos a partir de vídeos, clippings e cartas públicas realizadas pelo Povo Munduruku e parceiros, que podem ser encontrados no site “Autodemarcação nos Tapajós” Disponível em <<https://autodemarcacaonotapajos.wordpress.com/sobre/>> Acesso em 10 de abr. 2017.

¹⁴ BRASIL. Resumo do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Sawré Muybu. Diário Oficial da União N° 74, Brasília, 19 de abr. 2016. Seção 1, p. 33. Disponível em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=19/04/2016&jornal=1&pagina=33&totalArquivos=84>> Acesso em 10 de abr. 2017.

publicação teria sido o motivo (indicado pelos Munduruku) do início da autodemarcação.

Desde 2001, os Munduruku de Sawé Muybu que vivem às margens do rio Tapajós, contavam com a promessa de regularização da TI por parte do governo federal. Diante da demora da publicação do relatório de 2013, em setembro de 2014, representantes do povo Munduruku tiveram uma reunião com a Funai, em Brasília, onde a então presidente do órgão indigenista disse que o relatório ainda não havia sido publicado por conta de interesses políticos e econômicos na região, que envolviam a construção da hidrelétrica São Luiz dos Tapajós¹⁵. A presidente da Funai se comprometeu a encontrar com representantes do povo Munduruku novamente para tratar da publicação, contudo, 9 dias depois da reunião pediu exoneração de seu cargo sem assinar a ordem de publicação.

Em outubro de 2014, a Justiça Federal de Itaituba (Pará) determinou que a Funai publicasse o relatório em 15 dias. Contudo, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região (órgão judiciário superior) suspendeu a ordem judicial justificando que não estaria caracterizada a urgência do pedido de publicação. E a Funai, na ocasião, alegou que não havia data prevista para a publicação do relatório, pois estaria priorizando outras regiões do Brasil¹⁶.

Contudo, a urgência da demarcação é melhor compreendida diante da possibilidade de implantação da Usina Hidrelétrica (UHE) de São Luiz dos Tapajós, o qual poderia impactar socioambientalmente diversas comunidades tradicionais, como ribeirinhos e pescadores, e está integrado ao projeto “Complexo Hidrelétrico do Tapajós”, que prevê a construção de 7 usinas no rio Tapajós e seus afluentes. Esse projeto tramita desde 2012 e não obedeceu a processo público de consulta (livre, prévia e informada) envolvendo populações tradicionais e o povo Munduruku, principais afetados pelo empreendimento. Destaque-se que os impactos da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, situado no Rio Xingu, já eram sentidos pelos povos indígenas, razão pela

¹⁵ A reunião foi gravada em vídeo por indígenas Munduruku o qual está disponível em <<https://vimeo.com/111974175>> Acesso em 10 de abr. 2017.

¹⁶ TORRES, Mauricio. Um Rio de Muita Gente: A luta comum de vidas plurais no vale do alto Tapajós. In: FERNANDES, Daniela et al., **Ocekadi**: Hidrelétricas, Conflitos Socioambientais e Resistência na Bacia dos Tapajós. Brasília: Internacional Rivers Brasil; Santarém: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal da Universidade Federal do Oeste do Pará, 2016, p. 20. Disponível em <http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/2016/Ocekadi-livro/tapajos_Ocekadi.pdf#page=377> Acesso em 10 de abr. 2017.

qual os Munduruku temiam que o mesmo ocorresse com o Complexo Hidrelétrico do Tapajós.

Caso a terra indígena fosse reconhecida, a hidrelétrica não poderia se realizar, pois este empreendimento previa o alagamento de parte da TI, e a Constituição Federal de 1988 proíbe a remoção de povos indígenas de suas áreas de ocupação tradicional, somente autorizando em casos excepcionais, assegurando-se sempre o retorno deles às suas terras de ocupação tradicional uma vez cessado o risco (art. 231, §5º, da Constituição Federal).

Diante desse contexto de demora no processo de regularização fundiária, aliada a ameaças de impactos socioambientais, em 17 de novembro de 2014, os Munduruku lançaram a I Carta de Autodemarcação do Território Daje Kapap Eypi (Sawré Muybu)¹⁷, onde declararam que a autodemarcação de seu território vinha sendo realizada há um mês:

Agora decretamos que não vamos esperar mais pelo governo. Agora decidimos fazer a autodemarcação, nós queremos que o governo respeite o nosso trabalho, respeite nossos antepassados, respeite nossa cultura, respeite nossa vida. Só paramos quando concluir o nosso trabalho.

Em 18 de novembro de 2014, Juarez Saw Munduruku, cacique da aldeia Sawré Muybu, gravou um vídeo onde afirma que a autodemarcação tem uma importância singular para as futuras gerações, tendo sido impulsionada a partir da demora da demarcação por parte do governo federal e pelas ameaças constantes de garimpeiros, madeireiros, palmiteiros e pela barragem (UHE São Luiz do Tapajós)¹⁸.

Assim, dialogando com resultados apresentados no Relatório Circunstaciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Sawré Muybu (produzido por uma antropóloga com a participação do povo Munduruku), e a partir de sua própria auto-organização e reconhecimento territorial, o povo Munduruku passou a realizar a autodemarcação. Com o auxílio de GPS, mapas, e instrumentos passaram a percorrer seu território, abrindo picadas na mata, fincando placas e grafias em árvores como marcos identificadores de seus territórios em um processo que durou de 2014 a 2015. Em 2016, os Munduruku passaram a sinalizar os marcos identificadores de seus

¹⁷ A carta está disponível em <<https://autodemarcacaonotapajos.wordpress.com/category/cartas/>> Acesso em 10 de abr. 2017.

¹⁸ O video está disponível em <<https://www.youtube.com/watch?>> Acesso em 10 de abr. 2017.

territórios com placas semelhantes às utilizadas pelo governo federal a fim de evitar que madeireiros, garimpeiros e grileiros pudessem se aproximar da TI¹⁹.

No curso do processo de autodemarcação, os indígenas Munduruku declaram ter encontrado diversos “garimpos ilegais e focos de extração ilegal de madeira dentro dos limites da TI”²⁰. Em um dos vídeos onde registraram a autodemarcação, demonstram como se dá a ação ilegal de madeireiros.²¹ Outro aspecto importante diz respeito aos riscos e privações enfrentados pelos Munduruku durante a autodemarcação, conforme descreveram Aranha e Mota em reportagem para a Agência Pública em 2014.²²

Como resultado de um longo processo de luta, após a publicação do relatório pela Funai em abril de 2016, em agosto de 2016 o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) arquivou o processo de licenciamento ambiental da hidrelétrica São Luiz dos Tapajós, considerando também que a Funai, em documento apresentado ao IBAMA, “aponta óbices legais e constitucionais ao licenciamento ambiental do empreendimento, em razão do componente indígena”²³. Contudo, o procedimento de regularização fundiária da terra indígena Sawré Muybu ainda está em curso e as tensões sociais e políticas em torno da construção do Complexo Hidrelétrico do Tapajós segue.

2 Os Tapeba no Ceará

A demanda dos indígenas Tapeba pela demarcação de seu território tradicional remonta a década de 1980, em meio a um cenário mais favorável ao reconhecimento

¹⁹ Ver informação em vídeo disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=4SrYb6hGzLg>> Acesso em 10 de abr. 2017.

²⁰ BOAVENTURA, Luis de Camões Lima. Usina Hidrelétrica de São Luiz dos Tapajós e o alagamento da Terra Indígena Munduruku Daje Kapap E’Ipi e o soterramento da Constituição Federal de 1988: In: FERNANDES, Daniela et al., **Ocekadi**: Hidrelétricas, Conflitos Socioambientais e Resistência na Bacia dos Tapajós. Brasília: Internacional Rivers Brasil; Santarém: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal da Universidade Federal do Oeste do Pará, 2016, p. 302. Disponível em <http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/2016/Ocekadi-livro/tapajos_Ocekadi.pdf#page=377> Acesso em 10 de abr. 2017.

²¹ Vídeo disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=o8uUa1kqlOM>> Acesso em 10 de abr. 2017.

²² ARANHA, Ana; MOTA, Jéssica. A batalha pela fronteira Munduruku. Agência Pública, 2014. Disponível em <<http://apublica.org/2014/12/batalha-pela-fronteira-munduruku/>> Acesso em 10 abr. 2017.

²³ O despacho do IBAMA que arquiva esse processo de licenciamento ambiental está disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2016/arquivamento.pdf>> Acesso em 10 de abr. 2017.

dos direitos dos povos indígenas. O primeiro estudo visando à identificação e à delimitação de uma área de ocupação tradicional para os Tapeba foi elaborado em 1986, ainda em meio à legislação pré-Constituição de 1988. Em razão das reações de não índios, em julho de 1988, o referido levantamento foi arquivado pela Funai, sob o argumento de que eram necessários estudos mais aprofundados²⁴.

Estudos posteriores foram realizados por Grupos de Trabalho (GT) designados pela Funai, os quais, em 1997, foram aprovados pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria Declaratória nº 967/97. Entretanto, a Prefeitura de Caucaia, município onde se encontra a TI Tapeba, entrou com uma ação judicial no Superior Tribunal de Justiça (STJ), afirmando que a citada Portaria era inválida, uma vez que ela se baseou em estudos que não contaram com a participação do município.

Em que pese a legislação à época não exigir a participação de representantes dos estados e dos municípios nos trabalhos de identificação e delimitação de Terras Indígenas, reconhecendo que esses estudos tem natureza eminentemente técnica, o processo de demarcação da Terra Indígena foi anulado pelos Ministros do STJ, a partir de entendimento jurisprudencial contrário aos direitos dos povos indígenas.

Em 2003, foi constituído novo Grupo de Trabalho (GT) pela Funai para fins de identificação e delimitação da Terra Indígena Tapeba. O resultado dos trabalhos foi aprovado pelo Presidente da Funai em 2006. Novamente, o Município de Caucaia entrou com uma ação judicial no STJ, entendendo que a Funai estaria desobedecendo a decisão anterior daquele Tribunal, por não ter novamente incluído o município de Caucaia no Grupo de Trabalho. O STJ concordou com esse entendimento e mesmo sem previsão legal, anulou a portaria que criou o Grupo de Trabalho, bem como os atos praticados pelo GT.

Assim, em 2010, a Funai constituiu novo GT, incluindo representantes do Estado do Ceará e do Município de Caucaia. Em 2013, o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Tapeba, elaborado pelo GT de 2010, foi aprovado pela Presidência da Funai e publicado no Diário Oficial da União.

Pelo histórico documental narrado acima, destacam-se as inúmeras dificuldades enfrentadas pelo Povo Tapeba para o reconhecimento de seus direitos

²⁴ TÓFOLI, Ana Lúcia Farah. Retomadas de Terras Tapeba: entre a afirmação étnica, os descaminhos da demarcação territorial e o controle dos espaços. In: PALITOT, Estêvão Martins (Org.). **Na mata do sabiá: contribuições sobre a presença indígena no Ceará**. Fortaleza: Secult/Museu do Ceará/IMOPEC, 2009, p. 221.

territoriais. Tais dificuldades decorrem, inclusive, das dificuldades de compreensão, por parte do Poder Judiciário, da legislação específica que rege os direitos dos povos indígenas no país, o que tem tornado o processo de regularização fundiária da Terra Indígena Tapeba um dos mais morosos do país.

O resultado desse longo processo é um território bastante recortado fisicamente, como é prova o mapa da delimitação publicado no Diário Oficial da União em 2013²⁵. Parte do território originário foi perdida em virtude da expansão da cidade de Caucaia e da especulação imobiliária, gerando uma pressão territorial considerável às áreas utilizadas pelos indígenas. Áreas de mata e de reservas naturais como areia e arisco foram densamente degradadas.

Nesse contexto, comprehende-se que o fato de ter havido a identificação e a delimitação da Terra Indígena Tapeba não significou o fim da longa espera dos Tapeba por ver a sua TI regularizada. O resultado dessa saga ainda permanece imprevisível, já que o processo, conforme previsto na legislação, ainda tem inúmeras fases a serem vencidas.

Em paralelo a esses marcos históricos e judiciais, a luta do povo Tapeba pela demarcação do seu território tradicional segue viva. Nesses mais de 30 anos desde as primeiras reivindicações fundiárias, foram realizadas inúmeras retomadas, ainda que lideranças tenham sido assassinadas e outras permaneçam até hoje ameaçadas de morte.

A compreensão das lideranças indígenas Tapeba é de que as retomadas foram essenciais não só para impulsionar o processo de demarcação da Terra Indígena, mas também assegurar a posse plena de parcelas do território indígena, essenciais para garantir moradia, áreas de plantio, indispensáveis à reprodução física e cultural desse povo, dentre outros. Para Ana Lúcia Tófoli, “as ‘retomadas de terras’, iniciadas em meados da década de 1990, têm sido a forma encontrada pelo grupo para manter o controle de parte do seu território”.²⁶ De acordo com levantamento realizado pela autora, os Tapeba já efetivaram retomadas em diferentes áreas que integram a territorialidade indígena, com motivações e objetivos diversos, retomando áreas para construção de espaços de lazer, educação (escolas), moradia, plantio, acesso a recursos naturais etc.²⁷

²⁵ O mapa citado encontra-se disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/v=128>.

²⁶ TÓFOLI, Ana Lúcia Farah. *Op. Cit.*, 2009, p. 223.

²⁷ *Ibid.*, p. 224.

As retomadas entre os Tapeba, portanto, tem constituído em um importante modo de luta pelo território, servindo também como meio de pressão para que órgãos governamentais ajam em razão do conflito instalado, impulsionando as diversas etapas do processo de demarcação da Terra Indígena. Ao mesmo tempo, as retomadas, assim como as autodemarcações, têm sido questionadas política e juridicamente, como se demonstrará a seguir.

3 O processo de demarcação de Terras Indígenas no Brasil – um longo caminho para a efetivação de um direito

A promulgação da Constituição de 1988, no Brasil, inaugurou novos tempos para os povos indígenas no país, tendo reconhecido o seu direito a uma identidade coletiva própria, respeitando sua especificidade étnico-cultural a partir do reconhecimento de direitos diferenciados²⁸. A Constituição marcou, assim, uma reviravolta do ser índio na sociedade brasileira: de indivíduo e grupo estigmatizado, passaram a ser vistos, ao menos pelo texto constitucional, como coletividades importantes para a formação da sociedade brasileira.

Nesse contexto, a Constituição previu dispositivos específicos para garantia dos direitos indígenas no Estado brasileiro, rompendo com a lógica assimilacionista e integracionista, afirmando a condição do Brasil de Estado de Direito Democrático e Pluriétnico²⁹. Dentre esses dispositivos constitucionais, merece destaque o art. 231, que assegura os direitos dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas.

O conceito constitucional de terras tradicionalmente ocupadas não se restringe às terras nas quais os índios estabelecem suas casas, não está restrito à noção de aldeias que pressupõe uma inamovibilidade das famílias, englobando as terras utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar das populações indígenas e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Nesse sentido, embora não expresso, trata-se de direito ao território, conceito o qual pressupõe a mobilidade e a dinamicidade do uso e da ocupação da terra pelos indígenas. Assim como as terras

²⁸ LEITÃO, Ana Valéria N. Araújo. Direitos Culturais dos Povos Indígenas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI/Fabris, 1993, p. 228.

²⁹ BRITO, Antônio José Guimarães. Etnicidade, alteridade e tolerância. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 48.

tradicionalmente ocupadas não equivalem a terras imemoriais, sobretudo em áreas de colonização antiga, como por exemplo no nordeste brasileiro, onde processos de territorialização e fluxos migratórios, causados pela colonização e por políticas assimilaçãoistas praticadas pelas agências indigenistas oficiais no início do século XX³⁰, levaram os povos indígenas a exercer a posse em áreas restritas de seus antigos territórios, e a estabelecer novas relações étnico-culturais de territorialidades. Ao mencionar terras tradicionalmente ocupadas, o constituinte de modo algum fez referência a terras imemoriais³¹.

O elemento central escolhido pela Constituição não foi a circunstância temporal, mas uma circunstância modal: o modo tradicional como esses povos utilizam, ocupam, produzem, significam e ressignificam a terra, constituindo-a em um território. Para essa caracterização tradicional, a referência são as próprias definições indígenas, já que a relação com o território se dá “segundo seus usos, costumes e tradições” (art. 231, Constituição Federal de 1988).

Pelo modelo desenhado na Constituição, as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas são propriedade da União Federal (nos termos do art. 20, inciso XI, CF/88), sendo destinadas à posse permanente dos índios, a quem cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes. Contudo, sempre que uma comunidade indígena possuir direitos originários sobre uma determinada área, nos termos do §1º do Artigo 231 da CF, o poder público terá a atribuição (o poder-dever) de identificá-la e delimitá-la, de realizar a demarcação física dos seus limites, de registrá-la em cartórios de registro de imóveis e protegê-la contra qualquer tipo de turbação ou esbulho. É dever do Estado, através da União, promover a regularização fundiária das Terras Indígenas.

A terra, para os povos indígenas, não é um objeto que serve meramente à sustentação econômica ou à especulação financeira, em uma lógica estritamente produtivista. A terra é um complexo sistema vital no qual se inter-relacionam seres

³⁰ OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos territoriais. In: OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). **A viagem da volta:** etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena. 2. ed. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2004, p. 20-28. João Pacheco de Oliveira diz que a presença colonial instaurou novas relações entre as sociedades indígenas com os territórios que ocupavam, ou seja, “um processo de reorganização social” (*Ibid*, p. 29).

³¹ SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE/Núcleo dos Direitos Indígenas, 1993, p. 47.

espirituais, rios, árvores, animais, seres humanos.³² Assim, toda a área utilizada pelos índios em qualquer manifestação cultural, os locais a eles místicos, os cemitérios, os aldeamentos, os locais de caça, pesca e cultivo, os caminhos e passagens, ou seja, todas as atividades de manutenção de sua organização cultural, social e econômica é que constitui processos de significação da terra como um território e determina a posse de terras e os limites do território indígena.³³ Tais processos são diversos, assim como são diversos os povos indígenas no Brasil e suas compreensões, significações e relações territoriais.

É por essa razão que no processo de demarcação, a consulta e a participação ativa, em todas as fases, do povo indígena cujo território será demarcado é absolutamente necessária porque, como aponta Carlos Frederico Marés, a Constituição subordina o conceito de terras indígenas aos usos, costumes e tradições do povo que a habita.³⁴

Por fim, é preciso destacar que a demarcação das terras indígenas não visaria à definição de quem é índio. O papel do Grupo de Trabalho constituído pela Funai não seria o de definir se o grupo étnico é ou não indígena. O critério vigente no Brasil para essa definição está consubstanciado no art. 1º. da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, qual seja, o da auto-definição. É, portanto, a consciência da identidade indígena ou tribal que define o grupo étnico como indígena ou não.³⁵ Assim, o papel do antropólogo, de acordo com Viveiros de Castro, não é definir quem é índio, já que essa é uma pergunta jurídica, “um problema posto e resolvido pelo Estado”, mas sim “criar condições teóricas e políticas para permitir que as

³² Ilustrando tal afirmação, cita-se o exemplo do povo indígena Anacé, que ocupam tradicionalmente uma terra situada nos Municípios de São Gonçalo do Amarante e Caucaia, região metropolitana de Fortaleza. Nos anos em que Luciana Nóbrega (coautora do presente artigo) vem assessorando esse grupo étnico na luta pela demarcação de seu território, pôde constatar que a relação dos Anacé com os seus ancestrais é entretorcida com a relação que eles mantêm com o território que ocupam: uma relação permeada pelo sagrado. Segundo Antonio Freire de Andrade, Anacé de Matões, em entrevista ao jornal Porantim, os índios que morreram na luta se encantaram e assim “surgiu a corrente dos encantados que vai do Gregório ao Morro do Sirica. Passa por cima do Jirau, Baixa das Carnaúbas, Baixa da Almeixa e aí ‘brenha’ na mata. Quem tiver força e poder de receber, é só passar por baixo. Eles dão força, ajuda” (PICONÇO, Marcy. **A luta do povo Anacé em meio ao complexo industrial do CE**. Jornal Porantim, dezembro de 2006, p. 6). A corrente dos encantados, portanto, tem uma materialidade geográfica, física. Não se trata de uma construção apenas metafórica, mas essas linhas, esses encantados estão, para os Anacé, fisicamente encravados no território por eles reivindicado.

³³ Para aprofundar essa análise consultar BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001.

³⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 149.

³⁵ Desde 2003, a Fundação Nacional do Índio não mais produz laudos de identificação étnica, adotando o critério da auto-declaração como procedimento suficiente para o reconhecimento étnico oficial.

comunidades interessadas articulem sua indianidade”.³⁶

E qual seria o papel do Direito, ou melhor dizendo, do sistema jurídico? Outros aspectos ainda mais delicados emergem desse debate jurídico, quais sejam: as retomadas e autodemarcações são estratégias somente políticas ou se podem ser juridicamente defensáveis? E quem deve determinar os direitos territoriais indígenas, o Estado de modo unilateral, os Povos Indígenas, ou essa é uma negociação dialógica compartilhada? E se assim é o último caso, quais os termos desse compartilhamento?

O ato administrativo de demarcação do território indígena tem natureza meramente declaratória. Isto significa que o Estado apenas reconhece os direitos dos povos indígenas à terra que tradicionalmente ocupam.³⁷ Não se trata, pois, de constituir tal direito com a demarcação, ele preexiste e se legitima independentemente do reconhecimento oficial.³⁸

Nessa ordem de ideias, não seria a demarcação que criaria qualquer direito indígena, conforme José Afonso da Silva, “os direitos dos índios sobre essas terras independem de demarcação. Esta é constitucionalmente exigida no interesse dos índios. É uma atividade da União não em prejuízo dos índios, mas para proteger seus direitos e interesses”³⁹. O Estatuto do Índio (lei federal) diz que “o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, [...] independe de sua demarcação” (art. 25).

Logo, pode-se afirmar que o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam independe do processo de demarcação que visa, apenas, a conferir segurança jurídica no sentido de fixar os contornos territoriais. A defesa desses territórios protegidos constitucionalmente seria possível, desse modo, ainda que não ultimado o processo de demarcação. Assim, a autodemarcação Munduruku e as retomadas Tapeba, ainda que sejam estratégias políticas de luta por direitos territoriais, podem também ser protegidas juridicamente, como atos legais e legítimos. Importante destacar, como afirmam Carolina Mota e Bianca Galafassi, a demarcação, por si só, já

³⁶ CASTRO, Eduardo Viveiros de. “No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é”. Entrevista à equipe do ISA. In: **Povos Indígenas no Brasil: 2001/2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

³⁷ O caráter declaratório do procedimento de demarcação de terras indígenas é reflexo do caráter originário do direito desses povos ao território, competindo ao Estado apenas reconhecê-los e não constituí-los..

³⁸ LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena – a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE / Núcleo de Direitos Indígenas, 1993, p. 67.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p.871.

é um elemento estranho às sociedades indígenas:

Limites territoriais apenas materializam regras de um ordenamento a eles [aos índios] infligido – ordenamento este que repousa sobre a noção de propriedade, também alheia à cosmologia indígena. Aceitar que tais limites sejam definidos segundo os critérios dos próprios índios, permitindo que eles participem das decisões que também lhes dizem respeito, é o mínimo que uma sociedade plural [...] pode fazer.⁴⁰

Quando a Constituição de 1988 reconheceu aos povos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e, antes disso, a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições desses povos, a Constituição reconheceu a imersão dos povos indígenas em culturas distintas daquela (“ocidental”) que, por exemplo, se revela no próprio texto constitucional, sendo o direito originário dos índios sobre as suas terras decorrência desse reconhecimento, objetivando, portanto, garantir a sobrevivência coletiva desses povos, sendo essa a finalidade última da regularização fundiária das terras indígenas.

A Constituição promoveu, desse modo, duas aberturas: **uma abertura em si** – reconhecendo que seu guarda-chuva normativo não enquadra a totalidade da diversidade brasileira, havendo, paralelamente a ela e de forma articulada, outros guarda-chuvas normativos, os quais compõem, inclusive, a realidade sociojurídica dos povos indígenas brasileiros; **uma abertura para além de si** – sendo um guarda-chuva paralelo, mas articulado. Isso significa que, para que haja a plenitude da concretização constitucional do art. 231, abre-se um flanco de possibilidades impensáveis na racionalidade moderna ocidental de se adotar mecanismos e normas mais favoráveis aos povos indígenas, em razão da precedência do direito originário frente a outros direitos.

Por óbvio que tais interpretações constitucionais não são pacíficas e uníssonas, havendo quem considere que a demarcação de terras indígenas no Brasil visa a atender interesses estrangeiros. Nessa linha, registramos a opinião de Paulo Bonavides: “a demarcação das reservas indígenas, ocorrendo mediante sub-reptícia pressão internacional, [...] não corresponde aos interesses do nosso índio [...]. Essa

⁴⁰ MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo; GONGORA, Majoí Fávero; MARTINS, Renato; PATEO, Rogério Duarte do. (Org.). **Makunaima grita!** Terra indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009, p. 124.

demarcação desde muito deixou de ser uma questão de proteção ao silvícola para se converter numa grave ameaça à integridade nacional”.⁴¹

Isso demonstra que as disposições da Constituição de 1988 disputam espaço com compreensões sobre a questão indígena que se baseiam em fundamentos anteriores ao advento do texto constitucional. Os índios como ameaças à integridade nacional, seriam tão ingênuos (“silvícolas”) e desprovidos de qualquer reflexão crítica que seus interesses não seriam seus, mas sim de grupos internacionais, ou ainda, os índios seriam inferiores na escala evolutiva, atrasados e pré-históricos. Essas são qualificações que vigoravam no modelo integracionista e assimilaçãoista do Estado brasileiro, um modelo baseado em uma ideia de evolucionismo cultural, superado tanto no âmbito jurídico quanto nos estudos antropológicos contemporâneos.

A convivência entre o paradigma assegurado pelo constituinte de 1988 e essas visões acerca dos povos indígenas no Brasil torna o campo da concretização de direitos uma tarefa bastante árdua para os povos indígenas, que tem buscado, nas autodemarcações e nas retomadas, um mecanismo relevante para fazer valer os seus direitos.

Conclusão

Diante da demora injustificável no andamento dos processos de regularização fundiária das Terras Indígenas no Brasil, motivada não só pelo número de fases do processo e de sua complexidade, mas principalmente pelos interesses políticos e econômicos que disputam, com os povos indígenas, os territórios tradicionalmente ocupados, os indígenas têm tomado para si a tarefa de proteger esses territórios e efetivar os seus direitos constitucionalmente assegurados.

Os conflitos territoriais associados a conflitos socioambientais vêm se intensificando no Brasil, em contextos políticos e econômicos cada vez menos favoráveis à concretização de direitos relacionados aos povos indígenas. Uma vez demarcada uma terra indígena, esta sai do mercado de terras, ficando afetada a uma finalidade constitucional que a torna inegociável, inacessível à comercialização e à produção de *commodities* e ao extrativismo em larga escala. Nesse contexto, a

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial:** a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 183.

morosidade do Estado tem uma finalidade precípua, em detrimento à efetivação dos direitos dos indígenas no Brasil.

Assim, as retomadas e autodemarcações desenvolvidas pelos povos indígenas para fazer valer o seu direito fundamental às terras tradicionalmente ocupadas decorrem da necessidade de resguardar e proteger o seu modo de vida, o que tem expressão nos territórios por eles reivindicados. Tanto as autodemarcações quanto as retomadas têm garantido um espaço de vivência para os povos indígenas enquanto o Estado brasileiro vai deixando de efetivar o direito fundamental desses povos às terras tradicionalmente ocupadas.

São, portanto, as retomadas e auto-demarcações medidas que se justificam em uma perspectiva intercultural, insurgente e crítica do Direito, em que o reconhecimento dos usos, costumes e tradições dos povos indígenas se opera a partir de atos impulsionados pelos próprios povos indígenas. É a partir da atuação concreta desses povos que os seus direitos saem de um plano da mera previsão normativa para a concretude da vida, o plano da efetividade.

Embora não haja uma norma expressa que garanta o direito dos indígenas à autodemarcação e às retomadas, é inegável que a adoção desses mecanismos pelos povos parte de um direito geral de resistência. Isso porque ante a demora ou a ineficiência do Estado, é preciso garantir a vida. No entanto, mais do que direito geral de resistência, compreendemos que, no caso dos povos indígenas, há um direito de *(re)existência*, ou seja, o direito de continuar sendo indígenas e de existir, o que só faz sentido quando há um território sobre qual os povos indígenas articulam relações históricas, simbólicas e culturais. Quando a disputa se dá sobre o fundamento da vida desses povos, o caminho apontado por eles tem sido o da ação e não mais o do silenciamento.

Referências

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRITO, Antônio José Guimarães. Etnicidade, alteridade e tolerância. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. “No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é”. Entrevista à equipe do ISA. In: **Povos Indígenas no Brasil: 2001/2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

LEITÃO, Ana Valéria N. Araújo. Direitos Culturais dos Povos Indígenas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI/Fabris, 1993.

LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena – a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE / Núcleo de Direitos Indígenas, 1993.

MARTINS, Martha Priscylla M. J. **Direito(s) e(m) Movimento(s)**: Assessoria Jurídica Popular a Movimentos Populares Organizados em torno do Direito à Terra e ao Território em Meio Rural no Ceará. Mestrado em Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2011.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo; GONGORA, Majoí Fávero; MARTINS, Renato; PATEO, Rogério Duarte do. (Org.). **Makunaima grita!** Terra indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

NEVES, Lino João de Oliveira. **Volta ao Começo**: Demarcação Emancipatória de Terras Indígenas no Brasil. Tese. Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. **“Anna Pata, Anna Yan – Nossa terra, Nossa Mãe”**: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Mestrado em Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2011.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos territoriais. In: OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). **A viagem da volta**: etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena. 2. ed. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2004.

PICANÇO, Marcy. **A luta do povo Anacé em meio ao complexo industrial do CE**. Jornal Porantim, dezembro de 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE/Núcleo dos Direitos Indígenas, 1993.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito.** Curitiba: Juruá, 2009.

TÓFOLI, Ana Lúcia Farah. Retomadas de Terras Tapeba: entre a afirmação étnica, os descaminhos da demarcação territorial e o controle dos espaços. In: PALITOT, Estêvão Martins (Org.). **Na mata do sabiá: contribuições sobre a presença indígena no Ceará.** Fortaleza: Secult/Museu do Ceará/IMOPEC, 2009.

Referências de publicações em meio eletrônico

ARANHA, Ana; MOTA, Jéssica. A batalha pela fronteira Mundukuru. Agência Pública, 2014. Disponível em <<http://apublica.org/2014/12/batalha-pela-fronteira-munduruku/>> Acesso em 10 abr. 2017.

AUTODEMARCAÇÃO nos Tapajós. Guerreiras <Mundukuru fazem um filme da autodemarcação. Autodemarcção nos tapajós, 2015. Disponível em <<https://autodemarcacaonotapajos.wordpress.com/2015/09/15/guerreiras-munduruku-fazem-um-filme-da-autodemarcacao/>> Acesso em 10 de abr. 2017.

BOAVENTURA, Luis de Camões Lima. Usina Hidrelétrica de São Luiz dos Tapajós e o alagamento da Terra Indígena Mundukuru Daje Kapap E'Ipi e o soterramento da Constituição Federal de 1988: In: FERNANDES, Daniela et al., **Ocekadi: Hidroelétricas, Conflitos Socioambientais e Resistência na Bacia dos Tapajós.** Brasília: Internacional Rivers Brasil; Santarém: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal da Universidade Federal do Oeste do Pará, 2016, p. 302. Disponível em <http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/2016/Ocekadi-livro/tapajos_Ocekadi.pdf#page=377> Acesso em 10 de abr. 2017.

BRASIL. Resumo do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Sawré Muybu. Diário Oficial da União N° 74, Brasília, 19 de abr. 2016. Seção 1, p. 33. Disponível em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=19/04/2016&jornal=1&pagina=33&totalArquivos=84>> Acesso em 10 de abr. 2017.

ENTREVISTA de Sassá Tupinambá para Gabriel Brito do Correio da Cidadania. ‘Para os índios, só resta retomar as terras por conta própria’, 2015. Disponível em <http://www.correiodacidadania.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10726:mancheteretomadas300415&catid=63:brasil-nas-ruas&Itemid=200> Acesso em 10 de abr. 2017.

FUNDACÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Fases do Processo Administrativo. Disponível em <<http://www.FUNAI.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>> Acesso em 10 de abr. 2017.

GOMES, Geilson. A retomada do povo indígena Kariri Xokó. Povos Indígenas no Brasil ISA, 2015. Disponível em <<https://pib.socioambiental.org/pt/noticias?id=151268>> Acesso em 10 de abr. de 2017.

HARARI, Isabel; NAKAMURA, Rafael. Indígenas ocupam Esplanada e avaliam resposta do governo como “tímida”. Reportagem originalmente publicada na Carta Maior. Alice News, 2015. Disponível em <<http://alice.ces.uc.pt/news/?p=4441>> Acesso em 10 de abr. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Caderno Temático:** Populações Indígenas. IBGE, 2016. Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/340857515/Atlas-Nacional-Digital-Ibge-Caderno-Tematico-Indigenas-Atualizacao-2016>> Acesso em 10 de abr. 2017.

ROCHA, Deyvisson Felipe Batista. Um panorama da autodemarcação no Brasil. **Revista Sures**, p. 132-144, fev. 2017, p. 6. Disponível em <<https://revistas.unila.edu.br/sures/article/viewFile/651/527>> Acesso em 10 de abr. 2017.

TORRES, Mauricio. Um Rio de Muita Gente: A luta comum de vidas plurais no vale do alto Tapajós. In: FERNANDES, Daniela et al., **Ocekadi**: Hidroelétricas, Conflitos Socioambientais e Resistência na Bacia dos Tapajós. Brasília: Internacional Rivers Brasil; Santarém: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal da Universidade Federal do Oeste do Pará, 2016, p. 20. Disponível em <http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/2016/Ocekadi-livro/tapajos_Ocekadi.pdf#page=377> Acesso em 10 de abr. 2017.

4. LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE À VIOLENCIA CONTRA A MULHER

THE MARIA DA PENHA LAW FIGHTING VIOLENCE AGAINST WOMEN



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-4>

Cláudia Taís Siqueira Cagliari¹

Luiza Eisenhardt Braun²

Resumo

O objetivo do presente artigo é analisar a Lei Maria da Penha e suas implicações diante do cenário da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como apontar as discussões acerca da constitucionalidade da lei. Ressalta-se que o intuito da presente pesquisa não é esgotar o tema, tampouco trazer à tona todas as discussões possíveis, o que demandaria de uma pesquisa mais específica, mas refletir sobre a discriminação e a violência praticada contra as mulheres, a partir de uma análise da Lei Maria da Penha e de sua efetivação a esta problemática. E, ainda, abordar os anseios das mulheres, no sentido de explicitar o que deve ser entendido como violência e quais são os instrumentos aptos a assegurar a construção da cidadania feminina discutindo a violência doméstica e familiar sofrida pelas mulheres e a aplicabilidade da Lei Maria da Penha em estabelecer um equilíbrio entre os gêneros. Frente ao estudo, pontua-se que as políticas públicas devem atuar no âmbito da prevenção e não somente da proteção e penalização, o que demanda maiores esforços para uma educação em gênero, com a participação de todos na reelaboração de papéis em condições iguais e na busca permanente de uma sociedade mais justa e igualitária.

Palavras-chave: Mulher. Lei Maria da Penha. Igualdade.

¹ Doutora e Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul – RS, UNISC. Especialista em Direito PÚBLICO pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Professora Universitária. E-mail: claudiatcagliari@gmail.com

² Graduanda do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul –RS, UNISC. Bolsista de Iniciação Científica PUIC. E-mail: luizaeise@hotmail.com

Abstract

The objective of this article is to analyze the Maria da Penha Law and its implications in the scenario of domestic and family violence against women, as well as to point out the discussions about the constitutionality of the law. It is noteworthy that the purpose of this research is not to exhaust the theme, nor bringing all possible discussions up, which would require a more specific research, but to reflect on the discrimination and violence practiced against women, from an analysis of the Maria da Penha Law and its implementation to this problem. And, also, address the women's yearnings, in order to clarify what should be understood as violence and what are the instruments able to ensure the construction of female citizenship by discussing the domestic and family violence suffered by women and the applicability of the Maria da Penha Law in establishing a gender balance. In view of the study, it is pointed out that public policies should act in the prevention and not just protection and penalization, which demands greater efforts for gender education, with the participation of all in the re-elaboration of roles under equal conditions and in the permanent search for a fairer and more egalitarian society.

Keywords: Woman. The Maria da Penha Law. Equality.

1 Introdução

O presente artigo discorre acerca da Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei “Maria da Penha”, cujo objetivo é criar mecanismos para coibir e prevenir a violência³ doméstica e familiar contra a mulher, buscando nada mais que resgatar a cidadania⁴ feminina.

³ TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 18. “O conceito de violência de gênero deve ser entendido como uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas.”

⁴ GORCZEVSKI, Clovis; MARTÍN, Núria Beloso. *A necessária revisão de conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p.199. “Nas últimas décadas, tem se acelerado o processo de evolução à igualdade. De uma situação de dependência da mulher em relação ao varão, se tem evoluído para uma situação de independência. A mulher sai do mundo privado para incorporar-se ao mundo do trabalho alcançando a igualdade formal no âmbito jurídico; controla sua maternidade e aproxima-se, cada vez mais, ao rol de atividades tradicionalmente desempenhadas pelo homem. Efetivamente, a mulher está cada vez mais presente no âmbito público e o homem também tem estado presente no âmbito doméstico. Funções tradicionalmente opostas agora são divididas, assumidas por um ou outro sexo, dependendo basicamente da educação e da aprendizagem.”

Em um primeiro momento, a Lei gerou enormes resistências sendo recebida com desdém e desconfiança, tornando-se alvo de várias críticas. Equiparando-se com a história das mulheres, a Lei Maria da Penha foi destratada, difamada e violentada. Hoje, são enormes as dificuldades para torná-la em uma norma efetiva, uma vez que boa parte da população ainda desconhece a lei e os seus efeitos.⁵

A Lei Maria da Penha cumpre o respeitável papel de afirmação dos direitos humanos, em atendimento a todas as formas de discriminação contra a mulher, voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência doméstica.

Importante destacar que a Constituição Federal/88 determina a criação de mecanismos para coibir esse tipo de crime no âmbito das relações familiares, em favor dos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Essa lei consagra um novo microssistema jurídico de democratização do acesso à justiça e abordagem sistêmica do problema, por meio de políticas públicas afirmativas de prevenção e mediação dos conflitos.

Mesmo com todos os avanços e com a equiparação entre o homem e a mulher⁶, feita pela nossa Carta Magna, a ideologia patriarcal ainda subsiste a todas essas conquistas. A desigualdade sociocultural é uma das razões da discriminação feminina e, principalmente, de sua dominação pelos homens que se consideram como sendo seres superiores e mais fortes.

Assim, a Lei Maria da Penha é utilizada para coibir a prática de violência contra as mulheres como um instrumento de efetivação de direitos e garantias às mulheres.

2 A violência familiar e doméstica: uma análise jurídica da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha)

A história da violência contra a mulher no ambiente familiar começa na

⁵ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 8.

⁶ BARRETO, Ana Cristina Teixeira. A defensoria Pública como Instrumento Constitucional de Defesa dos Direitos da Mulher em Situação de Violência Doméstica, familiar e Intrafamiliar. 2007. 243p. Mestrado (Direito Constitucional) - Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza- UNIFOR, Fortaleza, 2007, p.52. O que se busca é entender que as diferenças entre homens e mulheres, são construções culturais, não devendo ser relacionadas com o sexo, uma vez que o sexo se situa na esfera biológica e descreve características naturais da fisiologia e anatomia humanas. Já o gênero situa-se no contexto social e implica nas relações sociais do sexo masculino e feminino, distinguindo, desse modo, o ser social do ser biológico.

infância, uma vez que a menina aprende que se trata de um ato de correção, acostumando-se a aceitar a violência como algo que simplesmente faz parte das relações familiares. Assim, é muito difícil conseguir identificar como violência aquilo que socialmente não é reconhecido como tal.⁷

Ninguém duvida que a violência sofrida pela mulher não é exclusivamente de responsabilidade do agressor. A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder e que leva a uma relação dominante e dominado. Essas posturas acabam sendo referendadas pelo Estado. Daí o absoluto descaso de que sempre foi alvo a violência doméstica.⁸

Não há dúvida de que a sociedade protege a agressividade masculina, construindo a imagem de superioridade do sexo masculino⁹, que é respeitado por sua virilidade.

Socialmente, considera-se que afetividade e sensibilidade não são expressões da masculinidade, pois desde criança o homem é educado para ser “o forte”, não chorar, não levar “desaforo para casa”, ou seja, não ser “mulherzinha”. Ele é educado para ser o super-homem e não apenas humano. Justamente essa equivocada consciência masculina de poder é que lhes assegura o suposto direito de fazer uso da força física e de sua superioridade corporal sobre a mulher e os demais membros de sua família.

O comportamento do agressor tem como matriz a própria estrutura social, que ensina o homem a discriminar a mulher. Por mais que se tente dizer que se trata de desvios psicológicos, a origem da violência doméstica é estrutural¹⁰, está no próprio

⁷ SABAPELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 236.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 15-16.

⁹ PATERMAN, Carole. *O contrato sexual*. São Paulo: Paz e Terra, 1993, p.16-17. “A dominação dos homens sobre as mulheres e do direito masculino de acesso sexual regular a elas estão em questão na formulação do pacto original. O contrato social é uma história de liberdade. O contrato original cria ambas, a liberdade e a dominação. A liberdade do homem e a sujeição da mulher derivam do contrato original e o sentido da liberdade civil não pode ser compreendido se a metade perdida da história, que revela como o direito patriarcal dos homens sobre as mulheres é criado pelo contrato. A liberdade civil não é universal, é um atributo masculino e depende do direito patriarcal.”

¹⁰ BOURDIEU, Pierri. *A dominação masculina*. Tradução: Maria Helena Kuhner. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2002, p. 41. “A dominação masculina que constitui as mulheres como objeto simbólico, cujo ser (esse) é um ser-percebido (*percipi*) tem por efeito coloca-las em permanente estado de insegurança corporal, ou melhor, de dependência simbólica: elas existem primeiro pelo, e para, o olhar dos outros, ou seja, enquanto objetos, atraentes, disponíveis. Delas se espera que sejam “femininas”, isto é sorridentes, simpáticas, atenciosas, submissas, discretas, contidas ou até mesmo apagadas. E a

sistema social que influí no sentido de estabelecer que o homem é superior à mulher e que esta deve adotar uma postura de submissão e respeito ao homem-agressor.¹¹

Os direitos inseridos na própria Carta Constitucional de 1988, particularmente no seu art. 1º, inciso III, estabelecem como um dos fundamentos de nossa República “a dignidade da pessoa humana”. O legislador da Lei Maria da Penha, relembrou que a mulher, enquanto ser humano normal possui os mesmos direitos reconhecidos em favor do homem.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) surgiu como resposta da busca incansável pela garantia e pelo respeito à dignidade da mulher agredida, se enquadrando aos documentos internacionais de proteção aos direitos das mulheres, e, em seu artigo 6º, afirmou, taxativamente, que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.¹²

O Estado está juridicamente comprometido a proteger a família e a cumprir sua função preventiva no que se refere à prática da violência doméstica por isso, deve ser chamado a redimensionar o problema sob ótica dos direitos humanos e fundamentais. Entende-se que a Lei Maria da Penha é instituto legal que procura proteger as mulheres, seus direitos humanos e fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988.

Por falta de atitudes do Estado brasileiro em relação ao caso “Maria da Penha”, foi necessário, que recorrer a OEA, para ser considerado um crime de violência doméstica e familiar contra a mulher. E para que, a partir disso, se criasse a Lei 11.340 de 2006, que traduz a realidade de várias mulheres, em situação de violência.

A Lei Maria da Penha tem um caráter de trazer à tona a visibilidade das desigualdades estruturais de poder entre homens e mulheres e a vulnerabilidade social das mulheres, bem como criar mecanismos para coibir esta forma de violência.¹³

pretensa ‘feminilidade’ muitas vezes não é mais que uma forma de aquiescência em relação às expectativas masculinas, reais ou supostas, principalmente em termos de engrandecimento do ego. Em consequência a dependência em relação aos outros (e não só aos homens) tende a se tornar constitutiva de seu ser.”

¹¹ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”*, nº 11.340/06. Salvador, BA: Edições PODIVM, 2007, p. 54-55.

¹² Ibidem, p. 79-80.

¹³ Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL. *Lei 11.340 (Maria da Penha)* de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir

Dispõe nesta mesma linha que a todas as mulheres, independentemente de situação social, raça e etnia é assegurado o gozo dos direitos fundamentais, além de assegurar e garantir os direitos das mulheres à vida, à segurança, dignidade, ao respeito e uma convivência familiar saudável, livre de toda e qualquer forma de violência. Impondo à família, à sociedade e ao estado, o dever de resguardá-las diante da violação e da opressão.¹⁴

Assim, o mérito está em reconhecer e definir a violência em suas várias formas de manifestação, com o intuito de criar mecanismos e medidas protetivas que penalizem o agressor e assegurem os direitos das mulheres, preservados pela legislação.

A dignidade humana é valor imperativo e fundamento da República Federativa do Brasil e representa, juntamente com os direitos fundamentais, a própria razão de ser da Constituição Brasileira, pois o Estado é apenas meio à promoção e à defesa do ser humano.

É mais que um princípio, é norma, regra, valor que não pode ser esquecido em nenhuma hipótese. É irrenunciável e os direitos humanos decorrem do reconhecimento da dignidade do ser humano, e combater a violência doméstica é uma das formas de garantir a dignidade da mulher.

Os homens e as mulheres possuem divergências no mundo familiar e com essa inclusão da mulher na educação e em todas as outras formas, pode ajudar que haja uma cooperação entre eles no âmbito familiar, fazendo com que busquem soluções

a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019).

¹⁴ Assim dispõe o art. 2º: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”. Ainda, dispõe o art. 3º: “Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. § 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput”. (BRASIL. *Lei 11.340 (Maria da Penha)* 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019).

conjuntamente. As mulheres estão agindo com poder maior e condição de agente independente, fato que inclui a correção das iniquidades que arruínam a vida e o bem-estar das mulheres em comparação com a situação dos homens.

A partir do momento que as mulheres possuem uma renda própria, as condições da família tendem a melhorar e principalmente a sua posição no âmbito familiar, pois, dessa forma, ela também terá voz ativa dependerá menos dos outros e terá um pouco mais de liberdade.

Atualmente o poder das mulheres é uma característica central para o desenvolvimento em vários países, incluindo a educação, seus empregos e também as suas atitudes no âmbito familiar e da sociedade, um dos principais motivos da mudança econômica e social no mundo de hoje.

Sobre o tema em pauta, relevante observar que a realidade demonstra que a mulher de nossos dias, de regra emancipada, em diversas situações, não é reconhecida como sujeito. Destarte, a luta das mulheres por reconhecimento ainda encontra espaço em nosso tempo, não estando esvaziada.

Quiçá já tenhamos superado a fase de reivindicação de normas que aboliram com a discriminação da mulher. Atualmente, deseja-se passar para o terreno prático: às decisões judiciais, à prática dos tribunais, à discriminação positiva para que de fato se alcance a igualdade econômica, social, política, jurídica, trabalhista e familiar com o homem.

A cidadania deve ser redefinida para que não se converta em uma categoria egoísta e não solidária, que acabe induzindo os direitos fundamentais à ruína. Os novos desafios da cidadania devem ser encarados a partir de uma atitude de cooperação e solidariedade “com o outro” e “não à custa de outro” ou “contra o outro”. A cidadania exige uma atitude de todos.

A Lei Maria da Penha determina que as relações pessoais independem de orientação sexual, demonstrando a intenção estatal de não haver qualquer discriminação entre pessoas, independentemente de sua orientação sexual. Estabelece que a violência doméstica e familiar constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

A violência ocorre de diversas formas e acontece nos diferentes espaços: público ou privado.

Necessário enfatizar que se verificou que ocorreram avanços significativos em relação às ações afirmativas de direitos igualitários entre homens e mulheres, como por exemplo a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990.

3 A constitucionalização da Lei Maria da Penha e o princípio da igualdade

Nos dias atuais, muito se tem discutido sobre a constitucionalidade da Lei 11.340/06, instituto responsável pela proteção especial ao sexo feminino¹⁵. As discussões que ocorrem em torno de tal assunto se referem ao conteúdo normativo da Lei, responsável por dar proteção à mulher que seja vítima de violência doméstica e familiar, em detrimento do homem, que se encontrando em tais circunstâncias, não encontra amparo legal na lei.

Nesse sentido, Calmon afirma que se isso for levado em conta “em termos absolutos, o princípio da igualdade formal, todas as ações afirmativas padeceriam de inconstitucionalidade”¹⁶.

Verifica-se que a Lei direciona-se exclusivamente à proteção da mulher, não podendo o homem ser sujeito passivo da violência doméstica e familiar, não recebendo qualquer proteção da lei, o que serve como fundamento para alegar a afronta ao princípio da igualdade.¹⁷ Nesse sentido, é o entendimento de Santin:

Como se vê, a pretexto de proteger a mulher, numa pseudopostura ‘politicamente correta’, a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento de homem e mulher, ao prever sanções a uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana, a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria e, relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger especialmente a mulher, numa aparente formação de casta feminina.¹⁸

¹⁵ ASSIS, Alexandre Caminho de. A superexposição da vida íntima como forma de violência contra a mulher. *Consulex*, nº 404, p. 36. Novembro, 2013. Mesmo diante de direitos e garantias consagradas nos diplomas legais, a mulher ainda necessita buscar o reconhecimento de sua dignidade e da igualdade entre os sexos. A sociedade atribui à mulher uma diminuta importância, “apoiada na máxima em briga de marido e mulher não se mete a colher”.

¹⁶ CALMON *apud* DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.107.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.107.

¹⁸ SANTIN *apud* CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: comentada artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

Há de se dizer, portanto, que enquanto uma parcela de juristas e doutrinadores não concordam com a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, outra parte acredita que a mesma veio para estabelecer uma igualdade entre os gêneros.

Segundo Lopes e Melo, a proteção geral tem por endereçamento toda e qualquer pessoa. Por outro lado, o sistema de proteção especial realça o processo de especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto de forma concreta e específica, uma vez que determinados sujeitos de direitos, ou certas violações de direitos exigem uma resposta diferenciada.¹⁹

É justamente com o intuito de fazer prevalecer o princípio da igualdade disposto no art. 5º, inciso I²⁰, da Constituição Federal, que se pressupõe que sejam tratados com desigualdade os desiguais.

Em paralelo, não faltam justificativas para tratar as mulheres de forma especial, diante de um modelo conservador de sociedade que coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão. De modo que se possa colocar em prática o objetivo da lei: “assegurar à mulher o direito a sua integridade física, psíquica, moral e patrimonial”²¹. Assim, a Constituição Federal permite discriminações positivas, para, através de um tratamento desigual, buscar igualar aquilo que sempre foi desigual.

Em consonância, o princípio da igualdade não proíbe, mas ao contrário, impõe que o legislador leve em conta a necessidade e conveniência de dar um instrumento diferenciado para viabilizar a efetiva realização dos valores “justiça” e “igualdade” que o constituinte consagrou no preambulo da Carta Política vigente, e esse papel foi desenvolvida na elaboração desta Lei 11.340/06 ao prever ações afirmativas em favor da mulher vítima da violência doméstica e familiar.²²

Ademais, tratando-se da constitucionalidade da Lei em destaque, nos referimos ao seu art. 1º que tentou dirimir qualquer dúvida sobre essa questão, ao mencionar que

¹⁹ LOPES; MELO *apud* Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: comentada* artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014, p. 3.

²⁰ Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição [...].” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF: Senado, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 ago. 2019).

²¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.160.

²² SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 34.

é obrigação do Estado promover o amparo às mulheres vítimas de violência doméstica, bem como criar mecanismos para a sua proteção.²³

Conclusão

Conclui-se, que a Lei em destaque se importou em criar mecanismos à diminuição da violência doméstica e familiar, além de estipular medidas protetivas de urgência que devem ser colocadas em prática pelo Estado a fim de auxiliar as vítimas. Pois, a mulher estando em situação de violência, a sua dignidade e seus direitos humanos acabam sendo atingidos e as consequências se alastram para toda família.

Desse modo, a lei Maria da Penha representa um marco histórico da luta dos movimentos feministas pela busca de efetivação de seus direitos. A partir do seu surgimento houve uma maior conscientização e colaboração no combate a violência, uma vez que ela representa um mecanismo legal de proteção e importante para que se possa contornar essa situação.

Ao que se refere à lei, o que muito é questionado e discutido pelos juristas é a sua constitucionalidade. Contudo, levando-se em consideração a premissa de que se devem tratar os desiguais na medida em que se desigualam para que possam ser sujeitos iguais de direito, observa-se que não há motivos para tal questionamento visto que a lei busca defender os interesses da parte vulnerável da relação: a mulher.

Até porque não restam dúvidas de que a mulher sempre foi tratada de modo desigual e submisso em relação ao homem ao longo da história e o objetivo da lei não é tirar o espaço do homem da sociedade, mas, perante o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecer a igualdade entre os gêneros.

Não se pode diminuir ou menosprezar a gravidade da violência que se pratica contra a mulher no interior dos lares e seus efeitos desastrosos e muito negativos, que atingem não só a dignidade da mulher agredida, como sujeito de direitos que ela é,

²³ Art. 1º: “Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar”. ((BRASIL. *Lei 11.340 (Maria da penha) de 7 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019).

como também a formação dos seus filhos.

A violência doméstica deixou de ser um problema “familiar”, ou privado, para ser considerado um problema de saúde pública, um problema social e muito grave, que gera preocupação dos administradores públicos e de toda a sociedade.

Ela é consequência direta do aspecto cultural de nossa sociedade machista e patriarcal. Repete-se em um círculo vicioso, pois geralmente a mulher que é agredida e não tem coragem para denunciar a violência, na infância também conviveu em um ambiente doméstico onde pessoas de sua família sofreram violência.

As políticas públicas devem atuar no âmbito da prevenção e não somente da proteção e penalização. Portanto, são necessários maiores esforços para uma educação em gênero, com a participação de todos, para que juntos reelaborem papéis em condições iguais, na busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

É urgente a necessidade de se estabelecer um novo paradigma que auxilie no sentido de destacar a importância da construção de um ideal comum.

Referências

ASSIS, Alexandre Caminho de. A superexposição da vida íntima como forma de violência contra a mulher. *Consulex*, nº 404, p. 36. Novembro, 2013.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. A defensoria Pública como Instrumento Constitucional de Defesa dos Direitos da Mulher em Situação de Violência Doméstica, familiar e Intrafamiliar. 2007. 243p. Mestrado (Direito Constitucional) - Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza-UNIFOR, Fortaleza, 2007.

BOURDIEU, Pierri. *A dominação masculina*. Tradução: Maria Helena Kuhner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. *Lei 11.340 (Maria da Penha)* de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br//l11340.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”*, nº 11.340/06. Salvador, BA: Edições PODIVM, 2007.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. *Violência doméstica: comentada artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTÍN, Núria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática.* Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

PATERMAN, Carole. *O contrato sexual.* São Paulo: Paz e Terra, 1993.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher.* 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que é violência contra a mulher.* São Paulo: Brasiliense, 2002.

5. AVANCES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ECLESIÁSTICO EN PERSPECTIVA LATINOAMERICANA: JURISPRUDENCIA, RELEVANCIA Y DISCIPLINA UNIVERSITARIA EN BRASIL

ADVANCES IN THE CONSTRUCTION OF ECCLESIASTICAL LAW IN A LATIN AMERICAN PERSPECTIVE: JURISPRUDENCE, RELEVANCE AND UNIVERSITY DISCIPLINE



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-5>

Francisco Junior de Oliveira Marques¹

Monica M. Tassigny²

Resumen

El Derecho Eclesiástico es la tutela estatal del derecho fundamental a la libertad religiosa, y como tal, tiene *status* de saber científico y disciplina universitaria. En algunas culturas jurídicas, esta disciplina es objeto de confusión con el Derecho propio de las organizaciones religiosas. Así, mientras el Derecho Eclesial trata de la legislación producida en las propias entidades religiosas, el Derecho Eclesiástico es producto del positivismo formalista del Estado. Entre Derecho Eclesial y Eclesiástico, el poder judicial asume el rol de aplicación de la ley, garantista constitucional de la libertad religiosa y de los ordenamientos propios de cada organización. El texto tiene como objetivo analizar la aplicación del Derecho Eclesiástico en decisiones del Superior Tribunal de Justicia brasileño, su relevancia en razón de la demanda de entidades religiosas católicas en Brasil y, finalmente, el rol de la disciplina en el campo académico en perspectiva latinoamericana. La metodología es bibliográfica, documental, explicativa, cualitativa, cuantitativa y de naturaleza teórica. Con el análisis, se constata la relevancia del Derecho Eclesiástico y la necesidad de superar la confusión en la enseñanza y práctica jurídicas respecto Derecho Eclesiástico del Estado y Derecho propio de las entidades religiosas.

¹ Mestre em Teologia pelo Programa em Pós Graduação da Faculdade dos Jesuítas, FAJE (PPG em Teologia, FAJE, Belo Horizonte; Bacharel em Direito (Unifor); e Doutorando do Programa de Pós-graduação em direito constitucional (PPGD, Unifor).

² Professora Dra. do Programa de Pós-graduação em Constitucional da Unifor (PPGD, Unifor).

Palabras-claves: Derecho Eclesiástico, Judiciario, Superior Tribunal de Justicia, América Latina, Ciencia Jurídica.

Abstract

Ecclesiastical law is the State protection of the Fundamental Right of Religious Freedom. It has the status of scientific knowledge and university discipline. In some juridical culture, it is confused with the law proper to religious organizations. Thus, while Ecclesial Law deals with legislation produced in the religious entities themselves, Ecclesiastical Law is the product of the formalistic positivism of the State. Between Ecclesiastical and Ecclesial Law, the judiciary power assumes the role of application of the law, constitutional guarantor of religious freedom and of the proper systems of each organization. This article aims to analyze the application of Ecclesiastical Law in decisions of the Brazilian Superior Court of Justice, its relevance in view of the demand of Catholic religious entities in Brazil and, finally, the role of discipline in the academic field in Latin America perspective. The methodology is bibliographic, documental, exploratory, qualitative, quantitative and theoretical nature. With the analysis, the relevance of Ecclesiastical Law and the need to overcome the confusion in legal teaching and practice regarding Ecclesiastical Law of the State and the own law of religious entities is established.

Keywords: Ecclesiastical law, Judiciary, Superior Tribunal of Justice, Latin America, legal science.

Introducción

La libertad religiosa y su ejercicio son aspectos esenciales de la vida del hombre en sociedad, constituye un valor integrante de la vida común y, por consecuencia, un valor jurídico fundamental. El Estado, a su vez, preocupase y protege este derecho constitucional sea en el ámbito íntimo de la conciencia individual como en el conjunto social.

Es importante tener en cuenta la doctrina jurídica internacional que tutela el fenómeno religioso, especialmente después de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial. Entre los tratados internacionales que tutelan la libertad religiosa, se puede citar: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 18), el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 18), la Declaración sobre la eliminación de toda las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o convicciones, 1981 (art. 1), la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales u étnicas, religiosas y lingüísticas, 1992 (art. 27), y la Declaración de los principios sobre la tolerancia (1995).

En el contexto latinoamericano, tres documentos son fundamentales por su rol protagonista respecto el tema de la tutela de la Religión, a saber: la Declaración Americana de los derechos y deberes humanos (1948) y la Convención Americana sobre derechos humanos (1969). Estos dos instrumentos internacionales son de fuerza jurídica vinculante. Además de ellos, la Declaración *Dignitatis Humanae*, documento de la Iglesia Católica, es de innegable influencia en el pensamiento y Derecho latinoamericano.

Estos documentos también fueron recibidos en Brasil, Estado latinoamericano de tradición jurídica dialógica respecto las Religiones, especialmente, en el caso de la Iglesia Católica, la institución religiosa objeto de esta pesquisa en razón de su relevancia sociocultural. Por estos influjos al ordenamientos estatal, se concluye la fecundidad del Derecho Eclesiástico y su relevancia para regular la correcta relación entre el Estado y la Iglesia.

Los casos de aplicación del Derecho Eclesiástico y el intercambio recíproco de los ordenamientos brasileño y eclesial son testigos de la respetuosa relación entre el Estados y la Iglesia. En Brasil, con la novedad de la sistematización de la relación entre los ordenamientos jurídicos canónicos y patrio, por medio del acuerdo Brasil-Santa Sede, se produjo varias homologaciones de sentencias canónicas por el Superior Tribunal de Justicia. Ello demuestra la relación de respeto e intercambio entre los ordenamientos jurídicos brasileño y eclesial.

De aquí nasce la pregunta: ¿Cuál es la relevancia del Derecho Eclesiástico para la enseñanza y práctica jurídica en Brasil? Lo dicho arriba demuestra la presencia del Derecho Eclesiástico en el derecho internacional y la tradición de recepción de los tratados que disciplinan esta materia en los países de América Latina, incluyendo Brasil. Sin embargo, aún permanece pertinente la pregunta respecto la materia en la práctica y academia de enseñanza jurídica brasileña.

Al considerar el Derecho Eclesiástico como garantía de derechos fundamentales y *topos* dialógico entre los ordenamientos estatales y eclesial, plantearse como objetivo

de esta pesquisa el análisis del Derecho Eclesiástico en Brasil, su campo de actuación y aplicación como disciplina jurídica universitaria, con los ojos en el horizonte del Continente Latinoamericano.

La metodología es bibliográfica, elaborada a partir del material publicado en libro, periódico, bases electrónicas como Scielo, Google académico; y documental en razón del estudio de la jurisprudencia. Desde sus objetivos, la pesquisa es explicativa, pues identifica y analiza el fenómeno de la disciplina de Derecho Eclesiástico dentro de las ciencias jurídicas. Respecto el abordaje al problema presentado, se hace un estudio cuantitativo mediante el numero de decisiones halladas en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia bajo las expresiones “Derecho eclesiástico” y “Derecho canónico”; y además, cualitativo, pues se considera los contenidos de las decisiones elegidas. El análisis de la jurisprudencia se limita al lapso temporal entre los años 2011 e 2019, en razón de lo que aparece en el motor de búsqueda de la *jurisprudencia – STJ*. Finalmente, la pesquisa es de naturaleza teórica. En el caso específico de esta pesquisa, se trató de considerar la realidad concreta de Brasil, y más específicamente, la jurisprudencia de la Corte Superior, además del plan de estudio del Derecho Eclesiástico de dos Universidades importantes brasileñas.

Para hacer el itinerario de la pesquisa, inicialmente será presentado el Derecho Eclesiástico en perspectiva latinoamericana. Después, la relevancia de la Iglesia Católica en Brasil y el *corpus* jurídico que nasce de este hecho social valorado. En la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia se encontrará la aplicación-interpretación de este *corpus* que llamase Derecho Eclesiástico, y que a su vez, respalda y dialoga con el Derecho Canónico, como derecho propio de la Iglesia Católica. Finalmente, será estudiada la presencia de la disciplina de Derecho Eclesiástico en las universidades brasileñas, específicamente, en la *Universidade de São Paulo* (USP) y la *Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul* (PUCRS).

1 El Derecho Eclesiástico en perspectiva latinoamericana

En una lectura global de América Latina, se puede decir que todos los veinte (20) Estados del Continente garantizan la libertad religiosa³, y además, numerosos

³ ORO, Pedro Ari; URETA, Marcela. “Religião e Política na América Latina: uma análise da legislação dos países”, en *Horizontes Antropológicos*, n. 27, ano 13, jan./jun. 2007, Porto Alegre, p. 282.

países encabezan en su Constitución una invocación a Dios: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Brasil y Venezuela. De esta proclamación hecha en los preámbulos, se reconoce la importancia de la tradición religiosa en los Estados democráticos.

De hecho, los textos constitucionales de algunos países van más lejos. Así que, como lo precisa Sánchez⁴, en los casos de las Constituciones de El Salvador, Guatemala, Paraguay, Perú, Bolivia y Uruguay, la Iglesia Católica é mencionada expresamente. Importante tener en cuenta que tales menciones tienen un contenido jurídico específico. En el caso de El Salvador el texto constitucional reconoce la personalidad jurídica de la Iglesia Católica; el Estado Paraguayo reconoce su autonomía y el aporte en la formación histórico moral de la nación; en el caso de Perú, lo mismo que el anterior. El Estado uruguayo reconoce tácitamente la personalidad jurídica de la Iglesia Católica, al reglar el dominio de todos sus templos. Los poderes públicos bolivianos establece su régimen de relaciones jurídicas con la Iglesia Católica mediante concordatos entre el Estado y la Santa Sede.

Los Estados de Argentina, de Costa Rica y de Panamá establecen una relación jurídica muy peculiar con la Iglesia Católica. El legislador constitucional argentino deja claro que “el Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano (art. 2, Constitución de la Nación Argentina). En el art. 75 se proclama: “La Religión Católica, Apostólica, Romana es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres”. La carta constitucional panameña, art. 35, legisla que “la religión católica es la de la mayoría de los panameños”.

Las constituciones latinoamericanas hacen mención a diferentes grupos religiosos, sean con la terminología de iglesias, confesiones, entidades, asociaciones, culto; y por lo tanto, está claro, por el estudio comparado, que la libertad religiosa es un rasgo característico. Este rasgo o valor se sostiene bajo el fundamento de la defensa de la dignidad humana, como principio rector de la política constitucional. Siguiendo César Landa, el principio de la dignidad de la persona cumple una serie de funciones como legitimadora, ordenadora, temporal, esencial, integradora, limitadora y

⁴ SANCHÉZ. “Cuestiones de derecho eclesiástico en la doctrina científica latino-americana”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXV, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2009, p. 662.

libertaria⁵, de las cuales, considerando los principios y contenidos de Derecho Eclesiástico, no puede ser otra cosa que el derivado del amplio haz de facultades y deberes de la libertad religiosa.

Este contexto de legitimidad y dialogo jurídico es tierra fértil para el florecimiento del Derecho Eclesiástico en América Latina, y aún, la instauración de su enseñanza en centros universitarios, a ejemplo de la difusión de la materia en el Instituto de Derecho Canónico en la Pontificia Universidad Católica de Argentina y Perú, y el Centro de Libertad Religiosa de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Las dos instituciones más importantes para el estudio y desarrollo de Derecho Eclesiástico en la región es el Consejo Argentino para la libertad Religiosa (CALIR) y el Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa. El CALIR fue fundado en el año 2000 y tiene como objetivo promover los derechos fundamentales de libertad y conciencia religiosa. El Consorcio, a su vez, fue constituido en Lima, también en el año 2000, con el objetivo de crear un foro de investigación con “miras a tener uniformidad continental en los criterios jurídicos sobre el derecho a la libertad religiosa y sobre las relaciones jurídicas Iglesia-Estado”.⁶ Los eclesiasticistas que conforman el Consorcio pertenecen a varios países de América Latina y organizan Coloquios internacionales de elevado nivel académico. El ultimo Coloquio, Rio XVIII, se realizó en los días 10, 11 y 12 de septiembre de 2018, y trató de los “Derechos religiosos y los pueblos indígenas. El XIX Coloquio, Bogotá 2019, tiene como tema “Participación Política y Libertad Religiosa: relaciones y límites entre la actividad política y la actividad propia de las entidades religiosas”.

Las ediciones de las memorias de los diferentes Coloquios realizados pelo el Consorcio son prueba del desarrollo del Derecho Eclesiástico en América Latina. Estos encuentros científicos reúnen gran numero de especialistas universitarios de la materia y hacen avanzar el Derecho Eclesiástico como rama de la ciencia jurídica.

A tenor de la normativa constitucional y los ambiente científicos creados para el avance en la materia de Derecho Eclesiástico, se puede señalar que, a pesar del monopolio cada vez menor de la Iglesia Católica en la región, ésta sigue siendo la confesión mayoritaria con la mayor capacidad de reflexión sobre el tema de la libertad

⁵ LANDA, César. “*La dignidad humana. Cuestiones Constitucionales*”, 7 (julio-diciembre 2002), p. 123. Disponible: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/7/ard/ard4.htm#N45. Fecha de consulta: 26 de agosto 2019.

⁶ Acta de Constitución, Lima 22 de septiembre de 2000. Tras el fin del Primer Congreso sobre libertad religiosa en Lima, se constituyó el Consorcio.

religiosa en el continente.

La parte siguiente del presente estudio trata de tener en consideración el caso específico de Brasil, su relevancia como país católico y la presencia del Derecho Eclesiástico en la jurisprudencia y las universidades.

2 La Iglesia Católica como hecho social relevante y el *corpus* del Derecho Eclesiástico brasileño

El *Annuario Statisticum Ecclesiae* de 2016 permite actualizar algunos aspectos numéricos de la Iglesia Católica en el contexto mundial. Los bautizados pasan de un (1) billón y doscientos noventa y nueve (299) millones, aumento de 1.1% en relación a la estatística anterior. El 48.6% de los bautizados viven en el continente Americano, y de estos, 57.5% están en América del Sur. En números, Brasil tiene 27, 5% de los bautizados, consolidando la posición de país más católico del mundo.

El Instituto Brasileño de Geografía e Estadística, en su Censo periódico, divulgó en 2010 que los Cristianos son 86.8 % de la población creyente. Los Católicos suman 64.6% y los Protestantes 22. 2%. Aunque en la última década, la Iglesia en Brasil ha tenido una reducción de la orden de 1. 7 millones de fieles, y por lo tanto, ha disminuido 12.2%, sigue siendo la institución religiosa más grande y una de las más confiables, como lo indica el latinobarómetro de 2017: 39.2% tiene mucha confianza y 29.9% tiene algo de confianza. Así que, más de 60% de la población tiene confianza en la Iglesia. Como dato comparativo, la misma pesquisa indica que más del 60% no tiene ninguna o poca confianza en los Poderes de la República - Executivo, Legislativo y Judiciario.⁷

En este contexto de confianza y fuerte presencia, la Iglesia Católica como institución, por medio de sus organizaciones religiosas (art. 44, IV Código Civil de 2002) de personalidad jurídica garantizada en ley (art. 3, Decreto 7107/10) y, conjuntamente con otras denominaciones cristianas, ha movido más de U\$ 6.8 billones en 2012, conforme datos de la *Receita Federal* - Estado de Minas, 26.01.2014.⁸ El valor representa casi el doble del presupuesto del Estado de Sergipe (comparación en 2016).

⁷ CORPORACION LATINOBAROMETRO. *Análisis online, 2019*.

⁸ AMORIN, D; MANSUR, C.: Cristãos movimentam R\$ 21.5 bilhões no Brasil. *O Estado de Minas*. Caderno de Economia, Belo Horizonte, 26 de Jan. de 2014.

La Iglesia Católica en Brasil es dividida por Regionales. Son dieciocho Regionales (Norte 1-3, Nordeste 1-5, Leste 1-2, Sul 1-4, Centro-Oeste, Oeste 1-2 y Noroeste), computando un total de 11.012 territorios parroquiales. Cada Parroquia es una Persona Jurídica con sus necesidades de orden económico-jurídica. El Regional Nordeste 1 corresponde al Estado del Ceará, donde tiene como sede la ciudad de Fortaleza. eligiendo apenas este Regional, computan 364 parroquias, 1 arquidiócesis y 9 diócesis. Cada una de las diócesis-arquidiócesis tienen su sector jurídico con un *staff* de abogados para tratar cuestiones jurídicas. Además, muchas parroquias, en razón de sus dimensiones y demandas, elige tener su propio *staff* de abogados.

Todos estos datos son encontrados en el *Anuario Católico do Brasil 2015*. Por la multiplicidad de datos, se eligió traer apenas las Parroquias y Diócesis, pero hay otra cantidad de Organizaciones religiosas como Congregaciones, Institutos de Vida Secular y Fundaciones que, conforme el Código de Derecho Canónico, son personas jurídicas de Derecho público, reconocidas por la legislación brasileña como personas jurídicas privadas. Cada organización tiene su patrimonio y misión, logrando su propia personalidad jurídica civil.

Estos datos demuestran el factor social relevante de la Iglesia Católica, y por su manifestación social como hecho religioso no es ajeno al derecho. El fenómeno jurídico tiene su origen en el hecho social que recibe valoración humana y, entonces, tornase norma.⁹ Por su relevancia, el derecho tiene la función de regulación del hecho religioso.¹⁰ Es al interior de la Iglesia que el derecho alberga su primera morada. Como institución, la Iglesia Católica genera un conjunto de normas jurídicas que, al principio del siglo XX, recibe el nombre de Código de Derecho Canónico, elaborado independientemente del derecho del Estado.

Sin embargo, el propio Estado también regula el hecho religioso en su dimensión social. El conjunto de normas de origen estatal, en su dimensión de justicia, que regula este aspecto antropológico sobrenatural que se convierte en factor social relevante en las sociedades, recibe el nombre de Derecho Eclesiástico del Estado.

El cambio de un Derecho original interno a la reglamentación del Estado, y la consecuente formación del Derecho Eclesiástico estatal, darse cuando el derecho deja de ser estrictamente *ius in sacra* y pasa a ser *Staatskirchenrecht* en el contexto de la

⁹ REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁰ CASTRO, René Cortínez. *Derecho Eclesiástico Chileno. Normas concordadas y comentadas*. Santiago: UC de Chile, 2010, p. 15.

modernidad.¹¹

En Brasil, la Constitución de 1988 tiene los principios del Derecho Eclesiástico, siguiendo la legislación infraconstitucional que disciplina las entidades religiosas, el ejercicio de los ministros y la tutela penal del sentimiento religioso.¹² Los acuerdos de derechos humanos y los Concordatos también son fuentes del Derecho Eclesiástico brasileño.

El microsistema constitucional respecto libertad religiosa se inicia con el art. 19, I de la Constitución Federal de 1988 que dispone respecto la relación entre el Estado y la Religión, legislando como modelo una laicidad colaborativa. La libertad de creencia es garantizada en el art. 5, VI, así como la asistencia religiosa (VII) y la escusa de conciencia (VIII). La inmunidad tributaria, se encuentra en el art. 150, VI, b e § 4, mientras la enseñanza religiosa en el art. 220 y los efectos del matrimonio civil en el art. 226, §2.

El Código Civil de 2003 hace la previsión de la personalidad jurídica de los entes religiosos en su art. 44. Para la reglamentación de los ministros de culto, se tiene la Clasificación Brasileña de las Ocupaciones.¹³ Respecto la tutela penal, el Código Penal tipifica el crimen contra el sentimiento religioso en el art. 208 y la ley 7716/89, modificada por la Ley 9459/97, que alarga el prejuicio de raza y color, a la incidencia relacionada a etnia, religión o procedencia nacional. Relevante también, en el Estado brasileño, es el Acuerdo Brasil-Santa Sé, que produjo el Decreto no. 7107/2010.

El conjunto normativo producido por el Estado trata de respetar la reglamentación interna de las entidades religiosas, en particular, en el caso de la Iglesia Católica. En derecho comparado, el caso de Chile, es importante notar el art. 20 de la Ley 19.638/99 que dice: “El estado reconoce el ordenamiento, la personalidad jurídica, sea esta de derecho público o de derecho privado”. El Estado chileno conserva la calidad de persona jurídica de derecho público canónico de la Iglesia Católica, aplicando el derecho eclesial en sus juzgados.

Así se realizó en la reforma de la sentencia de la Octava Sala de Ilustrísima Corte de Apelación de Santiago, el 06 de julio de 2004, rol no. 18.930-2003. La Corte

¹¹ HUNTER, Ian. *The secularization of the confessional state: the political thought of christian Thomasius*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 115.

¹² SOUZA, Lidyan. “Direito Eclesiástico no Brasil? Uma sugestão. Stato, Chiese e pluralismo confessionale”, en *Revista Telematica*, Octubre, 2008, p. 12.

¹³ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Classificação Brasileira de Ocupações: CBO*. 3^a. ed. Brasília: MTE, SPPE, 2010.

resolvió que el Arzobispado de Santiago estaba obligado al pago solidario de una indemnización de cien millones de pesos (U\$ 143.430, 00). Sin embargo, la sentencia de la Suprema Corte de Chile, de 5 de enero de 2005, rol no. 3640-04 mantuvo la condena del autor y indemnización a la víctima, absolviendo el Arzobispado de toda la responsabilidad civil bajo lo dispuesto en el art. 547 de Código Civil/2000 y art. 20 de Ley 19.638/99.¹⁴

El acuerdo Brasil–Santa Sede relaciona varias normas ya existentes, no criando novedad en el ordenamiento jurídico nacional. El examen cuidadoso del tratado muestra la *mens* de las dos personas de derecho internacional que tratan de acoger recíprocamente sus ordenamientos, como el art. 9 del Decreto n. 7107 lo describe: “reconociendo recíprocamente [...], respectivamente, a las exigencias de los dos ordenamientos jurídicos brasileño y de la Santa Sede”.

Caso de reconocimiento recíproco fue la homologación de la sentencia de nulidad de matrimonio del Tribunal Eclesiástico de Aparecida (SP) y del Tribunal de la Asignatura Apostólica por parte del Supremo Tribunal de Justicia. El autor de la decisión fue el presidente de la Corte, Félix Fischer, que tomó como base el Estatuto Jurídico de la Iglesia Católica. El Estatuto establece que las decisiones eclesiásticas confirmadas por órganos de control superior de la Santa Sede son sentencias extranjeras, y que a su vez, tiene valor legal en Brasil.

En la relación entre Derecho Eclesial y Derecho Eclesiástico, limitándose a la tradición católica, es relevante considerar el lugar del Derecho Canónico para la práctica y doctrina jurídica de Brasil. Partiendo de Norberto Bobbio¹⁵ se establece que el Derecho Canónico se comportaría como un ordenamiento derivado en todo aquello en lo que pretenda tener relevancia jurídico-civil y como derecho originario y soberano en todo lo demás.¹⁶ De ahí que solo una parte de las normas canónicas posean o adquieran la consideración del Derecho estatutario; en concreto, aquella que se incorporan al ordenamiento jurídico estatal. Del punto de vista del Derecho estatal, por medio de la técnica de relación entre ordenamientos jurídicos, la remisión material¹⁷, incorporase a su propio ordenamiento normas sobre una determinada

¹⁴ PIMSTEIN, María Elena. “Responsabilidad civil de Iglesia por delitos cometidos por clérigos en Chile: un caso reciente”, en ANALES DERECHO UC. Actas del IV Coloquio del consorcio latinoamericano de libertad religiosa, Santiago: PUC de Chile, 2005, p. 174.

¹⁵ BOBBIO, N. Teoria do ordenamento jurídico. 7. ed. Brasília: UNB, 1996. p. 258.

¹⁶ FERNÁNDEZ-CORONADO, A. Derecho confesional en Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II. Madrid: Civitas, 1995 , 2206)

¹⁷ Las técnicas de relación entre ordenamientos jurídico elaboradas en primer lugar por el Derecho

materia, dándole eficacia jurídica. De tal forma, la aplicación, integración e interpretación de esas normas incorporadas se deberá realizar teniendo en cuenta los principios del ordenamiento receptor o remitente con los que en ningún caso podrá entrar en contradicción. Por otro lado, del punto de vista del Derecho Canónico, la tesis de Bobbio se confirma con la técnica del *rivio alla legge civile*.¹⁸ Esta técnica jurídica, también conocida como canonización de la ley estatal (can. 22 del Código Canónico de 1983), es la opción del legislador canónico de acrecentar nuevas leyes en el Derecho Canónico, adaptándose a la cultura jurídica de cada Estado.

3 La jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia respecto al Derecho Eclesiástico

El dialogo entre los ordenamientos es leído en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia, donde se puede verificar la aplicación e interpretación de las leyes por los Ministros Jueces. De hecho la extensión y volumen de demandas pude ser mesuradas en el buscador *jusbrasil*, mediante la expresión “Iglesia Católica”. La jurisprudencia en los Tribunales llega a la marca de 3.937 ocurrencias. Al final de la lectura de estos datos, lograse responder la pregunta inicial por la justa formación de operadores de derecho en el campo de Derecho Eclesiástico.

La elección de estudiar la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia es en razón de que esta Corte resuelve cuestiones directamente relacionadas con normas constitucionales en instancia superior y, a su vez, uniformiza entendimientos respecto materias en carácter nacional, servido de parámetro para resolución de las demandas judiciales por los jueces de primera y segunda instancias.

El análisis de la jurisprudencia, cuanto a lo cronológico, se limita a un periodo específico, es decir entre los años 2011 e 2019. Con respecto a los límites substanciales,

internacional privado, se ha adaptado para las peculiaridades de la relación entre ordenamientos canónico y estatal. Elaborado por Llamazares Fernández (FERNANDEZ, Llamazares. *Derecho de la libertad de conciencia. La Libertad de conciencia y laicidad*. Madrid: Cívitas, 1997, pp. 26-30), la técnica de relación entre ordenamientos distingue entre remisión material y formal. La remisión formal consiste en que el ordenamiento remitente se limita a autorizar que una determinada materia sea regulada por normas de otro ordenamiento jurídico. El ordenamiento remitente formal no incorpora, simplemente se limita a reconocer la plena validez de otro ordenamiento. La remisión material, las normas sobre determinada materia de otro ordenamiento es incorporado a su propio ordenamiento jurídico y no se limita, como en el caso anterior, a darles eficacia jurídica.

¹⁸ DE PAOLIS, V. *I beni temporali della Chiesa. Nuova Edizione Aggiornata e integrata*. Bologna: EDB, 2016, p. 69.

fue hecha una pesquisa en el buscador *jurisprudencia STJ* bajo las expresiones “Derecho eclesiástico” y “Derecho canónico”. Con los términos “Derecho eclesiástico”, fue hallado una (1) sentencia y treinta-ocho (38) decisiones monocráticas. La única sentencia de la Corte que aparece, tras la pesquisa, “Derecho eclesiástico”, no ofrece elementos materiales para el objeto del artículo, y las decisiones monocráticas, apenas dos (2) puede ayudar en los argumentos: el AResp 2018/1345095 y el Resp 2018/1506357

En el caso de la pesquisa con la expresión “Derecho canónico”, fue hallado tres (3) sentencias de relevancia para el tema tratado aquí. La Sentencia Extrajera Contestada 2014/0121085-1, el Resp 2011/1269544/MG, el Conflicto de competencias 2014/0219441-0.

En razón del diminuto número de decisiones, el trabajo será también cualitativo, estudiando los contenidos de las sentencias y decisiones monocráticas. Empezando por las decisiones monocráticas, el primer caso tratase del agravio al Recurso especial n. 1345095/2018, por parte de Arnaldo Vitor Montero, a la sentencia del Tribunal de Justicia de Ceará. El autor del Agravo, en acción ordinaria, recorre al judiciario para hacer su transferencia del cuadro de oficiales militares capellanes para aquel de militares combatientes. La razón es que el autor había contraído matrimonio y, consecuentemente, perdió el uso de ordenes en el ejercicio de las funciones eclesiásticas. El fallo fue contra la trasferencia en primera instancia, en el Tribunal de Justicia y en la Corte Superior. El Sr. Arnaldo agravó en Recurso especial y lo mismo fue desestimado.

El Ministro Napoleão Nunes argumentó, cuanto al mérito, que las razones de apelación no procedían puesto que, cuando el apelante contrajo las nupcias, infligió el Can. 1394, § 1, 3 del Código de Derecho Canónico 1983 y perdió automáticamente (*latae sententiae*) el derecho del ejercicio de oficio eclesiástico. Corrobora con la normativa canónica, el art. 14 de la Ley 6923/81 que dispone sobre el servicio de asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas donde un oficial capellán puede ejercer otras funciones en el servicio militar mientras es suspenso temporariamente, pero que no pase de dos años la suspensión, de lo contrario será demitido *ex officio*. En este caso, la jurisprudencia monocrática de la Corte, mediante la técnica de la remisión material, integra en el sistema jurídico estatal la legislación canónica y decide con ella.

En el segundo caso de decisiones monocráticas, el tema de la relación entre ordenamientos estatales y canónico es tratado tangencialmente. De hecho, el Resp 1506357/2018 analiza el cómputo del tiempo de servicio de un seminarista para el uso en la Previdencia. La Ministra Regina Helena Costa argumenta que no es posible usar el tiempo como seminarista para cómputo providenciaría puesto que no hay vínculo de empleado entre la Iglesia y seminarista (o religiosos). Los religiosos son considerados contribuyentes individuales (art. 11, V, aliena C de la ley 82213/91). Por lo tanto, sin prueba de vinculo de empleo subyacente al desempeño de tareas en la condición de seminarista, y siendo equiparado a autónomo, la filiación revelase facultativa (art. 2, 4 y 5 de la ley 3807/60 y ley 6696/79).

A la jurisprudencia aquí indicada, juntase el art. 10, I del Decreto n. 7107/2010 que especifica, bajo el carácter peculiar de la Iglesia Católica, y sus instituciones, que el vínculo entre ministros ordenados, fieles consagrados, religiosos y equiparados, no genera vínculo de empleo. Esta tradición jurídica estatal está fundada en la cultura jurídica canónica en la cual los ministros u equiparados no tienen remuneración, sino que derecho a justo sostenimiento (Can. 281, § 1 y 2 Derecho Canónico de 1983).

Haciendo un paso a las sentencias de la Corte, juzgadas por una Turma de Ministros, se inicia con el Conflicto de Competencia 135709/SP de 2014 que trata del mismo asunto que el juzgado anterior. El Ministro Relator considera que es competencia de la Justicia Común la hipótesis de daños materiales y morales de religioso alejado de sus funciones religiosas y no de la justicia del trabajo, puesto que no hay vínculo de empleo. Los ministros siguen el voto del Relator.

En el Recurso especial 1269544/MG de 2011, el Ministro Relator João Otávio de Noronha niega rectificación de donación de propiedades a la diócesis en razón del donante haber donado a San Sebastián. El Ministro Relator argumenta que es legítima la presunción de la donación hecha a la Iglesia. Entiende que la Mitra diocesana es, desde el Derecho canónico, la representante legal de todas las Iglesias Católicas de la respectiva diócesis, y que el Obispo diocesano, es el representante de la diócesis para los negocios jurídicos en que se involucre (art. 393 del Código de Derecho Canónico de 1983). La tercera turma de la Corte Superior sigue, por unanimidad, el relator.

El último juzgado en jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, trata de la Sentencia Extranjera Contestada 11962/EX de 2014, donde el Ministro Relator es

Feliz Fischer. El Ministro rechaza la argumentación de inconstitucionalidad con imposibilidad jurídica del pedido. De hecho, el art. 12 del Decreto legislativo n. 698/2009, así como el art. 12 del Decreto Federal n. 7107/2010 (acuerdo Brasil-Santa Sé) disponen que la homologación de sentencia eclesiástica en materia matrimonial será realizada en los términos de la legislación brasileña, de modo que, confirmado por el órgano superior de control de la Santa Sede, son consideradas sentencias extrajeras y deberán ser homologadas. Por lo tanto, la propia Constitución Federal vigente, en el art. 19, § 1 autoriza la colaboración entre el Estado y la Iglesia en razón del interés público. Vale recordar que el ministro pone en relieve que el Derecho Canónico, inserto en la cultura jurídica occidental, asegura los derecho de defesa y los principios de igualdad y del contradictorio. Más una vez, la *Turma de Ministros* sigue por unanimidad el Relator.

En el recorrido de análisis de los cinco (5) juzgados, todas las decisiones, sean monocráticas o de las *Turmas*, son unánimes en favorecer el uso del Derecho Canónico, o su cultura jurídica, conjuntamente con el Derecho Eclesiástico. En la verdad, el Derecho Eclesiástico integra el Derecho canónico sea de forma directa u indirecta en el ordenamiento jurídico patrio.

El objetivo de la Corte es actualizar la intención del constituyente que ha hecho la opción por una laicidad de colaboración, donde las materias del ordenamientos jurídicos estatal y canónico conviven lo más armónicamente posible. Esta característica mueve la pesquisa al campo de la presencia del Derecho Eclesiástico en las universidades y su relevancia para os académicos en Derecho.

4 El Derecho Eclesiástico como disciplina universitaria en el curso de ciencias jurídicas de Brasil

La relación entre los ordenamientos jurídicos canónico y estatal brasileño se da mediante el modelo constituyente de colaboración en razón del interés público. El *corpus* del Derecho Eclesiástico corrobora con esta relación de buena convivencia. La jurisprudencia de la Corte Superior, a su vez, conserva el modelo de colaboración y integra, por la técnica de la remisión material, la *mens* del Derecho Canónico en sus decisiones.

Además de los datos histórico-jurídicos y jurisprudenciales que testimonian la relevancia del Derecho Eclesiástico, la expresiva presencia de las organizaciones religiosas de la Iglesia Católica demuestra la necesidad de formar operadores del derecho en esta disciplina.

El modelo liberal y secularista del fin del siglo XIX produjo una separación formal contundente entre Iglesia Católica y las instituciones estatales, entre las cuales, la enseña universitaria. Desde su marco inicial idealizado en Coímbra, la academia jurídica brasileña fue llevada a un alejamiento de las influencias eclesiásticas en sus planes de estudios.

Inicialmente, el Derecho Eclesiástico permaneció en el plan de estudio elaborado por la Constitución de 1827. En 1879, con el nuevo plan de enseñanza jurídica, el Derecho Eclesiástico se convirtió en optativa, y finalmente, en la reforma de 1895 fue retirada del currículo definitivamente.¹⁹

El abismo que separa la práctica de la enseñanza jurídica del Derecho Eclesiástico en los Cursos de Derecho brasileño en el siglo XIX y su ausencia hasta hoy puede ayudar a entender la confusión que se hace respecto esta materia en los casos de universidades que ofrecen en su plan de estudio la disciplina.

Para entender mejor el estado actual de la oferta de esta disciplina, la pesquisa tiene en cuenta dos Universidades importantes en la enseñanza académica en Brasil²⁰. La *Universidad de San Paulo* (USP Ribeirão Preto) y la *Pontificia Universidad de Rio Grande do Sul* (PUCRS).

La USP Ribeirão tiene la disciplina de Derecho Eclesiástico inserida en la área de concentración Filosofía del Derecho y Disciplinas Básica (DFB9002). ²¹ Describiendo sus objetivos, la Facultad de Derecho se propone analizar, bajo perspectiva sócio-jurídica, la relación del Derecho Eclesiástico con el ordenamiento general y los estatutos jurídicos de todas las principales religiones.

El problema de la propuesta es de orden epistemológica y metodológica. La Facultad mezcla temas de derecho, sociología de la Religión y derecho eclesial. En primer lugar, el Derecho Eclesiástico es el estudio del corpus jurídico producido por el

¹⁹ MARTÍNEZ, S.-R “A evolução do ensino jurídico no Brasil”. Disponible: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Fecha de consulta: 18/05/2019.

²⁰ En el RUF 2018 (*Ranking Universitario de la Folha*), índice nacional de valuación de universidades, la USP ocupa el primer lugar, mientras la PUCRS, el decimo octavo. (ver <https://ruf.folha.uol.com.br/2018/ranking-de-universidades>)

²¹ Ver en <https://uspdigital.usp.br/jupiterweb/obterDisciplina?sgldis=DFB9002>.

Estado para normatizar las relaciones institucionales entre Estado y Religión. Aunque sea interesante un background histórico, el programa no deja claro lo principal, que es el estudio de las leyes estatales y su interpretación doctrinaria y jurisprudencial, y la respectiva relación con los estatutos jurídicos propios de las Religiones.

La PUCRS también ofrece el curso de Derecho Eclesiástico como disciplina electiva (24129-02)²² con la siguiente objetivo: proporcionar una visión general del derecho de la Iglesia Católica. El contenido programático es claro y el corte epistemológico coherente. Sin embargo, poco tiene que ver con Derecho Eclesiástico, siendo mas conforme con una disciplina de Derecho Eclesial, específicamente, Derecho Canónico.

Los dos ejemplos demuestran la dificultad de entendimiento básico de lo que sea Derecho Eclesiástico, con confusiones epistemológicas y abordajes históricas más conforme con la sociología de la religión.

En estudio comparado, vale traer el ejemplo del sistema universitario de los EE.UU que tiene una especie de club de Universidades llamado Ivy League (Club de la hiedra). Estas Universidades forman parte de la más antigua y prestigiosa instituciones de enseñanza del mundo, a ejemplo de Harvard, Princeton, Yale, Notre Dame, Stanford, etc., que a su vez, jamás abandonaran la tradición académica de Religious Liberty Studies o Derecho Eclesiástico Sus programas son coherentes con la disciplina, sobretodo, en razón de la continuidad de la enseñanza en estas instituciones.²³

En todo el continente latinoamericano, el cultivo de la disciplina es reciente, con todo, ya existe cátedras universitarias de Derecho Eclesiástico. En la Universidad de Valparaíso (Chile) fue inaugurado una asignatura en 2004, denominada “Derecho Eclesiástico del Estado de Chile”. Aún en Chile, hay el Centro de Libertad Religiosa de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago. En Argentina, otro grupo importante de estudio de Derecho Eclesiástico, se reúnen en el Instituto de Derecho Eclesiástico, Pontificia Universidad Católica de Buenos Aires. La Universidad Católica de San José, Perú lanzó maestría en Derecho Eclesiástico en

²² Ver en www.pucrs.br/direito.

²³ SANCHEZ-BAYON, A. “*El derecho eclesiástico en las universidades estadounidenses. Su estudio mediante jurisprudencia y estudios de caso. 233*”, en REDC, n. 70, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012, pp. 229-265.

2018. Finalmente, vale citar la asignatura de “Derecho Eclesiástico del Estado” ofrecida por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

Todos estos ejemplos citados arriba muestran la presencia y relevancia del hecho religioso estudiado en las academias latinoamericanas y la producción legislativas del Estado, con su correlación al derecho eclesial, profundizadas de forma metódica e científica.

La práctica y reflexión del Derecho Eclesiástico en América Latina, bien como EEUU, debe estimular la cultura jurídica brasileña a avances necesarios para comprender y dialogar con el hecho religioso, realidad relevante en la estructura social, cultura y de poder de los Estados democráticos de derecho.

Conclusión

Cuando se llama a la reflexión el tema del Derecho Eclesiástico en el contexto académico, específicamente jurídico, el primer obstáculo a superar son los prejuicios de corte secularistas. Algunas escuelas o doctrinas jurídicas cuestionan respecto la relevancia del tema en el Derecho contemporáneo, su lugar en el Estado democrático de derecho laico.

La pregunta-problema de la pesquisa respecto la relevancia del Derecho Eclesiástico en la academia y práctica jurídica ofrece algunos elementos propedéuticos para avanzar en la justificada aparente percepción de retroceso. Tras la superación de casi un siglo del movimiento de secularismo, la sociedad occidental y su Derecho experimentan la “vuelta de lo sagrado”, la necesidad de replantear el lugar de Derecho Eclesiástico y su relación con el Derecho Eclesial.

Los números presentados en la pesquisa respecto la presencia de los cristianos católicos en América Latina, y especialmente en Brasil, impone llevar en cuenta el fenómeno religioso desde el punto de vista Jurídico. El Derecho Eclesiástico de Estado es una forma consistente para empezar a garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos religiosos y hacer progresar la defensa de las instituciones democráticas en el diálogo.

Inicialmente, es importante hacer avanzar una doctrina jurídica de integración y buena convivencia entre Derecho Eclesiástico y Derecho Eclesial. Y desde este punto, superar aún las confusiones epistemológicas y metodológicas entre estas dos

disciplinas jurídicas, donde una esta anclada en las ciencias jurídicas laicas y la otra en las ciencias jurídicas teológicas; y la dos, necesariamente, son de campos teóricos intercambiables. Las dos son fundamentales para una construcción consistente del estatuto jurídico de las religiones en el Estado democrático de derecho, pues, aunque distinta son necesariamente transversales.

El dialogo entre las ciencias ayuda también la jurisprudencia que, en la aplicación y interpretación de las leyes, recorren a la doctrina para ofrecer decisiones razonables e importantes. Actualmente, la jurisprudencia en la Corte Superior brasileña ha sido uniforme en los juzgados involucrando temas de Derecho Eclesiástico y Eclesial. Sin embargo, faltan estudios y más interés de las universidades brasileñas en preparar los nuevos operadores del derecho en las disciplinas de Derecho Eclesiástico y Derecho Eclesial, sobretodo para hacer avanzar estas ciencias y ofrecer mejores instrumentos intelectuales a los jueces.

La contribución de esta pesquisa tiene la pretensión de presentar la dificultad de las escuelas de Derecho en Brasil respecto la materia, sobretodo cuando no logran hacer la distinción entre Derecho Eclesial y Eclesiástico. Por lo tanto, teniendo en cuenta la relevancia del Derecho Eclesiástico en Brasil y Latinoamérica, y tras todo el recorrido hecho, queda la necesidad de avanzar aun más en la construcción de un Derecho Eclesiástico, estudiado e influyente en el contexto académico y en la praxis jurídica brasileña.

Referencias

AMORIN, D; MANSUR, C.: Cristãos movimentam R\$ 21.5 bilhões no Brasil. *O Estado de Minas*. Caderno de Economia, Belo Horizonte, 26 de Jan. de 2014). Disponible:www.em.com.br/app/noticia/economia/2014/01/26/internas_economia_491768/cristaos-movimentam-r-21-5-bilhoes-no-brasil.shtml. Fecha de consulta: 22/08/2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Classificação Brasileira de Ocupações: CBO*. 3^a ed. Brasília: MTE, SPPE, 2010.

BRASIL. *Código Civil*. 27^a ed. São Paulo: Rindel, 2018.

BRASIL. *Código Penal*. 27^a ed. São Paulo: Rindel, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. 27^a ed. São Paulo: Rindel, 2018.

BRASIL. Decreto-lei 7107, de 11 de Fevereiro de 2010. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano. *Diário Oficial da União*. Seção 1. 12/02/2010.

BRASIL. Lei 7.716, de 5 de Janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial da União*: Seção 1. 06/01/1989.

BRASIL. Lei 9459, de 13 de Maio de 1997. Altera os arts. 1º. e 2º da Lei 7.716, de 5 de Janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo no art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da União*: Seção 1. 14/05/1997.

BRASIL. Lei 6923, de 29 de Junho de 1981. Dispõe sobre o serviço de assistência religiosa nas forças armadas. *Diário Oficial da União*: 30/06/1981.

BRASIL. Lei 82213, de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: 14/08/1998.

BRASIL. Lei 3807, de 24 de Agosto de 1960. Dispõe sobre a lei Orgânica da previdência social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: 05/09/1960.

BRASIL. Lei 6696, de 08 de Outubro de 1979. Equipara, no tocante a previdência social urbana, os ministros de confissão religiosa e os membros de institutos de vida consagrada, congregação ou ordem religiosa aos trabalhadores autônomos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: - Seção 1 - 09/10/1979.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo 2010*. Disponível: censo2010.ibge.gov.br. Fecha de consulta: 18/05/2019.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília: UNB, 1996.

CASTRO, René Cortinez. *Derecho Eclesiástico Chileno. Normas concordadas y comentadas*. Santiago: UC de Chile, 2010.

CHILE. *Código Civil*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2019.

CHILE. Ley 19.638, de 01 de octubre de 1999. Establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas. *Diario Oficial de la Republica de Chile*. 14/10/1999.

CODIGO DE DIREITO CANONICO. Promulgado por João Paulo II, Papa. Tradução CNBB. São Paulo: Loyola, 1983.

CORPORACION LATINOBAROMETRO. *Análisis online, 2019*. Disponível: <http://latinobarometro.org/latOnline.jsp>. Fecha de consulta: 18/05/2019.

DE PAOLIS, V. *I beni temporali della Chiesa. Nuova Edizione Aggiornata e integrata*. Bologna: EDB, 2016.

GARCIA DE ENTERRIA, E. “*Corso concetto di Diritto Amministrativo come Diritto statutario*”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, Milano, Giuffrè.

FERNÁNDEZ-CORONADO, A. *Derecho confesional en Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol. II. Madrid: Civitas, 1995.

FERNANDEZ, Llamazares. *Derecho de la libertad de conciencia. La Libertad de conciencia y laicidad*. Madrid: Cívitas, 1997.

HUNTER, Ian. *The secularization of the confessional state: the political thought of christian Thomasius*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

LANDA, César. “*La dignidad humana. Cuestiones Constitucionales*”, 7 (julio-diciembre2002). Disponible:www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/7/ard/ard4.htm#N45. Fecha de consulta: 26 de agosto 2019.

MARTÍNEZ, S.-R “*A evolução do ensino jurídico no Brasil*”. Disponible: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Fecha de consulta: 18/05/2019.

ORO, Pedro Ari; URETA, Marcela (2007). “*Religião e Política na América Latina: uma análise da legislação dos países*”, en *Horizontes Antropológicos*, n. 27, ano 13, jan./jun. 2007, Porto Alegre, pp. 281-310.

PICCININI, T.-A. *Manual de direito eclesiástico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIMSTEIN, Maria Elena. “*Responsabilidad civil de Iglesia por delitos cometidos por clérigos en Chile: un caso reciente*”, en *ANALES DERECHO UC. Actas del IV Coloquio del consorcio latinoamericano de libertad religiosa*, Santiago: PUC de Chile, 2005, p. 173-178.

PRECHT, J.-E. *Decrecho Eclesiastico del Estado de Chile. Análisis histórico y doutrinales*. Santiago: Ediciones de la UC de Chile, 2000.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALINAS, Carlos. “*Las fuentes de derecho eclesiástico del Estado de Chile*”, en *Revista de derecho, n. XXI, UC de Valparaíso*, 2000, pp. 167-204.

SANCHÉZ. “*Cuestiones de derecho eclesiástico en la doctrina científica latinoamericana*”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXV, Madrid, Universidad autónoma de Madrid, 2009, pp. 660-680.

SANCHEZ-BAYON, A. “*El derecho eclesiástico en las universidades estadounidenses. Su estudio mediante jurisprudencia y estudios de caso. 233*”, en *REDC*, n. 70, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012.

SOUZA, Lidyan. “*Direito Eclesiástico no Brasil? Uma sugestão. Stato, Chiese e pluralismo confessionale*”, en *Revista Telematica*, Octobre, 2008.

STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AResp 2018/1345095. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Decisão monocrática. Publicação: 09/11/2018. *Jurisprudencia do STJ*. Disponível en: <http://www.stj.jus.br>. Fecha de consulta: 19 mai. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: Resp 2018/1506357. Relatora: Ministro Regina Helena Costa. Decisão monocrática. Publicação: 09/11/2018. *Jurisprudencia do STJ*. Disponível en: <http://www.stj.jus.br>. Fecha de consulta: 17 set. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: Resp 2018/1506357. Relatora: Ministro Regina Helena Costa. Decisão monocrática. Publicação: 09/11/2018. *Jurisprudencia do STJ*. Disponível en: <http://www.stj.jus.br>. Fecha de consulta: 17 set. 2019.

STJ. Sentença Estrangeira Constada: SEC CE 2014/0121085-1. Relatora: Ministro Felix Fischer. DJ: 04/11/2015. *Jurisprudência do STJ*. Disponível en: <http://www.stj.jus.br>. Fecha de consulta: 17 set. 2019.

STJ. Conflito de Competência: CC SP 2014/0219441-0. Relatora: Ministro Raul Araújo. DJ: 25/03/2015. *Jurisprudência do STJ*. Disponível en: <http://www.stj.jus.br>. Fecha de consulta: 17 set. 2019.

STJ. Recurso Especial: Resp MG 2011/1269544. Relatora: Ministro João Otávio de Noronha. DJ: 26/05/2015. *Jurisprudência do STJ*. Disponível en: <http://www.stj.jus.br>. Fecha de consulta: 17 set. 2019.

VATICANO. Segretaria di Stato. “*Annuarium Statisticum Ecclesiae, 2016*”, Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2018.

6. O PLANEJAMENTO DE AÇÕES ESTRATÉGICAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE E PREVENÇÃO À EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM MUNICÍPIOS TURÍSTICOS

THE PLANNING OF STRATEGIES POLICY ACTIONS OF COMBAT AND ERRADICATION OF COMMERCIAL SEXUAL EXPLOITATION OF CHILDRENS AND ADOLESCENTS IN TOURIST MUNICIPALITIES



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-6>

Rafael Bueno da Rosa Moreira¹

Higor Neves de Freitas²

Resumo

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar a necessidade do planejamento de ações estratégicas de políticas públicas de combate e prevenção à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em municípios turísticos brasileiros. Para tanto, os objetivos específicos são: contextualizar a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em municípios turísticos no Brasil; expor a proteção jurídica contra a exploração sexual comercial; e especificar o planejamento de ações estratégicas de políticas públicas a partir da realização de diagnósticos como fundamento para o

¹ Doutorando em Direito com Bolsa Prosuc Capes Modalidade II e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário da Região da Campanha – URCAMP/Bagé. Coordenador do Projeto de Extensão sobre Trabalho Infantil e Políticas Públicas para o seu enfrentamento no município de Bagé-RS, do Projeto de Pesquisa sobre Violência Intrafamiliar contra Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes nos Países do Mercosul (GEDIHCA), vinculados ao Curso de Direito da URCAMP. Endereço eletrônico: rafaelbmoreira2@yahoo.com.br. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Mestrando em Direito com Bolsa Prosuc Capes Modalidade I pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP), Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (GRUPECA/UNISC), do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC), do Projeto de Pesquisa sobre Violência Intrafamiliar contra Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas (URCAMP) e do Projeto de Extensão sobre Trabalho Infantil e Políticas Públicas para o seu enfrentamento no município de Bagé-RS (URCAMP). Endereço eletrônico: freitashigor_@hotmail.com. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

combate e prevenção à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em municípios turísticos. O problema que orienta a pesquisa é qual é a importância do planejamento de ações estratégicas de políticas públicas precedidos de diagnósticos no combate e prevenção à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em municípios turísticos? O método de abordagem é o dedutivo, que analisa, primariamente, as premissas gerais sobre o tema, para, posteriormente, realizar as especificações. O método de procedimento é o monográfico. Utiliza-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, o que se dá pelo estudo de artigos científicos, livros e planos nacionais. Constatata-se que o planejamento a partir da realização de diagnósticos que identifiquem a realidade do município sobre a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é requisito fundamental para que se possa agir estrategicamente no enfrentamento ao problema em espaços turísticos brasileiros.

Palavras-chave: adolescente. diagnóstico. criança. exploração sexual comercial. trabalho infantil.

Abstract

It's general goal is to demonstrate the necessity for the planning of strategic public policy actions to combat and prevent the commercial sexual exploitation of children and adolescents in Brazilian tourist municipalities. The specific goals are contextualize the commercial sexual exploitation of children and adolescents in tourist municipalities in Brazil; expose the legal protection against commercial sexual exploitation; and to specify the planning of strategic public policy actions based on the diagnosis. The problem questions: What is the importance of planning strategic public policy actions preceded by diagnoses in combating and preventing the commercial sexual exploitation of children and adolescents in tourist municipalities? The method of approach is deductive and the procedure method is monographic, with the use of bibliographic and documental research techniques. As a result, we verify that the planning based on diagnoses who identify the reality of the municipality on the commercial sexual exploitation of children and adolescentes is a fundamental requirement to act strategically in facing the problem in brazilian tourist spaces.

Keywords: adolescent. diagnostic. children. Explotation of children and adolescent. child labour.

Introdução

A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é considerada uma modalidade de violência sexual e uma das piores formas de trabalho infantil, devendo ser enfrentada como um dos desafios relacionados a proteção de direitos de crianças e adolescentes no Brasil.

Para o desenvolvimento da abordagem sobre o tema, buscou-se como delimitação especificar o papel do planejamento de ações estratégicas de políticas públicas de combate e prevenção à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em municípios turísticos brasileiros, o que deve ser precedido de diagnósticos que relatem a realidade contextual dos espaços sociais onde ocorre a violação de direitos. O marco teórico para a realização da investigação foi a teoria da proteção integral, que é o alicerce em prol da garantia de direitos da criança e do adolescente desde o marco temporal da Constituição da República Federativa do Brasil.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar a necessidade do planejamento de ações estratégicas de políticas públicas de combate e prevenção à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em municípios turísticos brasileiros. Para tanto, os objetivos específicos são: contextualizar a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em municípios turísticos no Brasil; expor a proteção jurídica contra a exploração sexual comercial; e especificar o planejamento de ações estratégicas de políticas públicas a partir da realização de diagnósticos como fundamento para o combate e prevenção à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em municípios turísticos.

A abordagem teórica sobre o tema se justifica em decorrência da importância do planejamento de ações estratégicas para o avanço no enfrentamento da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em municípios onde ocorrem atividades turísticas. O tema possui relevância jurídica, em razão das distintas violações de direitos fundamentais inerentes à infância que são originadas pela sua ocorrência. Possui relevância social, pois ocasiona situações de exclusão social, pobreza e violência, prejudicando diretamente o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes. Ainda, o assunto possui justificativas acadêmicas para o seu estudo, pois é preciso aportes teóricos que possibilitem o aperfeiçoamento do enfrentamento a

exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, que deve ser iniciada por um adequado planejamento.

Como problema de pesquisa a ser respondido, questiona-se: qual é a importância do planejamento de ações estratégicas de políticas públicas precedidos de diagnósticos no combate e prevenção à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em municípios turísticos?

O método de abordagem é o dedutivo, que analisa, primariamente, as premissas gerais sobre o tema, para, posteriormente, realizar as especificações. O método de procedimento é o monográfico. Utiliza-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, o que se dá pelo estudo de artigos científicos, livros e planos nacionais.

1 Contexto da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em municípios turísticos

A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é uma prática que tem sido constatada nos municípios brasileiros com alta incidência turística, havendo constantes violações de direitos que se embasam, especialmente, na desigualdade econômica num paradoxo as movimentações financeiras decorrentes do turismo. Ela é considerada como uma das piores formas de trabalho infantil expostas pela Organização Internacional do Trabalho em sua Convenção 182 e, ao mesmo tempo, é uma das modalidades de violência sexual contra crianças e adolescentes que ocorrem no Brasil.

Assim como é um tipo de violência sexual, a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é classificada como uma das piores formas de trabalho infantil na perspectiva jurídica brasileira e internacional. É ocasionada por distintas motivações de ordem econômica, social, cultural e política, gerando consequências negativas para o desenvolvimento humano. Pode ser conceituada como uma atividade de cunho sexual ou pornográfico, realizada por crianças e adolescentes mediante uma contraprestação financeira, oferecimento de bens, realização de promessas ou de ameaças, sendo remunerada ou não. Geralmente, é estratégia de sobrevivência decorrente de privações econômicas.

A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é definida como uma relação de mercantilização (exploração/dominação) e abuso (poder) do corpo de crianças e adolescentes (oferta) por exploradores sexuais (mercadores), organizados em redes de comercialização local e global (mercado) ou por pais, ou responsáveis, e por consumidores de serviços性ais pagos (demanda)³.

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes consiste em: “*La explotación sexual comercial infantil es la explotación por un adulto de un niño, niña o adolescente, menor de 18 años, acompañada del pago en efectivo o en especie al niño, niña o adolescente, o a un tercero o terceros*”⁴.

As crianças e adolescentes são exploradas sexualmente de forma comercial em decorrência da circunstância de privação de direitos. A falta de condições econômicas para a subsistência faz com que muitas crianças e adolescentes sejam exploradas em tais práticas, reproduzindo-se a perversidade decorrente do desequilíbrio de poder oriundo de distintas condições financeiras e etárias entre adultos que possuem condições econômicas e crianças e adolescentes que são privadas dessa⁵.

Como fatores causais, destacam-se os culturais, econômicos, sociais e políticos. Do ponto de vista cultural, a exploração sexual comercial é resquício da perpetuação da submissão de crianças e adolescentes a vários tipos de violência e exploração, incluindo-se o universo sexual. Na perspectiva econômica e social, são extremas as desigualdades econômicas e sociais, o que gera privação de direitos e exclusão social em razão da situação de pobreza. E, politicamente, são insuficientes as políticas públicas que podem enfrentar efetivamente todas as ramificações do problema.

Em geral, os valores recebidos pelas crianças e adolescentes em decorrência da exploração sexual comercial servem para que se possa garantir as condições básicas de subsistência. Pode-se asseverar que tal maneira de exploração é “perversa, desprotegida e degradante”⁶.

³ Pinto Leal, Maria Lúcia; Pinto Leal, Maria de Fátima. *Estudo Analítico do Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes (Período 1996-2004) - Relatório Final*. Rio de Janeiro: VIOLES/SER/UnB; Save the Children. Suécia, 2005, p. 21-22.

⁴ Programa Internacional para erradicação ao trabalho infantil. *Explotación Sexual Comercial. Organización Internacional del Trabajo – OIT*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ipec/areas/CSEC/lang--es/index.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

⁵ Macedo Farias de Souza, Deliane. *Sexo não é brincadeira: O sentido de infância para adolescentes inseridas na exploração sexual comercial*. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Departamento de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2008, p. 49.

⁶ Dutra Thomé, Luciana. *Exploração Sexual e Trabalho: Um estudo de fatores de risco e proteção com adolescentes e jovens*. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 17.

As situações de pobreza, extrema pobreza e exclusão social trazem como consequência direta a falta de condições elementares para a subsistência e a negação de direitos inerentes à cidadania. Em municípios que possuem por características atividades de cunho turístico, há grandes movimentações econômicas em torno de diversos serviços. A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes acaba ocorrendo em algumas localidades em vista da movimentação econômica gerada pelo turismo e do interesse do turista por essa atividade, de um lado, e das privações de direitos que levam a submissão a práticas exploratórias em busca de condições básicas para a sobrevivência durante o período geracional da infância, por outro.

A consequências da exploração sexual comercial como uma modalidade de trabalho infantil são nefastas para o desenvolvimento humano na atual sociedade que se baseia no consumo. Na perspectiva educacional, causa prejuízos em relação ao desenvolvimento intelectual e evasão escolar. Em relação a saúde humana, gera consequências para o desenvolvimento físico e psicológico, além do risco de doenças e gravidez prematura. Já sobre o ponto de vista econômico, a exploração sexual comercial exclui socialmente e perpetua o ciclo intergeracional da pobreza, havendo a manutenção da situação de pobreza ou de extrema pobreza familiar quando a criança ou o adolescente que foi explorado chegar a vida adulta. Contemporaneamente, sempre que houver mais prematuramente a exploração de atividades laborais abaixo das idades mínimas permitidas, piores serão as oportunidades na vida futura em vista da competitividade do mercado capitalista globalizado⁷.

O enfrentamento da exploração sexual comercial tem por finalidade a garantia do desenvolvimento integral de crianças e adolescentes, que se dá devido a situação peculiar de pessoa em situação de desenvolvimento, caracterizada pelas transformações de natureza física, psicológica, mental, sociocultural, moral e biológica. A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes gera, invariavelmente, violações a direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes. Portanto, faz-se necessário conhecer o contexto turístico do município para pode diagnosticar como será estruturado o planejamento de ações estratégicas para o enfrentamento da exploração sexual comercial.

⁷ Viana Custódio, André; Bueno da Rosa Moreira, Rafael. “Estratégias Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes”. en: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. *Anais eletrônicos*. Salvador: UFBA, 2018, p. 307.

2 Proteção jurídica contra a exploração sexual comercial

A proteção jurídica aos direitos da criança e do adolescente se estruturou a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, oportunidade na qual passou se estabeleceu tríplice responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado e uma condição peculiar de pessoa em desenvolvimento:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência,残酷和opressão.⁸

A teoria da proteção integral se tornou um “referencial paradigmático para a formação de um substrato teórico constitutivo do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil”, rompendo-se com a antiga tradição menorista, que tratava crianças e adolescentes com repressão, mas que acabaram formando um “status teórico substantivo orientador da compreensão de valores, princípios e regras próprias”⁹.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, propôs uma regulamentação a proteção da criança e do adolescente com a formação de um conjunto de dispositivos que passaram a garantir a proteção integral das crianças e adolescentes, garantindo-se os direitos fundamentais desses¹⁰. Nesse contexto, o texto constitucional passou a estipular limites de idade mínima para se exercer atividades de trabalho, oportunidade na qual se proíbe o trabalho insalubre, perigoso e noturno a pessoas com idade abaixo dos 18 anos, bem como qualquer outra forma de trabalho desde que realizado por pessoas com idade abaixo de 16 anos, exceto na condição de aprendiz, quando se permite o trabalho a partir dos 14 anos¹¹.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente também passou a regular o assunto e proibiu o trabalho noturno, perigoso, insalubre ou penoso, bem como o

⁸ Brasil. *Constituição Federal de 1988*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

⁹ Viana Custódio, André. “Teoria da proteção integral: pressupostos para a compreensão do direito da criança e do adolescente”. Revista do Direito: Revista do programa de pós-graduação do mestrado e doutorado, jan-jun. 2008, n. 29, p. 22-43.

¹⁰ Brasil. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹¹ Brasil. *Constituição Federal de 1988*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

realizado em “em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social” e em “horários e locais que não permitam a frequência à escola”¹².

A proteção no âmbito internacional começou a se estabelecer com a universalização dos direitos humanos, tendo em vista que a Convenção sobre os Direitos das Crianças estabeleceu garantias fundamentais em prol de crianças e adolescentes, entre eles, a liberdade, a paz, a justiça, reconhecendo todos seres humanos como possuidores de dignidade desde a infância¹³. Essa construção se constituiu por uma influência internacional que foi precedida por convenções e tratados internacionais, entre eles, o Pacto de São José da Costa Rica¹⁴ e a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵, os quais foram importantes para o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direito, culminando em um reordenamento das políticas públicas brasileiras em prol da infância.

A Convenção Nr. 138, ratificada em 15 de fevereiro de 2002, por meio do Decreto n. 4.134, da Organização Internacional do Trabalho, tratou sobre a elevação da idade progressiva de uma idade mínima para o trabalho e a adoção de uma política nacional de erradicação do trabalho infantil, que se instituiu no Brasil como o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI)¹⁶. A Convenção Nr. 182, por outro lado, ratificada em 12 de setembro de 2000, por meio do Decreto n. 3.597 da Organização Internacional do Trabalho, fundamentou a necessidade de ações imediatas para a erradicação das piores formas de trabalho infantil¹⁷.

Desse modo, se comprehende a proteção jurídica contra a exploração sexual comercial, contudo, que necessita ser efetivada por meio de um planejamento de ações estratégicas de políticas públicas, que envolvem a realização de diagnósticos locais

¹² Brasil. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹³ Organização das Nações Unidas. *Convenção sobre os Direitos das Crianças*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁴ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Pacto de São José da Costa Rica*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁵ Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁶ Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 138*. [s.d.]. Disponível em: <<http://white.oit.org.pe/ipec/pagina.php?seccion=47&pagina=156>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁷ Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 182*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/com-chic.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

3 Combate e prevenção à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em municípios turísticos: o planejamento de ações estratégicas de políticas públicas a partir da realização de diagnósticos

Políticas públicas são “iniciativas do Estado (governos e poderes públicos) para atender demandas sociais referentes a problemas políticos de ordem pública ou coletiva”¹⁸. No atendimento de crianças e adolescentes, as políticas públicas são desenvolvidas de forma descentralizadas, pressupondo uma relação de proximidade com a sociedade, bem como uma participação comunitária. Essa participação social seria de suma importância para obter o aperfeiçoamento da efetivação do direito, pois a proximidade com o destinatário final possibilita a “maior a possibilidade de êxito quando do desenvolvimento em conjunto com a comunidade, aumentando a construção democrática no espaço local, por meio da descentralização”¹⁹. O poder local representa, desse modo, um modelo participativo e democrático, possibilitando uma aproximação da sociedade e garantindo um maior poder nas escolhas do cidadão, que passa a atuar de forma efetiva na captação do social humano por meio de políticas públicas²⁰.

O diagnóstico da situação permite a compreensão quantitativa e qualitativa do trabalho infantil, em especial, quanto ao seu processo de ampliação e redução em determinadas regiões, bem como sua complexidade envolvendo questões de étnica, gênero e valores culturais. Nesse aspecto, a comparação dos dados do Censo/IBGE/2010 “com a realidade local se faz fundamental para a construção de uma política pública que atenda à realidade local”, o que demonstra a necessidade de diagnósticos sobre trabalho infantil que leve em consideração três ciclos de ações, que envolvem identificar as fontes e base de dados, estudar as bases locais de dados sobre trabalho infantil, bem como analisar as práticas locais de encaminhamento nos casos de trabalho infantil²¹.

¹⁸ Schmidt, João Pedro. *“Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas”*. Revista do Direito: Revista do programa de pós-graduação do mestrado e doutorado, jan-jun. 2008, v. 3, n. 56, p. 122.

¹⁹ Viana Custódio, André; BUENO DA ROSA MOREIRA, Rafael. *“Estratégias Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes”*. en: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. Anais eletrônicos. Salvador: UFBA, 2018, p. 309.

²⁰ Hermann, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017.

²¹ Francisco de Souza, Ismael. *O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e*

Essa é a considerada a fase mais importante na elaboração de políticas públicas, tendo em vista que os dados do IBGE não fornecem informações necessárias para uma busca ativa de crianças e adolescentes. Nesse passo, a partir desses diagnósticos, se desenvolve fluxos de encaminhamento com a rede de atendimento, capaz de atender às demandas locais, interagindo com as políticas públicas e instituições que integram o Sistema de Garantia de Direito da Criança e do Adolescente²².

A construção de um diagnóstico que leve em consideração as potencialidades e as alternativas para a superação das fragilidades existentes tende a qualificar as práticas e estratégias de gestão existentes em âmbito local. A produção do diagnóstico constitui evento cíclico que deverá se repetir de maneira integrada e articulada entre as instituições periodicamente. Por isso, é necessário pensar a dimensão temporal dentro da real capacidade de operacionalização das instituições integrantes de todo o processo. Neste contexto, resta destacar a importância dos processos avaliativos na condução do diagnóstico e também dos seus resultados, proporcionando possibilidades de aprimoramento e melhoria na eficiência de tais processos²³

Destaca-se a importância da elaboração de um diagnóstico local sobre a identificação e encaminhamento para o estabelecimento de uma gestação adequada da política de enfrentamento e prevenção e a definição de ações estratégicas nos casos de violações de direito, atuando como um instrumento de articulação interinstitucional e sensibilizando os atores sociais a melhorar o enfoque das políticas públicas que, por muitas vezes, são ineficientes²⁴.

A perspectiva de uma atuação articulada e intersetorial no desenvolvimento de políticas públicas, primando pelo empoderamento local, se torna um dos passos fundamentais para a prevenção e erradicação da exploração sexual comercial, pois se constitui ações estratégicas integradas de diversos órgãos a partir de uma rede de enfrentamento. Essas políticas públicas possuem a finalidade de efetivar os direitos

adolescentes no Brasil. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul. 2016. p. 211.

²² Francisco de Souza, Ismael. *O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul. 2016. p. 195.

²³ Francisco de Souza, Ismael. *O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul. 2016. p. 221.

²⁴ Da Silva Lima, Fernanda; Rose Petry Veronese, Josiana. “*Política Pública para a Criança e o Adolescente no Brasil: uma trajetória de avanços e desafios*”. en Rose Petry Veronese, Josiane (Coord). Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas. Rio de Janeiro: Lumenuris, 2017. p. 266.

fundamentais das crianças e adolescentes, utilizando-se de quatro tipos de políticas integradas que compõem o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, quais seja, as políticas de atendimento, de proteção, de justiça e de promoção de direitos²⁵.

Assim, se constitui diversos níveis para a realização das políticas públicas. O primeiro nível é o de atendimento, que é planejado pelos Conselhos de Direito de Crianças e Adolescentes, que envolve uma atuação nos três níveis federados e tem uma participação conjunta entre entidades governamentais e representantes da sociedade civil. Assim, ocorre a execução de políticas públicas sociais para assegurar os serviços de saúde, educação, assistência social, cultura, esporte e lazer²⁶.

Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente atuam, desse modo, na deliberação de todas as políticas sociais básicas, bem como nos serviços especializações e nas demais ações, sejam governamentais ou não, desde que estejam diretamente ligadas ao atendimento de crianças e adolescentes. Assim, são os grandes articuladores das políticas de atendimento, realizando diagnósticos periódicos por meio da coleta de dados acerca da situação da efetivação dos direitos fundamentais que são obtidos junto aos demais órgãos que compõem o Sistema de Garantia de Direitos, oportunidade na qual se torna possível definir ações estratégicas e as prioridades nas políticas públicas²⁷.

O segundo nível é o de proteção, que “atua no enfrentamento das práticas de ameaça ou violação de direitos de crianças e adolescentes”, o que é o caso dos Conselhos Tutelares, Ministérios Públicos Federal, Estadual e do Trabalho, bem como o Ministério do Trabalho, por meio de uma “atuação de seus agentes públicos que irão atuar administrativamente em inquéritos civis públicos e termos de ajustamento de conduta”²⁸. Essas políticas não têm o condão de exercer atividades relacionadas a

²⁵ Viana Custódio, André; Bueno da Rosa Moreira, Rafael. *Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes: reflexões contemporâneas no contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai*. Curitiba: Multidéia, 2015. p. 118

²⁶ Viana Custódio, André; BUENO DA ROSA MOREIRA, Rafael. “Estratégias Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes”. en: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. *Anais eletrônicos*. Salvador: UFBA, 2018, p. 308.

²⁷ Francisco de Souza, Ismael. *O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul. 2016. p. 226.

²⁸ Viana Custódio, André; BUENO DA ROSA MOREIRA, Rafael. “Estratégias Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes”. en: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. *Anais eletrônicos*. Salvador: UFBA, 2018, p. 308.

políticas de justiça, pelo contrário, atuam na “na proteção do cumprimento dos direitos de crianças e adolescentes e na modificação imediata de todas as práticas violadoras de direitos inerentes a infância e de fiscalização dos serviços prestados”²⁹. O terceiro nível é o de justiça, que se desenvolve pelo Sistema de Justiça, buscando a responsabilização da proteção e violações dos direitos da criança e do adolescente, tendo a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário³⁰.

Assim, se incentiva o desenvolvimento dessas políticas públicas no poder local, tendo em vista que a construção de planos de ação e diagnósticos deve ocorrer no local de desenvolvimento do programa, utilizando-se compartilhamento de registros, documentos, estatísticas, bibliografias ou qualquer outra fonte sobre a exploração sexual comercial que permite uma análise. Desse modo, se propõe uma sistematização do desenvolvimento “de atividades para a construção de uma rede articulada” capaz de propor ações estratégicas para o enfrentamento da exploração sexual comercial em municípios turísticos³¹. Nessa perspectiva, os diagnósticos propiciam o estabelecimento de um fluxo na rede de atendimento e nas demais políticas públicas no qual cada órgão passa a ter “competências institucionais no enfrentamento da exploração sexual comercial, realizando ações, planejando metas e estratégias de atuação”³².

Dessa forma, por meio de uma análise de diagnósticos, se estabelece ações estratégicas para o enfrentamento da exploração sexual comercial nos municípios turísticos, consoante a realidade do município, e possibilitando uma integração operacional entre os níveis do Sistema de Garantia de Direito para efetivar a proteção jurídica contra a exploração sexual comercial.

²⁹ Viana Custódio, André; BUENO DA ROSA MOREIRA, Rafael. “Estratégias Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes”. en: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. *Anais eletrônicos*. Salvador: UFBA, 2018, p. 308.

³⁰ Viana Custódio, André; BUENO DA ROSA MOREIRA, Rafael. “Estratégias Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes”. en: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. *Anais eletrônicos*. Salvador: UFBA, 2018, p. 309.

³¹ Viana Custódio, André; Bueno da Rosa Moreira, Rafael. *Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes: reflexões contemporâneas no contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai*. Curitiba: Multideia, 2015. p. 152.

³² Viana Custódio, André; BUENO DA ROSA MOREIRA, Rafael. “Estratégias Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes”. en: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. *Anais eletrônicos*. Salvador: UFBA, 2018, p. 309.

Conclusão

Com realização da pesquisa, verificou-se que a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é considerada uma modalidade de violência sexual e uma das piores formas de trabalho infantil, devendo ser enfrentada como um dos desafios relacionados a proteção de direitos de crianças e adolescentes no Brasil.

O enfrentamento da exploração sexual comercial está embasado na proteção jurídica aos direitos de crianças e adolescentes que ocorreu a partir do marco teórico da proteção integral, iniciando-se com a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Também, houve avanços significativos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Convenção sobre Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, e as Convenções Nr. 138 e 182 da Organização das Nações Unidas, ou seja, há um alicerce protetivo. Ou seja, o Brasil conseguiu consolidar a proteção jurídica, cumprindo com um objetivo rumo a erradicação da exploração sexual comercial. Entretanto, para que os direitos possam ser cumpridos, necessita-se do desenvolvimento de políticas públicas.

O planejamento e o aperfeiçoamento das ações estratégicas no âmbito municipal é passo significativo para o avanço no sentido da erradicação de tais atividades na perspectiva turística municipal. A base para o enfrentamento estratégico por meio da realização de ações pontuais são as informações de como está contextualizado o problema no âmbito municipal, o que proporciona a realização de planejamento adequado com base em estudos de diagnósticos.

Constata-se que o planejamento a partir da realização de diagnósticos que identifiquem a realidade do município sobre a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é requisito fundamental para que se possa agir estrategicamente no enfrentamento ao problema em espaços turísticos brasileiros.

REFERÊNCIAS

Brasil. *Constituição Federal de 1988*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

Brasil. *Constituição Federal de 1988*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

Brasil. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

Brasil. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Pacto de São José da Costa Rica*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

Da Silva Lima, Fernanda; Rose Petry Veronese, Josiana. “*Política Pública para a Criança e o Adolescente no Brasil: uma trajetória de avanços e desafios*”. en Rose Petry Veronese, Josiane (Coord). *Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas*. Rio de Janeiro: Lumeniuris, 2017.

Dutra Thomé, Luciana. *Exploração Sexual e Trabalho*: Um estudo de fatores de risco e proteção com adolescentes e jovens. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

Francisco de Souza, Ismael. *O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul. 2016.

Hermany, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017.

Macedo Farias de Souza, Deliane. *Sexo não é brincadeira: O sentido de infância para adolescentes inseridas na exploração sexual comercial*. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Departamento de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2008, p. 49.

Organização das Nações Unidas. *Convenção sobre os Direitos das Crianças*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 138*. [s.d.]. Disponível em: <<http://white.oit.org.pe/ipec/pagina.php?seccion=47&pagina=156>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 182*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/com-chic.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

Pinto Leal, Maria Lúcia; Pinto Leal, Maria de Fátima. *Estudo Analítico do Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes (Período 1996-2004) - Relatório Final*. Rio de Janeiro: VIOLES/SER/UnB; Save the Children. Suécia, 2005.

Programa Internacional para Erradicação ao Trabalho Infantil. *Explotación Sexual Comercial. Organización Internacional del Trabajo – OIT*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ipec/areas/CSEC/lang--es/index.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

Schmidt, João Pedro. “Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas”. Revista do Direito: Revista do programa de pós-graduação do mestrado e doutorado, jan-jun. 2008, v. 3, n. 56, p. 119-146.

Viana Custódio, André. “Teoria da proteção integral: pressupostos para a compreensão do direito da criança e do adolescente”. Revista do Direito: Revista do programa de pós-graduação do mestrado e doutorado, jan-jun. 2008, n. 29, p. 22-43.

Viana Custódio, André; Bueno da Rosa Moreira, Rafael. “Estratégias Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes”. en: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. *Anais eletrônicos*. Salvador: UFBA, 2018.

Viana Custódio, André; Bueno da Rosa Moreira, Rafael. *Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes: reflexões contemporâneas no contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai*. Curitiba: Multideia, 2015.

7. O DIREITO À MORADIA EM “O CORTIÇO” E SUAS SIMILARIDADES COM AS PERIFERIAS BRASILEIRAS

*THE RIGHT TO HOUSING IN “O CORTIÇO” AND THE SIMILARITIES TO THE
BRAZILIANS PERIPHERIES*



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-7>

Bruna Fernanda Bispo e Santos¹

Hérika Janaynna Bezerra de Menezes Macambira Marques²

Resumo

O Direito à Moradia, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, é considerado um direito fundamental. Apesar das políticas públicas existentes, esse direito não é efetivado de forma tão ativa na sociedade brasileira atual. É preciso mencionar que durante a *"Belle Époque"*, no fim do século XIX, ocorreu o surgimento das periferias devido a migração daqueles que viviam na zona rural e migraram para as cidades em busca de melhores condições de vida. Esse fenômeno é retratado na obra naturalista de Aluízio Azevedo: "O Cortiço", de 1890, onde o autor utilizou como plano de fundo um cortiço na cidade de Rio de Janeiro para efetuar um denúncia sobre exploração e as péssimas condições de vida dos moradores que nesse vivem. Hoje, no século XXI, o direito à moradia ganha um desdobramento: o direito à moradia digna. Cria-se um cenário, nas comunidades, onde a moradia existe, contudo não atende os requisitos para uma habitação benemérita. O presente artigo, analisa as condições de moradia nas periferias brasileiras em face do direito fundamental à moradia e associando essas,

¹ Aluna do 10º semestre do curso de Direito na Universidade de Fortaleza. Foi monitora voluntária de Direito de Família no ano de 2018 e monitora institucional ano de 2019. Participou do Projeto Institucional de Tecnologia de Ensino da Universidade de Fortaleza (2018-2019). Estagiária de Direito na Assessoria Jurídica da Fundação Edson Queiroz (mantenedora da Universidade de Fortaleza).

² Doutora em Direito Constitucional nas Relações Privadas na Universidade de Fortaleza. Doutora em Direito Civil pela Universidade de Sevilha. Bolsista CAPES. Mestre em Direito em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza. Artigos publicados nas áreas de Direito de Propriedade, Maternidade em Sub-Rogação, Reprodução Assistida, Dependência Química, Direitos Humanos e Saúde Mental. Atualmente, pesquisando na área de Direitos Humanos e Saúde Mental com foco em capacidade e pessoa com deficiência. Atualmente é advogada, professora da disciplina de Direito das Famílias e assessora pedagógica do curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

com a obra literária supramencionada, que apesar de antiga se faz-se tão presente e atual.

Palavras-chaves: Direito à Moradia. O Cortiço. Direitos Fundamentais.

Abstract

The Right to Housing, established by the Federal Constitution of 1988, is considered a fundamental right. Despite existing public policies, this right is not so actively enforced in today's Brazilian society. It should be mentioned that during the "Belle Époque", at the end of the nineteenth century, the emergence of the peripheries occurred due to the migration of those who lived in the countryside and migrated to the cities in search of better living conditions. Aluísio Azevedo portrays this phenomenon in the naturalistic work: "O Cortiço", from 1890, where the author used as a background a tenement in the city of Rio de Janeiro to make a complaint about exploitation and the poor living conditions of the residents who lived there. In this live. Today, in the 21st century, the right to housing gains an unfolding: the right to decent housing. A scenario is created in the communities where housing exists, but does not meet the requirements for a meritorious housing. This article analyzes the conditions of housing in the Brazilian peripheries in view of the fundamental right to housing and associating these with the above mentioned literary work, which although old is so present and current.

Keywords: Right to Housing. O Cortiço. Fundamental Rights.

1 Introdução

O livro “O Cortiço”, escrito por Aluísio Azevedo e publicado em 1890. Fez parte do movimento naturalista brasileiro, conhecido por ser a radicalização do naturalismo. Traz como características dessa vertente literária a oposição aos ideais românticos, uma linguagem objetiva, descrições minuciosas, temática social, personagens patológicos, zoomorfização, erotismo e impessoalidade. Nos 23 capítulos do livro, o autor narra de forma linear e onisciente, o envolvimento do indivíduo com o cenário insalubre e indecente, retratando debates presente à época, como: o fenômeno da miscigenação, a sexualidade, a violência e a exploração do homem.

O Cortiço (modelo de moradia) é o tema central da obra sendo, também, o cenário. Além disso, o meio influencia diretamente a forma com a qual os personagens se comportam. Há um retrato fiel da sociedade brasileira do final do século XIX, que influencia, ainda, fortemente o contexto social que, até hoje, é vivido no Brasil.

Por meio da obra, escapa crenças do autor, como, por exemplo, a ideia de que a mistura das raças geram a decadência e a degradação do ser humano e resultam na promiscuidade. Ressalta-se que a desigualdade social é um tema muito explorado na trama por meio da narração detalhada de diferenças sociais e históricas nos enredos dos personagens desta.

Criam-se dois ambiente com finalidade de representar o abismo que distancia as classes sociais de seus personagens: o cortiço de João Romão, personagem principal, habitado pelas classes baixas e marginalizadas, e o sobrado do Miranda, frequentado pela burguesia em ascensão.

Segundo Aurélio³, cortiço é uma peça feita para alojar uma colônia de abelhas. No sentido figurativo, é uma casa que serve de habitação coletiva para a população pobre. Em relação com o livro, nota-se que há referência a um espaço coletivo, contudo coexistem diversos lares. Os cortiços foram as habitações populares típicas do século XIX, que muito se assemelham com o novo modelo de habitação, construído e consolidado durante a Belle Époque⁴. Nesse período as cidades foram remodeladas, e até os dias atuais, é possível encontrar favelas e/ou comunidades, locais que se assemelham aos cortiços.

Nesse sentido, a questão do Direito à Moradia, expresso na Constituição Federal de 1988, perpassa o simples ter onde habitar e ganha novas delimitação em união ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Discute-se agora a moradia digna em contraste com a presença de submoradias.

Ao estudar poesia muito se discute sobre a experiência casa. Considera-se a casa como demarcadora de limites entre aqueles que nela habitam e a sociedade, o que, consequentemente, constrói a noção do público e do privado.

³ AURELIO, *O mini dicionário da língua portuguesa*. 4^a edição revista e ampliada do mini dicionário Aurélio. 7^a impressão – Rio de Janeiro, 2002. p.153.

⁴ A Belle Époque brasileira, quanto período, correspondeu à expressão de ideais europeus de beleza associados com grande crescimento da cidade pelo êxodo rural e avanços tecnológicos. Tem como marcadores de tempo o ano de 1871, como início, e 1914, como fim.

O ordenamento jurídico, para além do Direito Fundamental à Moradia, também se preocupa com a inviolabilidade do domicílio, expresso no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, assim atribuindo a devida importância ao lar.

Por conseguinte, deve-se analisar que, com a negação do direito à moradia, quanto à moradia digna, surge um grupo de indivíduos formando uma classe pertencente a um grupo social marginalizado e, de certa forma, vulnerável. O sociólogo Jessé Souza⁵ nomeia de sub-cidadãos aqueles que são vítimas de um processo de naturalização da desigualdade social de países periféricos de modernização recente, assim como o Brasil. O pensador Souza⁶, ainda, faz distinção entre “nova periferia” e “velha periferia” ao tratar sobre a construção histórica da desigualdade social no Brasil.

A escolha da metodologia é importante parte da pesquisa científica, pois determina o caminho através do qual se faz a ciência, assim aponta Bailly⁷. Se a ciência surge no contexto humano como uma necessidade de saber o porquê dos acontecimentos, a metodologia busca a compreensão e análise do mundo através da construção do conhecimento, neste sentido assinala, Lakatos; Marconi⁸.

Portanto, para essa pesquisa, foi escolhida a abordagem qualitativa, a qual não se importa com a representatividade numérica, de natureza básica, já que envolve verdades e interesses universais, utilizando-se a pesquisa bibliográfica, feita através do estudo do estado da arte, e levantamento bibliográfico.

2 A obra “O Cortiço” e o Direito à moradia

“O Cortiço”, escrito por Aluísio Azevedo, relata a busca de João Romão, o dono do cortiço, pelo enriquecimento, narrando, dentro desse contexto a ambição e a exploração da força de trabalho humana, e a história de vida de alguns dos moradores do espaço. Ressalta-se que o terreno de João Romão comportou 95 casas.

Um dos pontos marcantes da narrativa associadas ao naturalismo, escola literária brasileira, é a ideia de que o meio em que vive o homem o influencia. No caso

⁵ SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. p. 41.

⁶ SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. p. 207.

⁷ BAILLY, Anatole. *Dictionnaire: Grec-Français. Rédiger avec le concour de E. Egger*. Paris: Hachette, 1950.

⁸ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 84.

da obra o Cortiço, Azevedo⁹ aponta que boa parte das pessoas que vivem no cortiço são corrompidas por ele. Cita-se, como exemplo, o português Jerônimo, que levava uma vida exemplar até mudar-se para a habitação e conhecer Rita Baiana, também moradora do conjunto. Lê-se:

Uma transformação, lenta e profunda, operava-se nele, dia a dia, hora a hora, reviscerando-lhe o corpo e alando-lhe os sentidos, num trabalho misterioso e surdo de crisálida. A sua energia afrouxava lentamente: fazia-se contemplativo e amoroso. A vida americana e a natureza do Brasil patenteavam-lhe agora aspectos imprevistos e sedutores que o comoviam; esquecia-se dos seus primitivos sonhos de ambição; para idealizar felicidades novas, picantes e violentas; tornava-se liberal, imprudente e franco, mais amigo de gastar que de guardar; adquiria desejos, tomava gosto aos prazeres, e volvia-se preguiçoso resignando-se, vencido, às imposições do sol e do calor, muralha de fogo com que o espírito eternamente revoltado do último tamoio entrincheirou a pátria contra os conquistadores aventureiros.

Além disso, faz-se necessário mencionar a zoomorfização dos personagens, ou seja, a atribuição de características animalescas a estes. Toma-se o seguinte trecho, onde Azevedo¹⁰ narra o lavar bruto de rosto dos personagens:

As mulheres precisavam já prender as saias entre as coxas para não as molhar; via-se-lhes a tostada nudez dos braços e do pescoço, que elas despiam, suspendendo o cabelo todo para o alto do casco; os homens, esses não se preocupavam em não molhar o pêlo, ao contrário metiam a cabeça bem debaixo da água e esfregavam com força as ventas e as barbas, fossando e fungando contra as palmas da mão.

O autor¹¹ também estabelece comparação entre o crescimento exponencial dos habitantes do Cortiço com a multiplicação de larvas em esterco. Para mais, cria, sem o propósito de fazê-lo, a comparação da estalagem com lameiro e esterco. Nota-se:

E naquela terra encharcada e fumegante, naquela umidade quente e lodosa, começou a minhocar, a esfervilhar, a crescer, um mundo, uma coisa viva, uma geração, que parecia brotar espontânea, ali mesmo, daquele lameiro, e multiplicar-se como larvas no esterco.

Há de se mencionar que apesar de existirem diversos personagens, como: Bertoleza, Miranda, Rita Baiana e Piedade, o Cortiço, representando a coletividade

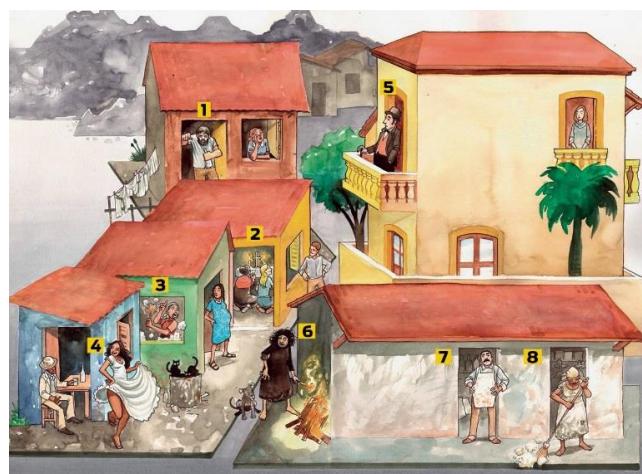
⁹ AZEVEDO, Aluisio. *O Cortiço*. 30. ed. São Paulo: Ática, 1997.p. 74.

¹⁰ AZEVEDO, Aluisio. *O Cortiço*. 30. ed. São Paulo: Ática, 1997.p.21.

¹¹ AZEVEDO, Aluisio. *O Cortiço*. 30. ed. São Paulo: Ática, 1997.p.12.

toma todo o destaque. Aluísio de Azevedo trata cada um dos indivíduos de forma caricatural com a finalidade de por meio da narração tratar temáticas como a escravidão, por meio da Bertoleza, e, principalmente, a desigualdade social e o que dela resulta. Nota-se:

Imagen 01. A vizinhança de “O Cortiço”



Fonte: Ilustra Shiko, Mundo Interessante, 2016.

O ilustrador paraibano, Chico Shiko apud Rahe¹², procurou ilustrar como seria o cortiço, levando em conta as principais figuras. É perceptível as condições simples de moradia na qual os personagens estavam inseridos. O cenário construído em cima da descrição narrativa do autor deixa claro a falta de condições dignas de moradia.

Atualmente, no século XXI, observamos cenário similar: as favelas. Essas são as figuras atualizadas dos antigos Cortiços. Ressaltamos que segundo Guimarães¹³, a Belle Époque buscou trazer a beleza dos ideais de estéticas europeus para o Brasil, para que este aparentasse seu novo status de República. Com isso, houve o desejo de valorizar o centro da cidade e, com isso, a população mais pobre, que antes o ocupava, foi empurrada para as margens da cidade. O que, inclusive, deu origem ao termo “marginalizados”.

¹² RAHE, Nina. **Como era a vizinhança de O Cortiço?** 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-era-a-vizinhanca-do-livro-o-cortico/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

¹³ GUIMARÃES, Lúcia Maria Paschoal. Paradoxos da Belle Époque tropical. In: PINHEIRO, Luís da Cunha; RODRIGUES, Maria Manuel Marques (Org.). **A Belle Époque Brasileira**. Lisboa: Centro de Literaturas e Culturas Lusófonas e Europeias, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 2012. p. 163-180.

A primeira discussão acerca dos aglomerados subnormais, como nomeia o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁴ foi sobre a existência de casas feitas de materiais reaproveitados, construídas de forma assimétrica e que ocupavam uma terra de forma ilegítimas. Contudo, não estava em pauta o Direito à Moradia, mas, sim, a estética visual daquilo que crescia desalinhado e exponencialmente.

É necessário mencionar-se que as favelas não devem ser analisadas por estatísticas, pois cada uma em si expressa de maneira diferente a sua quantidade de agentes, instâncias e esferas. Existe uma dinâmica diferente entre cada comunidade, existindo, porém, um laime entre apresentação de oposições, demanda de soluções e mobilização de pessoas e instituições, conforme cita Motta¹⁵ Para provar seu ponto, proclama:

O que resiste são os próprios objetos da quantificação enquanto são criados. É a disposição desordenada das casas nos morros, os movimentos de pessoas e das casas, a descrença dos moradores das favelas. Cada forma de resistência tratada corresponde à contraposição a um aspecto crucial das realidades estatísticas: mensurabilidade, estabilidade e anuência (ou acordo).

Ainda nesse sentido, nota-se, em observação a uma linha de tempo, a modernização da periferia, considerando a modernização institucional do Estado, o fomento ao sistema capitalista, em especial pela criação do mercado competitivo e as mudanças ocasionadas pelas práticas sociais, fomentada por políticas públicas.

Atrela-se também os padrões de relações sociais, econômicas e culturais. Souza¹⁶ destaca que: “Assim, no Brasil, em particular, as práticas sociais que geraram a instituição do Estado racional centralizado e o mercado competitivo não se sustentaram nas mesmas fontes de moralidade características dos países centrais”.

Entende-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não incide igualmente em todas as classes sociais, construindo, então, uma hierarquia social entre estas. Nesse sentido, existe uma ausência de valores fundamentais. Assim ensina Bulos¹⁷:

¹⁴ IBGE. *Censo Demográfico 2010, primeiros resultados: aglomerados subnormais*. Rio de Janeiro, 2011.

¹⁵ MOTTA, Eugênia. Resistência aos números: a favela como realidade (in)quantificável. **Mana: Estudos de Antropologia Social**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 25, p.1-14, jan. 2019. p.2

¹⁶ SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. p.132.

¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 506.

Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos meta-individuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria.

A vulnerabilidade das pessoas que habitam a periferia nasce a partir da desigualdade social, causando o fenômeno chamado de subcidadanização, que é e afirmada de forma objetiva pelo sistema social e reforçada por práticas sociais. Existindo, assim um sistema que permanece produzindo desigualdades e alimentando valores morais. Souza¹⁸ afirma que é na esfera das sociedades periféricas que a desigualdade social assume maiores e assustadoras proporções. Menciona ainda:

Enquanto a generalização de um *habitus* precário nas sociedades avançadas é um fenômeno circunscrito e limitado, a sua generalização como fenômeno de massas em sociedades periféricas como a brasileira é suficiente para condenar cerca de 1/3 de uma população de 170 milhões de pessoas a uma vida marginal nas dimensões existencial, econômica e política.

Observa-se a consonância do pensamento de Aluísio Azevedo com as palavras de Jessé de Souza: ambos acreditam que o meio influencia as atitudes do homem, contudo o segundo acredita em um conjunto de aspecto que gera vulnerabilidade social.

A Subcidadiana, por fim, é a condição daqueles que não são verdadeiramente cidadãos. Ressalta-se que esses tem direitos negados a si, incluindo o direito à moradia digna.

A Organização das Nações Unidas (1997)¹⁹, em seu comentário nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece o que é uma moradia

¹⁸ SOUZA, Jessé. **Subcidadiana Brasileira**: Para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: Leya, 2018. p.221.

¹⁹ UNITED NATIONS. *Committee on Economical, Social and Cultural Rights. General Comment No 07: The Right To Adequate Housing (Art. 11, Para. 1, Of The Covenant)*; Forced Evictions. Geneva, 1997.

adequada, com isso cita: a) segurança da posse: tange sobre proteção legal e contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças; b) disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: refere-se a água potável, saneamento básico, energia, iluminação e aquecimento; c) economicidade: seu custo não deve comprometer o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes; d) habitabilidade: deve possuir segurança física e estrutural; e) acessibilidade: deve atender necessidades específicas de seus morados; f) localização: deve ser próxima a oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas e demais instalações sociais; g) adequação Cultural: deve levar em conta a expressão da identidade cultural. Logo, observa-se o Direito à Moradia adequada em três esferas: liberdades, garantias e proteções.

Demonstra, a Constituição Federal de 1988, em perfeita consonância com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em seu artigo sexto:

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.

Logo, o Direito à Moradia em si só não basta. É necessário que a moradia seja digna e possua condições para proporcionar uma vida benemérita aos que esta habitam.

Por fim, deve-se citar que é atribuição do Governo Federal promover políticas públicas a fim de proporcionar moradia digna, consolidando o Direito Fundamental à Moradia. Cita-se como exemplo o programa “Minha casa, minha vida”, programa de habitação criado em março de 2009. Além disso, existe o programa de Urbanização e Regularização e Integração de Assentamentos Precários, também de responsabilidade do Governo Federal.

Conclusão

Conclui-se, portanto, que a obra “O Cortiço” carrega diversos aspectos da sociedade brasileira, contudo não apenas daquela que retrata, a do século XIX, mas

também da que vivenciamos. Mesmo após tanto tempo ainda é pautado a luta de classes, a exploração da mão de obra e, principalmente, a desigualdade social.

Ressalta-se, nesse ponto, o Cortiço como um retrato de moradia popular da época. Um cenário para a possível efetivação do Direito à Moradia, sem a consideração da dignidade dessa.

É possível traçar um liame lógico entre os cortiços do século XIX até as atuais periferias, também chamadas de favelas. Contudo, é necessário ressaltar que estas, apesar de atender primariamente ao direito à moradia, não o supre plenamente, pois não há como se falar em moradia digna, visto que faltam requisitos muitas das vezes, como, por exemplo: a segurança e acesso à infraestrutura básica.

Ainda, mencionamos, que a marginalização de indivíduos gera o que atualmente chamamos subcidadania, que é quando determinado grupo de pessoas, de alguma forma minoritários (em poder e não necessariamente em quantidade) não são considerados plenamente cidadãos e, por isso, tem direitos negados para si.

Ademais, é necessário que seja realizada pesquisa mais aprofundada com intuito de analisar as demais esferas do Direito à Moradia, como, por exemplo: a situação dos sem-teto, pessoas com deficiência, deslocados e imigrantes e povos indígenas.

Referências

AURELIO, *O mini dicionário da língua portuguesa*. 4^a edição revista e ampliada do mini dicionário Aurélio. 7^a impressão – Rio de Janeiro, 2002.

AZEVEDO, Aluisio. **O Cortiço**. Rio de Janeiro: Livreiro Editor, 1890.

AZEVEDO, Aluisio. **O Cortiço**. 30. ed. São Paulo: Ática, 1997.

BAILLY, Anatole. *Dictionnaire: Grec-Français. Rédiger avec le concour de E. Egger*. Paris: Hachette, 1950.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUIMARÃES, Lúcia Maria Paschoal. Paradoxos da Belle Époque tropical. In: PINHEIRO, Luís da Cunha; RODRIGUES, Maria Manuel Marques (Org.). **A Belle Époque Brasileira**. Lisboa: Centro de Literaturas e Culturas Lusófonas e Europeias, Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 2012. p. 163-180.

IBGE. *Censo Demográfico 2010, primeiros resultados: aglomerados subnormais*. Rio de Janeiro, 2011.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTTA, Eugênia. *Resistência aos números: a favela como realidade (in)quantificável*. **Mana:** Estudos de Antropologia Social, Rio de Janeiro, v. 1, n. 25, p.1-14, jan. 2019.

RAHE, Nina. **Como era a vizinhança de O Cortiço?** 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-era-a-vizinhanca-do-livro-o-cortico/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. (Coleção Origem) 207p.

SOUZA, Jessé. **Subcidadania Brasileira: Para entender o país além do jeitinho brasileiro**. Rio de Janeiro: Leya, 2018. 288 p.

TEIXEIRA, Alessandra Pereira Rezende. **Por uma cultura de Direitos Humanos: Direito à Moradia Adequada**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013. 76 p.

UNITED NATIONS. *Committee on Economical, Social and Cultural Rights. General Comment Nº 07: The Right To Adequate Housing (Art. 11, Para. 1, Of The Covenant); Forced Evictions*. Geneva, 1997. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CESCR+General+Comment+7](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CESCR+General+Comment+7). En?OpenDocument>

8. O CATADOR DE MATERIAIS RECICLÁVEIS E A PARTICIPAÇÃO DAS MINORIAS

THE RECOVERABLE STUFF KEEPER AND MINORITY PARTICIPATION



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-8>

Paulo Ricardo Schier¹

Edilaine Vieira da Silva²

Resumo

O presente artigo busca refletir sobre a inclusão social do catador de materiais recicláveis no Brasil através de leis e normas originadas a partir do ativismo do Movimento Nacional dos Catadores, e que resultou na inclusão da ocupação de catador na Classificação Brasileira de Ocupações e, posteriormente, na Política Nacional de Resíduos Sólidos. Porém, em que pese essa a inclusão ter se originado na árdua luta dos catadores pautada em um novo olhar sobre si mesmos - o que acabou modificando a percepção da sociedade em geral, e em especial das classes sociais detentoras de mais privilégios a respeito deles - o condicionamento da inclusão social do catador à sua manutenção na condição de catador (devidamente organizado em cooperativas) não reflete as reais expectativas desses cidadãos sobre a almejada inclusão social.

Palavras-chave: Catadores. Inclusão social. Pluralismo. Minorias. Políticas afirmativas. Pertencimento. Sujeito de direitos

Abstract

This paper seeks to reflect on the social inclusion of recyclable material collectors in Brazil, through regulations originated in the activism of the National Collectors Movement. This participation eventually included the occupation of garbage collector in the Brazilian Classification of Occupations and, later, in the National Solid Waste Policy. However, in spite of this inclusion has originated in the arduous struggle of the

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná; Estágio de pós-doutoramento na Universidade de Coimbra junto ao Centro *Ius Gentium Conimbrigae*; Professor Adjunto do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil); Pesquisador no Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia (Mestrado e Doutorado) do Unibrasil; Rua Konrad Adenauer, 442, Tarumã, 82821-020, Curitiba, Paraná, Brasil; pauloschier@uol.com.br

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia (Mestrado e Doutorado) do Unibrasil. E-mail: edilaine.vieira.adv@hotmail.com.

collectors from a new look at themselves - which has modified the view of society in general, and especially the social classes that have more privileges regarding the paper tasters - the conditioning of the social inclusion of the taster to its maintenance as a taster (duly organized in cooperatives) does not reflect the actual expectations of the tasters on the desired social inclusion.

Keywords: Collectors. Social inclusion. Pluralism. Minorities. Affirmative policies. Belonging. Subject of rights.

1 Introdução

Na idade contemporânea verifica-se a emergência da sociedade de consumo³. A partir da mecanização e da divisão do trabalho percebe-se o grande aumento da produção dos objetos de uso, sendo que essa abundância acabou por transformá-los em bens de consumo. A sociedade passou a ter necessidade de consumir os bens de uso – inclusive os duráveis – como se consomem os bens perecíveis. Nessa seara, Hannah Arendt assevera que “em nossa necessidade de substituir cada vez mais depressa as coisas mundanas, já não podemos nos permitir usá-las, respeitar e preservar sua inerente durabilidade; temos de consumir, devorar, por assim dizer, nossas casas, nossa mobília, nossos carros, como se fossem as *coisas boas* da natureza que se deteriorariam inaproveitadas se não fossem arrastadas rapidamente para o ciclo interminável do metabolismo do homem com a natureza”⁴.

O fenômeno do consumismo trouxe sérias consequências à espécie humana, que passou a ocupar-se com o ter, o possuir, muito mais com o saber e o pensar, concentrando todos os esforços em produzir tecnologias para aprimorar cada vez mais os bens de consumo, que duram cada vez menos⁵.

Esse processo gera, além de uma sociedade totalmente alienada e carente de conteúdo, uma quantidade sem fim de resíduos advindos do processo produtivo e do descarte dos bens de consumo.

³ Sobre o tema consultar, dentre outros: BARBOSA, Lívia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. 68 p.

⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana** 12^a Edição Revista. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 155..

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

A partir da segunda metade do século XX, questões como aquecimento global e camada de ozônio elevaram o cuidado com o meio ambiente à pauta mundial, trazendo, dentre outras, a preocupação com a destinação do lixo gerado tanto no processo de fabricação dos bens de consumo quanto em seu posterior e rápido descarte pelo ser humano.

É nesse cenário que a sociedade se depara com a figura do catador de materiais recicláveis, ou catador de lixo, como mais comumente é conhecido.

Certamente, antes da ideia de sustentabilidade passar a ser uma tendência mundial, e as preocupações com o bem estar do Planeta serem alçadas ao *status* de políticas públicas, já existiam pessoas que tiravam seu sustento do catar e vender lixo, porém, com o advento da “causa ambiental” o ser humano foi reapresentado ao lixo e às consequências que seu descarte de forma irresponsável podem trazer, momento a partir do qual se passou a vislumbrar o catador como possível agente ambiental.

Os catadores de materiais recicláveis, atualmente, são numerosos e exercem atividade relevante para a subsistência do país e do planeta.

Gradativamente, e não sem muito esforço, os catadores conseguiram diminuir a associação que a sociedade fazia de sua pessoa com a marginalidade, seja por meio de instrumentos normativos, seja por meio da mudança de visão da sociedade e de si mesmos sobre a função que desempenham, especialmente em decorrência da nova relação da sociedade com o lixo.

Dentro da sociedade de consumo, que precisa “se livrar” do lixo que produz, o catador de materiais recicláveis foi ressignificado: deixou de ser visto (e de se enxergar) como mendigo para se tornar um profissional da cadeia de reutilização do lixo.

Entretanto, em que pesa esse novo olhar da sociedade para o catador, elevando-o a categoria de profissional, cuja ocupação consta, inclusive, da Portaria na Classificação Brasileira de Ocupações, o catador continua à margem da sociedade, sem direitos garantidos, relegado à própria sorte e sem perspectiva de inclusão social.

O presente estudo tentará demonstrar as causas desse paradoxo: porque apesar de desempenhar tão relevante função para a sociedade de consumo, dando destino adequado ao lixo produzido, o catador é mantido fora dessa sociedade?

O problema objeto da análise, destarte, é a contradição entre a afirmação do relevante papel que os catadores desempenham nas sociedades contemporâneas e a concomitante exclusão social e invisibilidade deles. Para isso trabalhou-se com os

métodos dedutivo-indutivo, análise de dados, entrevistas e revisão da bibliografia – escassa – encontrada no Brasil.

2 A profissão catador de materiais recicláveis

O site do Ministério do Meio Ambiente traz a seguinte informação:

No Brasil, a estimativa é de que existam 600 mil catadores de materiais recicláveis, que, além de garantir o sustento de suas famílias com a separação dos resíduos, prestam um importante serviço ambiental para toda a sociedade, na medida em que são os maiores responsáveis pela reciclagem no país.

Atualmente, grande parte desses trabalhadores estão nos lixões e aterros espalhados pelo Brasil. Com o advento da Lei 12.305/2010 (PNRS), ficou proibido o exercício dessas atividades nos lixões. É preciso então integrá-los na cadeia da reciclagem e, dessa forma, promover a cidadania desses trabalhadores com inclusão social e geração de emprego e renda.⁶

De acordo com o texto transscrito, o número de catadores no Brasil é superior à população de Cuiabá⁷.

É inegável, portanto, que se trata de um importante grupo social, que durante muito tempo foi, e ainda hoje é, estigmatizado.

Em meados de 1999 aconteceu o primeiro Encontro Nacional de Catadores de Papel, que trouxe à tona a necessidade de se criar um ente que tivesse por atribuição trabalhar questões ligadas à pauta dos catadores.

Em 2001, no 1º Congresso Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis em Brasília, evento que reuniu mais de 1.700 catadores, nasceu o Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis (MNCR) com o objetivo de “construir, junto aos seus militantes e à sociedade em geral, uma imagem positiva baseada em novos valores amplamente aceitos, como sustentabilidade, inclusão social, solidariedade e democracia”⁸.

Ainda no 1º Congresso Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis em Brasília foi lançada a Carta de Brasília, documento que expressa as necessidades da

⁶ BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/>>.

⁷ Confer. BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE**. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mt/cuiaba/panorama>>.

⁸ SILVA, Pedro Henrique Isaac. **18º Congresso Brasileiro de Sociologia**, 26 a 29 de Julho de 2017, Brasília. Grupo de Trabalho: Sociologia Clínica. Catadores e neurose de classe: Paradoxos da ascensão social por meio da militância. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Brasília – IFB. Disponível em: <<http://sbs2017.com.br/anais/resumos/PDF-eposter-trab-aceito-1021-1.pdf>>.

parcela da população brasileira que sobrevive da coleta de materiais recicláveis e que informa que o Movimento Nacional dos Catadores apresentou, ao Congresso Nacional, um anteprojeto de lei que regulamenta a profissão catador de materiais recicláveis e determina que o processo de industrialização (reciclagem) seja desenvolvido, em todo o país, prioritariamente, por empresas sociais de catadores de materiais recicláveis.

Além dessa informação, destacam-se, na Carta de Brasília, para o presente estudo, dois itens:

- 1.1 Garantia de que, através de convênios e outras formas de repasse, haja destinação de recursos da assistência social para o fomento e subsídios dos empreendimentos de Catadores de Materiais Recicláveis que visem sua inclusão social por meio do trabalho; e
- 1.2 Inclusão dos Catadores de Materiais Recicláveis no Plano Nacional de Qualificação Profissional, priorizando sua preparação técnica nas áreas de gestão de empreendimentos sociais, educação ambiental, coleta seletiva e recursos tecnológicos de destinação final.⁹

Note-se que o item 1.1 da Carta de Brasília fala em fomento e subsídio a “empreendimentos de catadores de Materiais Recicláveis que visem sua inclusão social por meio do trabalho”¹⁰.

Pode-se concluir, pelo texto desse item, que o desejo dos catadores é a inclusão social por meio do trabalho com materiais recicláveis. Almejam os catadores permanecer exercendo esse trabalho, porém, com suas atividades subsidiadas por verbas públicas.

Por sua vez, o item 1.2 fala expressamente em qualificação profissional do catador, sob o aspecto da reciclagem e da gestão ambiental.

Da simples leitura do documento intitulado “Carta de Brasília”, depreende-se que o desejo do catador é ser reconhecido como profissional da cadeia de reciclagem, ou seja, sujeito que auxilia na destinação adequada do resíduo reciclável. Desse reconhecimento advém a aceitação de que o Estado deve subsidiar o trabalho do catador, garantindo não apenas a destinação adequada do resíduo, mas também a inclusão do catador, que se dará a partir do trabalho desenvolvido por ele.

Ou seja, apesar das condições insalubres e até subumanas que enfrenta, o catador do Movimento Nacional dos Catadores não pleiteia sua retirada desse grupo social marginalizado, mas sim, a melhora de suas condições de trabalho. Ao contrário do que o senso comum poderia acusar, então, o que almejam os catadores não é

⁹ BRASIL. Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis. **Carta de Brasília**. Disponível em: <<http://www.mnrcr.org.br/sobre-o-mnrcr/principios-e-objectivos/carta-de-brasilia>>.

¹⁰ Ibidem.

abandonar a vida e trabalho que desempenham, deixando de viver na rua, mas antes é encontrar regulamentação, apoio e reconhecimento social, diferenciando-se de outros grupos e populações de rua.

A história do catador se confunde com a das populações de rua em geral, como é possível verificar na Carta de Brasília, que traz um tópico específico sobre esta última categoria. Isso se dá em razão de que, apesar de nem todos os catadores serem moradores de rua, grande parte dos moradores “catam” lixo para sobreviver¹¹.

A diferença entre o catador de materiais recicláveis e o morador de rua está exatamente no fato de que enquanto o morador de rua sobrevive de doações e serviços diversos (como lavar para-brisas nos semáforos), o catador, ainda que por vezes more nas ruas, tem uma atribuição definida: ele cata materiais recicláveis e os vende. Ou seja, ele tem um ofício, uma profissão.

Em decorrência de ações dispersas de grupos de catadores, que ocorrem no Brasil desde o final da década de 1980 e da atuação do Movimento Nacional dos Catadores, em 2002, verifica-se a ascensão do catador da categoria de mendicância à de profissional da cadeia de reciclagem, com a edição da Portaria nº 397 de 09 de outubro de 2002 do Ministério do Trabalho, que inclui o catador na Classificação Brasileira de Ocupações¹².

¹¹ “Soma-se a essa dinâmica, o fato de que os catadores foram e, muitas vezes, ainda são ‘vistos’ pela sociedade como ‘delinquentes’ e/ou ‘mendigos’ que ‘sujam’ os centros urbanos. Tal percepção gerou, e ainda gera, ‘políticas higienistas’ por parte do poder público de grande parte das cidades brasileiras. Entretanto, o poder público tem um papel fundamental na promoção de políticas públicas de inclusão efetiva desses trabalhadores. O reconhecimento do problema e sua inserção efetiva na agenda de políticas públicas dos governos locais é um processo que ainda está em construção, com dinâmicas diversificadas e específicas em cada município. Nesse processo, diversos atores estão envolvidos, como indústrias, consumidores, organizações da sociedade civil, governos, burocracia estatal e os catadores. Estes últimos têm se organizado em cooperativas e associações desde o final da década de 1980.”. PEREIRA, Maria Cecília Gomes; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. **A inclusão de catadores em programas de coleta seletiva: da agenda local à nacional.** Cad. EBAPE.BR, vol. 9, n. 3. Rio de Janeiro, Set. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512011000300011#tx01>.

¹² 5192 - Trabalhadores da coleta e seleção de material reciclável: 5192-05 - Catador de material reciclável: Catador de ferro-velho, Catador de papel e papelão, Catador de sucata, Catador de vasilhame, Enfardador de sucata (cooperativa).

5192-10 - Seletor de material reciclável: Separador de material reciclável, Separador de sucata, Triador de material reciclável, Triador de sucata.

5192-15 - Operador de prensa de material reciclável: Enfardador de material de sucata (cooperativa), Prenseiro, Prensista.

Descrição Sumária: Os trabalhadores da coleta e seleção de material reciclável são responsáveis por coletar material reciclável e reaproveitável, vender material coletado, selecionar material coletado, preparar o material para expedição, realizar manutenção do ambiente e equipamentos de trabalho, divulgar o trabalho de reciclagem, administrar o trabalho e trabalhar com segurança. BRASIL. Classificação Brasileira de Ocupações - Ministério do Trabalho. **Portaria nº 397, de 09 de outubro de 2002.** Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/cbosite/pages/legislacao.jsf>>.

Essa inclusão, por óbvio, não tem o poder de transformar a vida econômica do catador, ou transmudá-lo em cidadão incluído socialmente, mas pode ser encarada como uma política afirmativa, levando o próprio catador e a sociedade em geral, a enxergar esse cidadão não mais como um mendigo, mas como um trabalhador.

Porém, é de se indagar se a inclusão dos catadores no rol de profissões reconhecidas e a sua inserção na cadeia de sustentabilidade trouxe, efetivamente, dignidade e reconhecimento para eles.

Logo depois da inclusão do catador na Classificação Brasileira de Ocupações foi criado, por meio de Decreto de 11 de setembro de 2003, o Comitê Interministerial da Inclusão Social de Catadores de Lixo, atualizado, posteriormente, pelo Decreto nº 7.405, de 23 de dezembro de 2010, que reestruturou e renomeou o Comitê, que passou a se chamar Comitê Interministerial para Inclusão Social e Econômica dos Catadores de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis.¹³

Note-se que as denominações vão sendo modificadas para atender aos anseios sociais dessa população, pois, na medida em que o catador deixa de se enxergar como mendigo, aos poucos, a própria sociedade vai reconhecendo sua posição na cadeia produtiva e exigindo um tratamento diferenciado.

Com o intuito, então, de sedimentar a profissão catador, a Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, estabeleceu, em seu art. 6º, XII, como princípio da Política Nacional de Resíduos Sólidos, a “integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos”¹⁴.

O mesmo diploma legal trouxe, no art. 8º, IV, como instrumento da Política Nacional de Resíduos Sólidos, “o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis”¹⁵.

Ou seja, os catadores deixaram de ser vistos pelo Estado como mendigos, como se disse, para serem encarados como profissionais da cadeia de reciclagem de resíduos. Por esta razão, devem ser incluídos pelos Municípios nos Planos de Gestão de Resíduos

¹³ BRASIL. **Decreto nº 7.405**, de 23 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Decreto/D7405.htm>.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 12.305**, de 2 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>.

¹⁵ Ibidem.

Sólidos, já que essa atividade é de atribuição municipal. Porém, para que sejam incluídos, os catadores devem estar organizados em associações ou cooperativas.

Resta saber se o catador, que antes era visto como um morador de rua e foi alçado à categoria trabalhador liberal, percebe-se como parte de um grupo social e pretende associar-se para ser contemplado com políticas públicas de inclusão.

De acordo com mensagem do site do Ministério do Meio Ambiente:

O fortalecimento da organização produtiva dos catadores em cooperativas e associações com base nos princípios da autogestão, da economia solidária e do acesso a oportunidades de trabalho decente representa, portanto, um passo fundamental para ampliar o leque de atuação desta categoria profissional na implementação da PNRS, em especial na cadeia produtiva da reciclagem, traduzindo-se em oportunidades de geração de renda e de negócios, dentre os quais, a comercialização em rede, a prestação de serviços, a logística reversa e a verticalização da produção.¹⁶

Claramente, a política de inclusão dos catadores restringe-se a fomentar melhores condições de trabalho, desde que este trabalho o mantenha na condição catador.

Mas, e o catador? Quer permanecer catador? Considera que seu trabalho, muito embora se diferencie do mendigo, faz dele um membro da sociedade a ponto de garantir que seja alcançado pelos direitos fundamentais positivados na Constituição Brasileira? Sente-se merecedor de ter esses direitos? Sabe que tem direito a ter esses direitos? Sente-se membro de uma sociedade?

Para Hannah Arendt, “todo homem nasce membro de uma comunidade particular e só pode sobreviver se nela é bem-vindo e se sente à vontade¹⁷”.

Em que pese a nobre função social do trabalho desenvolvido pelo catador de materiais recicláveis, não parece claro que esse grupo social se sinta plenamente “à vontade” na comunidade a qual pertence. Aliás, é exatamente a ausência do pertencimento que retira do catador a dignidade necessária para fazer valer seus direitos e exigir a inclusão social por outras vias que não apenas a melhoria de suas condições de “trabalho”.

¹⁶ BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/>>.

¹⁷ ARENDT, Hannah. Crises da república. Tradução José Volkmann. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 78.

3 O catador de materiais recicláveis e o direito e a ter direitos

O olhar do catador sobre si mesmo como um membro da sociedade, que contribui para o desenvolvimento dessa sociedade com seu trabalho, é condição para qualquer inclusão social, ainda que mínima.

Isso, porque, como afirma Jessé Souza, não basta ao ser humano de determinada classe social saber-se privilegiado sobre outra classe, ele precisa sentir que este privilégio é legítimo¹⁸.

Perceber-se merecedor de ser objeto de Políticas Públicas de incentivo à sua profissão, ou merecedor de receber subsídios estatais, muda completamente a postura do catador perante a sociedade, fazendo com que esse grupo social perceba-se parte dessa sociedade.

A sociedade brasileira é composta de classes mais ou menos privilegiadas, de acordo com a hierarquia condicionada pela aquisição do que Jessé Souza denomina “capitais impessoais”¹⁹.

Segundo Souza, esses capitais referem-se a conhecimento técnico e escolar (capital cultural) e herança de sangue ou enriquecimento de outra forma (capital econômico)²⁰, ou seja, as classes privilegiadas na sociedade brasileira são a classe média – que se apropriou do capital cultural (escolaridade e técnica) – e a classe alta,

¹⁸ “Para Max Weber, durante toda a história humana, os ricos, charmosos, saudáveis e cultos não querem apenas saber-se mais felizes e privilegiados, eles precisam se saber como tendo “direito” à sua felicidade e privilégio. Um dos fundamentos de várias religiões do passado foi exatamente esse tipo de legitimação. Modernamente, quando a ciência toma da religião a “autoridade legítima” para falar da sociedade e da vida social, são concepções científicas, ou melhor, pseudocientíficas como o economicismo que permitem que os privilegiados desfrutem de seus privilégios como coisa “justa” e “devida”. SOUZA, Jessé. **A Ralé Brasileira. Quem é e como vive.** Minas Gerais: Editora UFMG, 2009, p.20

¹⁹ Sabe-se que, no plano da sociologia, a categoria “classes sociais” é bastante problemática e contestada. Até mesmo Jessé Souza, tomado como marco para a abordagem em questão, não aceita plenamente referida categoria. Todavia, apesar de não explicar da forma mais adequada a estrutura e complexidade das sociedades contemporâneas, este trabalho lançará mão dela mesmo sabendo de seus limites metodológicos.

²⁰ “Para se compreender porque existem classes positivamente privilegiadas, por um lado, e classes negativamente privilegiadas por outro, é necessário se perceber, portanto, como os “capitais impessoais” que constituem toda hierarquia social e permitem a reprodução da sociedade moderna, o capital cultural e o capital econômico, são também diferencialmente apropriados. O capital cultural, sob a forma de conhecimento técnico e escolar, é fundamental para a reprodução tanto do mercado quanto do Estado modernos. É essa circunstância que torna as “classes médias”, que se constituem histórica e precisamente pela apropriação diferencial do capital cultural, em uma das classes dominantes desse tipo de sociedade. A classe alta se caracteriza pela apropriação, em grande parte pela herança de sangue, de capital econômico, ainda que alguma porção de capital cultural esteja sempre presente” Idem, p. 21.

que, muito embora também tenha acesso ao capital cultural, apropria-se mais facilmente do capital econômico.

Existe, nessa mesma sociedade, uma classe desprovida de qualquer desses capitais:

O processo de modernização brasileiro constitui não apenas as novas classes sociais modernas que se apropriam diferencialmente dos capitais culturais e econômico. Ele constitui também uma classe inteira de indivíduos, não só sem capital cultural nem econômico, em qualquer medida significativa, mas desprovida, esse é o aspecto fundamental, das precondições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação.²¹

Essa classe, incapaz de se apropriar dos capitais econômico e cultural, em decorrência de total ausência de condições sociais, morais e culturais, é denominada por Jessé Souza de ralé estrutural, e é aqui que se encontra o catador de materiais recicláveis. O catador, por inúmeros fatores, viveu sempre a margem da sociedade.

Em sua maioria são analfabetos estruturais. Ou seja, conseguem “desenhar” sua assinatura, mas não são capazes de ler um texto ou, quando o são, não possuem capacidade de interpretar adequadamente o que leram.

Além da barreira enfrentada pela ausência de escolaridade, os catadores são vítimas da precariedade de recursos financeiros. Muitas vezes simplesmente não têm uma casa ou, quando a possuem, vivem em condições tão precárias que chegam a ser desumanas, vivendo em casebres, via de regra localizados em áreas de invasão e de risco, sem rede coletora de esgoto, sem fornecimento de água potável e energia elétrica.

Nessas condições, em que comprar a próxima refeição é a missão diária, é quase risível imaginar que uma pessoa tenha condições de se instruir, adquirindo bagagem cultural.

Na guerra pela sobrevivência, o catador não tem condições sociais, culturais ou morais de se apropriar dos capitais econômicos e culturais a que se refere Jessé Souza, ficando muito claro que o principal obstáculo para sua ascensão social, para o alcance de direitos ou, mais que isso, para a legitimação desses direitos é a sua impossibilidade de se apropriar dos capitais cultural e econômico e não apenas a ausência desses capitais.

²¹ Ibidem, p.21.

O catador ocupa, portanto, uma posição à margem da sociedade, não sendo correto afirmar que com a elevação de seu *status* de mendigo à profissional catador, tenha ocorrido sua inserção como sujeito de direitos na sociedade.

Para se eximir da responsabilidade de separar e destinar adequadamente o lixo doméstico, as “classes privilegiadas” entregam, “generosamente”, esse lixo aos catadores, que, muitas vezes em condições subumanas, transportam esse resíduo até suas “casas” e o separam e vendem, gerando seu sustento e de sua família.

Assim agindo, as classes média e alta “garantem o bem-estar” (felicidade) da sociedade. Os catadores deixam de ser considerados (e se considerar) mendigos, elevados à categoria de trabalhador catador e as classes privilegiadas são redimidas de sua conduta omissa com relação aos catadores. Ao invés de retirar parte dos mendigos das ruas, à moda utilitarista, como sugeriu Jeremy Bentham²², e trancafiá-los em abrigos autofinanciáveis, a sociedade moderna os promove a catadores, convencendo-os, por meio de ações afirmativas, que a tarefa por eles desempenhada é digna de ser chamada de trabalho, de ocupação.

A atitude de entregar o lixo aos catadores é encarada pelas classes média e alta como um ato duplamente louvável pois, além de proteger o meio ambiente, gera renda ao catador a partir de seu trabalho, no melhor estilo “não dê o peixe; ensine a pescar”. Entretanto, muito embora a percepção que se tenha da sociedade é a de continuar relegando o catador à própria sorte, ignorando a responsabilidade coletiva sobre sua situação de miserabilidade, confinando-o à “nobre profissão de catador”, no melhor estilo utilitarista - o sacrifício da felicidade de alguns em detrimento da felicidade da maioria - pode-se considerar, talvez, que o olhar que o próprio catador começa a lançar sobre si mesmo seja a alavanca para mudar essa realidade.

²² BENTHAM, Jeremy. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Outro plano de Bentham foi uma estratégia para melhorar “o tratamento dado aos pobres” por meio da criação de um reformatório autofinanciável para abrigá-los. O plano que procurava reduzir a presença de mendigos nas ruas, oferece uma clara ilustração da lógica utilitarista. Bentham percebeu primeiramente, que o fato de haver mendigos nas ruas reduz a felicidade dos transeuntes de duas maneiras. Para os mais sensíveis, a visão de um mendigo produz um sentimento de dor; para os mais insensíveis, causa repugnância. De uma forma ou de outra, encontrar mendigos reduz a felicidade do público em geral. Assim, Bentham propôs a remoção dos mendigos das ruas, confinando-os em abrigos. Alguns podem considerar isso injusto com os mendigos, mas Bentham não negligencia sua “utilidade” (felicidade). Ele reconhece que alguns mendigos seriam mais felizes mendigando do que trabalhando em um abrigo, mas observa também que para cada mendigo feliz mendigando existem muitos infelizes. E conclui que a soma do sofrimento do público em geral é maior do que a infelicidade que os mendigos levados para o abrigo possam sentir. SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 6^a edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 49/50.

Ao exigir o reconhecimento de seu ofício como um trabalho lícito e equiparável a qualquer outra ocupação, o catador deu um significativo passo no sentido de se enxergar como (e de exigir ser reconhecido como) cidadão.

Segundo Rainer FORST:

A questão da justiça social diz respeito ao significado e às implicações do princípio da pertença plena, indispensável numa comunidade democrática. Marshall formulou assim a questão:

Direitos de cidadania conferem um status com o qual está equipado todo aquele que é membro pleno de uma comunidade (...) As sociedades (...) nas quais as instituições dos direitos de cidadania começam a se desenvolver produzem a representação de um status ideal de cidadão a partir do qual progressos podem ser medidos e para o qual os esforços podem ser direcionados. O ímpeto para levar adiante o caminho apresentado vai em direção a uma medida plena de igualdade, a um aperfeiçoamento da substância, de que é feito o conteúdo do status, e a um acréscimo do número daqueles a quem o status é atribuído.

Além disso, Marshall sublinha que no século XX coube a tarefa de realizar o princípio do “valor social igual” dos cidadãos como um “direito absoluto a um determinado padrão de cultura” tendo em vista a dimensão dos direitos sociais (cf. Barbalet, 1988; D. Miller, 1989). Ser reconhecido como cidadão(â) de igual tratamento significa ter direitos sociais de participação na vida social e cultural, isto é, ter os meios de viver uma vida “social” digna de reconhecimento segundo os respectivos padrões sociais – ter os meios de realizar direitos “liberais” e democráticos”.²³

Logicamente, o catador de materiais recicláveis está longe de ser um “membro pleno de uma comunidade” como refere-se Forst, porém, desejar ser enxergado como tal é um grande passo para chegar a este status.

Da mesma forma, a sociedade está a léguas de distância de reconhecer o catador como um igual, mas o fato de entregar seu lixo reciclável ao catador com o mesmo sentimento que o entrega à coleta seletiva municipal é um pequeno, mas necessário passo que foi dado na direção de uma “medida plena de igualdade”.

O que se verifica nessa mudança de olhar do catador sobre si mesmo é a evolução de uma prática rotineira (catar lixo para sobreviver) à uma condição de transformar tal prática em profissão, reconhecida pelo Estado, que se destina não apenas à comprar a comida do dia seguinte, mas também a adquirir bens necessários ao conforto e bem estar do ser humano.

²³ FORST. Rainer. **Contextos da justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009, p. 172

Está-se diante de um exemplo de direito vivo, em que a dinâmica do dia a dia e a necessidade de reconhecimento de um grupo social minimamente organizado, findou por legitimar uma prática informal²⁴.

O reconhecimento formal da ocupação do catador pelo Estado²⁵ não se deu do dia para a noite, foi consequência de um movimento nacional pelo reconhecimento do catador como cidadão, como sujeito de direitos, aliado à relevância do trabalho prestado pela preservação ambiental.

Talvez seja possível afirmar que essa “exigência” do catador em ser reconhecido como membro da sociedade, detentor de direitos, é reflexo daquilo que Jürgen Habermas aponta como traço fundamental da modernidade, “a configuração do indivíduo como sujeito capaz de autorreflexão e crítica, o que lhe permite exigir igualdade de respeito e disponibilidade para o diálogo²⁶.

Para Habermas, na sociedade moderna os direitos humanos (e fundamentais) são garantidos por meio de um “consenso” obtido de um diálogo entre sujeitos aptos a dialogar. Esse diálogo privilegia o melhor argumento, ao qual deve se submeter a maioria²⁷.

Não se pode negar que a positivação do direito a ter seu ofício reconhecido como profissão e a inclusão da categoria catador na Política Nacional de Resíduos Sólidos, ainda que pela via transversa de sua permanência na situação catador, tem características do procedimento discursivo.

Diferentemente dos sistemas convencionais em que a norma é posta ao cidadão sem que lhe seja dada a possibilidade de discutir, na teoria do discurso de Habermas

²⁴ O direito vivo, em contraposição ao apenas direito vigente diante dos tribunais e órgãos estatais, encontra-se na dinâmica da vida, nos desafios que traz o desenvolvimento tecnológico, nas novas práticas que abrem novos campos de trabalho ao jurista. Respondendo à indagação se o direito vivo de um povo pode constar de um código, Ehrlich responde que tal medida equivaleria a represar uma corrente de água em um tanque. Não se teria mais uma corrente viva, apenas água morta. MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich. Aportes para uma Reflexão Atual sobre Pluralismo e Constituição.** 2 ed. Curitiba, 2015, p. 121

²⁵ Primeiro na Classificação Brasileira de Ocupações – **Portaria do Ministério do Trabalho nº 397/2002 e depois na Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei Federal nº 12.305/2010.**

²⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva. – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999. p. 92/93

²⁷ O objetivo da ética discursiva habermasiana é explicar como é possível, frente a um conflito normativo, a obtenção de um acordo racionalmente motivado. Para isso, a ética discursiva habermasiana recorre ao modelo de um amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual acesso e onde prevalece a força do melhor argumento. Este modelo, que Habermas designa como “situação ideal de fala impõe uma série de condições apresentadas através de três exigências fundamentais: a não limitação, ou seja, a ausência de impedimentos à participação; a não-violência, enquanto inexistência de coações externas ou pressões internas; e a seriedade, na medida em que todos os participantes devem ter como objetivo a busca cooperativa de um acordo. Idem. p. 110/111.

o sujeito que terá sua vida regida pela norma deve participar ativamente do nascimento da mesma, em um processo de autolegislação.

O ativismo do Movimento Nacional dos Catadores, referido neste trabalho, teve papel fundamental na elaboração de normas específicas para garantir direitos aos catadores e na implantação de políticas públicas afirmativas dirigidas a este grupo social, ou seja, os catadores participaram da construção das normas que os regerão. Poder-se-ia, então, concluir que se está diante de um processo de autolegislação?

Em que pese estarem presentes, de certo modo, requisitos da teoria do discurso de Habermas, falta ao catador um atributo básico para participar ativamente do processo de consenso advindo do discurso: o sujeito que participa do debate, que defende seus argumentos e que ouve os argumentos alheios deve estar apto ao debate, ou seja, deve ter condições de se ver e perceber como sujeito de direitos:

Para o indivíduo chegar a ter consciência de si como sujeito de direito, o processo de formação é construído na forma de uma sequência de passos da realização da vontade individual com essa formação, a vontade individual pode se conceber como uma pessoa dotada de direitos, ela está capacitada a participar naquela esfera contextual em cujo quadro se realiza a reprodução da vida social. A aprovação de normas, o consentimento, Habermas vincula a um processo de formação da vontade pública, que deve abranger as condições necessárias da autoexperiência da consciência individual: um sujeito precisa passar por experiências, repletas de exigências, antes de estar em condições de conceber a si mesmo como uma pessoa dotada de “direitos”, como sujeito de direito²⁸.

Muito embora o catador seja carente de discernimento quanto a sua posição na sociedade, como sujeito de direito e autor desses direitos, a seu modo, o catador busca o reconhecimento político, segundo o qual:

Como membros plenos de uma comunidade política, os cidadãos são pessoas com direitos individuais negativos, políticos e sociais. Como cidadãos, as pessoas não são apenas destinatários, mas também autores do direito – Maus (1992, p. 2016) fala da “união pessoal do bourgeois e do cidadão” na explicação da cidadania soberana. Isso certamente não significa que esta não seja um status garantido juridicamente ou que existe uma obrigação jurídica para os cidadãos agirem politicamente. Todavia, significa que existe uma diferença entre, de um lado, uma pessoa ser responsável pelo direito como cidadão junto com todos os outros e, de outro lado, uma pessoa ser responsável como pessoa de direito²⁹.

²⁸ MARTINS, Clélia Aparecida. **Normas - O estabelecimento dos direitos humanos.** Trans/Form/Ação {on line}, 2013, v. 36, n.spe. p. 121-148, Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732013000400009&script=sci_abstract&tlang=pt>

²⁹ FORST, Rainer. **Contextos da justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2009, p. 317

É inegável que, ainda que por vias tortas, os catadores alcançaram importante conquista com o reconhecimento de seu trabalho como uma ocupação. A partir desse reconhecimento, a questão do catador, agora como classe trabalhadora, passou a integrar a agenda de governo nacional, tendo sido incluída na Política Nacional de Resíduos Sólidos³⁰.

Mas quem é esse catador que, muito embora tenha conseguido se fazer enxergar pela sociedade a ponto de transformar uma agenda local em agenda nacional, (fenômeno este que não ocorre rotineiramente³¹), a ponto de integrar uma Política Nacional de Resíduos Sólidos? Esse catador entende a dimensão de suas “conquistas”?

Ou, ainda, quando deu início à cruzada por ser reconhecido como sujeito de direito, o catador pretendia que sua condição de catador fosse sacramentada como profissão digna e que sua inclusão social fosse condicionada a sua manutenção nessa profissão, como fizeram a Portaria 397/2002 e a Lei Federal nº 12.305/2010?

Logicamente, dentre os dirigentes do Movimento Nacional dos Catadores existem catadores (ou representantes dos catadores) com capital cultural suficiente para debater suas teses em condições de igualdade com membros dos Poderes constituídos, seja para exigir a implementação de políticas públicas afirmativas, seja para sugerir projetos de legislação que afirmem e garantam os direitos do sujeito catador, ou, em último caso, para propor medidas judiciais que visem a garantir a eficácia desses direitos.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 12.305**, de 2 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>.

³¹ Segundo PEREIRA a inclusão dos catadores na agenda nacional é um clássico exemplo de formulação de políticas públicas de baixo para cima. Esse fenômeno segundo o modelo de Kingdon (utilizado pelas autoras) é “baseado em três fluxos ou dinâmicas do processo de formação de agenda: problemas, política e propostas de políticas públicas”.

De acordo com o modelo estudado por PEREIRA, um problema poderá ser incluído na agenda governamental a partir do momento em que assim for identificado e diferenciado de uma simples situação: “Kingdon (1995) destaca a diferença entre uma situação e um problema. Várias situações ou condições objetivas estão presentes no cotidiano, sendo toleradas e não consideradas como problemas sociais. O reconhecimento de problemas é um passo crítico para o estabelecimento de agendas. As possibilidades de um tema assumir lugar de destaque na agenda são maiores se for associado a um problema importante. Nesse processo, os empreendedores de políticas (policy entrepreneurs) têm um papel importante no convencimento de autoridades para que a demanda em questão ganhe importância na agenda governamental (KINGDON, 1995). A relação entre condições objetivas (situação), problema e agenda governamental não é natural, nem tampouco direta. A existência de uma condição objetiva não é suficiente para colocá-la numa agenda governamental ou societária. Para uma condição objetiva se tornar problema, é necessário que a sociedade a reconheça como um problema social. Só quando um assunto é construído socialmente como um problema é que ele tem chance de entrar na agenda governamental”. PEREIRA, Maria Cecília Gomes; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. **A inclusão de catadores em programas de coleta seletiva: da agenda local à nacional.** Cad. EBAPE.BR, vol. 9, n. 3. Rio de Janeiro, Set. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci#tx01>>.

Entretanto, como visto, o catador enquadra-se perfeitamente no conceito de “ralé invisível”, categoria desenvolvida, como se apontou anteriormente, por Jessé Souza, sendo não apenas carente dos capitais cultural e econômico, mas também despido dos meios de se apropriar desses capitais.

Essa situação dificulta muito o acesso desse grupo social aos órgãos estatais, retardando sobremaneira a edição de normas e a efetivação de políticas públicas que lhes garantam o acesso aos direitos positivados, problema este que poderia ser minimizado com a presença de representantes dos catadores nos órgãos públicos que tomam as decisões, na linha do que defende Roberto Gargarella, como estratégia para proteção das minorias³²:

Para Gargarella, a chance de uma lei que trata de direitos das minorias ser “boa” (“respeitosa” aos interesses de todos), quando representantes dessa minoria participaram ativamente de sua elaboração, aumentam significativamente.

Isso não quer dizer que a norma produzida sem a participação da minoria, obrigatoriamente, seja ruim, mas essa possibilidade diminui drasticamente quando a minoria que se pretende proteger participa da produção da norma, esclarecendo, inclusive, quais são suas necessidades e prioridades.

Para melhorar a representação dos menos favorecidos, Gargarella propõe um sistema de cotas para minorias no parlamento, o que, para o autor, apesar de todas as

³² Para observar porque pode ser importante garantir a presença de grupos minoritários em certas instituições públicas, vamos imaginar uma situação como a seguinte: o parlamento de determinado país está prestes a sancionar uma lei relacionada a discriminação das mulheres em locais de trabalho. Imaginemos, também, que – assim como costuma ocorrer em muitos legislativos contemporâneos, dominados de forma majoritária por homens – as mulheres não tem um papel significativo nesses debates. O que ocorre, então, é que a decisão em jogo, que afeta de modo muito especial as mulheres, é tomada, enfim, por uma maioria de homens. Esse fato, é claro, não implica que, necessariamente, a lei sancionada seja “ruim” (entendendo que uma lei é “boa” quando é “respeitosa” aos interesses de todos os que são afetados por ela, e “ruim” quando não é assim). (...)

Como maneira de esclarecer o que foi dito e defender a necessidade de uma “efetiva presença” das mulheres (ou do grupo em questão) em certas instituições públicas, podemos pensar em pelo menos dois argumentos. Em primeiro lugar, poderia ser dito que essa “presença efetiva” é fundamental para resolver um problema epistêmico como o seguinte: se o que queremos é que a nossa decisão seja imparcial quanto aos interesses de todos os afetados (isto é, se não queremos que a decisão tenha de antemão um viés favorável a algum grupo; se queremos que essa decisão respeite, no que for possível, as distintas preferências em jogo), precisamos lembrar que os riscos de fracassar nesse propósito são muito altos, por causa da dificuldade que cada um tem de reconhecer, entender e equilibrar de modo adequado os interesses do outro. Nesse sentido, se não temos acesso direto às opiniões “dos outros”, se eles não tem oportunidades efetivas de apresentar e defender suas reivindicações, então, será muito difícil sabermos o que solicitam, por mais boa-fé e empatia que tenhamos por eles. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da Justiça depois de Rawls – Um breve manual de filosofia política.** São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 173/174.

críticas e argumentos contrários, continua sendo a melhor forma de garantir que as minorias sejam efetivamente ouvidas³³.

Resta saber se as reivindicações dos “representantes” dos catadores vão ao encontro dos anseios dos próprios catadores, tanto no caso do movimento social, quanto seria se o Parlamento brasileiro tivesse representantes dos catadores dentre seus membros.

Em suma, a pergunta que emerge é se (i) a inclusão social tão almejada pelos catadores e defendida por seus representantes, refere-se apenas a “melhorias” nas condições do trabalho de catador, com o condicionamento da inclusão social a sua permanência na cadeia de reciclagem do lixo, (ii) ou o catador deseja ser incluído por meio de medidas e normas que trabalhem com a possibilidade de deixar de ser catador, passando a integrar a sociedade com profissão diversa?

Em pesquisa que objetivou investigar as relações de trabalho entre catadores de materiais recicláveis e organizações de reciclagem dos materiais coletados, MEDEIROS e MACÊDO realizaram entrevistas com 10 (dez) catadores ligados a cooperativas de reciclagem localizadas em Goiânia, concluindo pela perversidade dessa modalidade de inclusão social do catador:

Esses trabalhadores desempenham um papel preponderante para o processo de reciclagem, pois, atualmente, o fruto de seu trabalho é ponto de partida para o abastecimento, com matérias-primas, das indústrias de reciclagem. Apesar disso, a atividade é executada em condições extremamente precárias e informais de trabalho e remuneração, o que evidencia o caráter perverso da inclusão que essa atividade possibilita.

A dialética inclusão/exclusão permite compreender o conceito de inclusão como um processo, e, assim, possibilita a compreensão da inclusão social pela exclusão. É o que se observa ao analisar as relações de trabalho dos catadores de materiais recicláveis: excluídos do mercado de trabalho, os catadores encontram na catação a possibilidade de garantir sua sobrevivência, mesmo executando um trabalho desprovido de qualquer garantia trabalhista e, a partir daí, sentem-se novamente incluídos.

Contudo, trata-se de uma inclusão perversa, pois, como se pode verificar, com a lucratividade assegurada pelos processos de reciclagem, estes estão sendo

³³ Apesar da avalanche de críticas produzida até aqui contra uma “política de grupos”, considero que ainda existe espaço pra continuar defendendo esse tipo de política. Talvez tenhamos tornado complexo demais um problema que podemos abordar de modo mais simples. Poderíamos dizer, por exemplo, e apenas, algo como o seguinte: se nossa sociedade, de fato, está profundamente dividida em grupos, mais ou menos visíveis para todos (anglo e franco-falantes); e reconhecermos que essa fragmentação constitui uma fonte permanente de tensões, e entendemos que existem meios institucionais que podem contribuir para que esses grupos se encontrem, ou que podem ajudar-nos a oferecer um melhor tratamento aos membros desses grupos, então porque não adotamos esses meios institucionais? Idem 180/1181.

realizados por pessoas de diferentes segmentos e até mesmo por organizações terceirizadas, o que conduz paulatinamente, para nova exclusão dos catadores³⁴.

As “conquistas” dos catadores, alcançadas pelo ativismo de seus representantes, acabaram por condenar os catadores a manterem-se catadores (porém, agora organizados em cooperativas e associações), para serem incluídos por meio de melhorias nas condições do trabalho dos catadores.

Essa inclusão às avessas, muito embora possa significar um avanço na precária e desumana condição a que está submetido o catador, talvez não reflete os verdadeiros anseios dos catadores de alcançar a inclusão social. Ela parece significar algum avanço, mas não possibilita reconhecimento.

Talvez o problema esteja vinculado a uma questão de déficit informacional no que tange com a participação dos catadores nos debates em relação à formação das políticas públicas no setor. Deveras, a simples participação ativa no processo de formação das políticas não parece ter sido suficiente para suprir o “gap” informacional. Isso guarda relação com a perspectiva de leitura que Amartya Sen lança sobre a análise das relações entre vidas, liberdades e capacidades. De acordo com Sen³⁵, no processo de realização de escolhas e participação, a liberdade é valiosa na medida em que dá oportunidade de buscar os objetivos pessoais das pessoas – tudo o que elas valorizam, mas também possui relevância para o próprio processo de escolha. Isso significa que, para se atingir padrões adequados e democráticos de Justiça não basta possibilitar que cada pessoa ou grupo faça as suas escolhas e participem das decisões, mas é preciso prover os envolvidos em efetivas condições de decisão. Nesse aspecto, a questão informacional se torna relevante.

Diz-se isso porque, de acordo com o pensamento de Sen, a falta de informação adequada para julgar e comparar vantagens individuais globais impossibilita a tomada legítima de decisão e escolha³⁶. Para exemplificar essa situação, poder-se-ia lembrar do caso de mulheres que vivem em sociedades machistas e discriminadoras e que, por razões culturais, aceitam a condição de pessoas subjugadas aos homens, compreendendo essa situação como sendo normal. Amartya Sen não admite como

³⁴ MEDEIROS, Luiza Ferreira Rezende e MACÊDO, Kátia Barbosa. **Catador de Material Reciclável: Uma profissão para além da sobrevivência?** Psicol. Soc. [online]. 2006, vol.18, n.2, pp.62-71. ISSN 0102-7182. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-71822006000200009>>

³⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 263.

³⁶ Idem, p. 271.

legítima ou democrática tal situação se as mulheres dessa sociedade hipotética não tiverem informação suficiente sobre o padrão de exercício dos direitos das mulheres em sociedade igualitárias. Sem informação adequada, sem possibilidade comparativa, as decisões tomadas nas sociedades marcadas pela desigualdade, ainda que assegurem participação, não espelham verdadeiramente uma escolha, mas antes podem representar a falta de condições para a escolha.

Projetando-se esse tipo de análise ao tema estudado, tem-se que a participação ativa dos catadores na formulação das políticas, por certo, pode parecer um avanço. Mas sem o foco informacional adequado – e no contexto em tela foi o que sucedeu -, o modelo de inclusão adotado não decorreu de uma efetiva capacidade decisória, o que pode ter sido determinante para que o resultado das políticas implementadas fosse, na verdade, excludente, prendendo os catadores nessa condição indefinidamente.

Conclusão

Percebe-se que os catadores de materiais recicláveis exercem atividade reconhecida e, agora, regulamentada, tanto pela Portaria nº 397/2002, do Ministério do Trabalho, que inclui o catador na Classificação Brasileira de Ocupações, quanto na Política Nacional de Resíduos Sólidos, que estabelece a obrigatoriedade da inclusão dos catadores (devidamente organizados em cooperativas) no processo de gestão de resíduos recicláveis dos municípios.

Muito embora façam ainda parte de um grupo social desprovido de capital econômico e cultural, pertencendo à categoria social denominada ralé invisível, o que se percebe é que os catadores, paulatinamente, vêm mudando o olhar sobre si mesmos, percebendo-se como sujeito de direito, com direito a ter direitos.

Esse grupo social já percebeu que o movimento decorrente dessa nova visão tem o poder de inserir sua questão na agenda nacional e de mudar a percepção que as classes sociais privilegiadas têm sobre os catadores.

Certamente apropriar-se dos capitais econômico e cultural não será tarefa fácil, assim como não foi fácil reconhecer-se como membro pleno de uma comunidade, porém talvez seja a única forma de alcançar a cidadania e a tão sonhada inclusão social.

Resta compreender se a inclusão social que as normativas referidas pretendem, refletem as expectativas dos catadores sobre inclusão social. A participação dos catadores na formulação de propostas por meio do Movimento Nacional dos Catadores

acabou por criar mecanismos de aprisionamento do catador nessa condição, condicionando sua permanência na “profissão catador” à inclusão social exclusivamente por formas de melhorias nas suas condições de trabalho, sem deixar de considerar outras formas, menos perversas de propiciar essa inclusão.

Referências

ARENDT, Hannah. **A condição humana** 12^a Edição Revista. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____ **Crises da república**. Tradução José Volkmann. 2^a ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

BRASIL. Classificação Brasileira de Ocupações - Ministério do Trabalho. **Portaria nº 397, de 09 de outubro de 2002**. Disponível em: <<http://www.mtecb.gov.br/cbosite/pages/legislacao.jsf>>.

_____. **Decreto nº 7.405**, de 23 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2010/Decreto/D7405.htm>.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE**. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/painel/painel.php?codmun=420540>>.

_____. **Lei Federal nº 12.305**, de 2 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>.

_____. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/>>.

_____. Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis. **Carta de Brasília**. Disponível em: <<http://www.mnrc.org.br/sobre-o-mnrc/principios-e-objetivos/carta-de-brasilia>>.

BARBOSA, Lívia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. 68 p.
BENTHAM, Jeremy. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

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

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, **Direito e Justiça distributiva. – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da Justiça depois de Rawls – Um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich – Aportes para uma Reflexão Atual sobre Pluralismo e Constituição**. Curitiba: Juruá, 2015.

MARTINS, Clélia Aparecida. **Normas - O estabelecimento dos direitos humanos.** Trans/Form/Ação {on line}, 2013, v. 36, n.spe. p. 121-148, Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732013000400009&script=sci_abstract&tlang=pt>

MEDEIROS, Luiza Ferreira Rezende e MACÊDO, Kátia Barbosa. **Catador de Material Reciclável: Uma profissão para além da sobrevivência?** Psicol. Soc. [online]. 2006, vol.18, n.2, pp.62-71. ISSN 0102-7182. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-71822006000200009>>

PEREIRA, Maria Cecília Gomes; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. A inclusão de catadores em programas de coleta seletiva: da agenda local à nacional. **Cad. EBAPE.BR**, vol. 9, n. 3. Rio de Janeiro, Set. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512011000300011#tx01>.

SILVA, Pedro Henrique Isaac. **18º Congresso Brasileiro de Sociologia**, 26 a 29 de Julho de 2017, Brasília. Grupo de Trabalho: Sociologia Clínica. Catadores e neurose de classe: Paradoxos da ascensão social por meio da militância. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Brasília – IFB. Disponível em: <<http://sbs2017.com.br/anais/resumos/PDF-eposter-trab-aceito-1021-1.pdf>>.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa.** 6ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUZA, Jessé. **Ralé Brasileira. Quem é e como vive.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009.

9. EM DEFESA DE UMA VISÃO CRÍTICA FEMINISTA PARA O TRATADO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS

*IN DEFENSE OF A FEMINIST CRITICAL VISION FOR HUMAN RIGHTS AND
BUSINESS*



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-9>

Juliana Bertholdi¹

Resumo

O presente estudo tem por objetivo analisar a temática de Direitos Humanos e Empresas a partir de um recorte de gênero, defendendo a necessidade de se pautar os direitos das mulheres no Tratado Internacional de Direitos Humanos e Empresas. Para construção de tal argumento, pretende-se demonstrar a maior suscetibilidade das mulheres em figurarem como vítimas de graves violações por parte das empresas multinacionais de caráter transnacional. O impacto das grandes multinacionais na realização dos direitos humanos vem paulatinamente ganhando espaço nos debates acadêmicos. Neste passo, há autores que defendem, inclusive, que as empresas que exercem atividades transnacionais deveriam constituir sujeitos de direito internacional, ao lado dos Estados-Nações, enfrentando as competentes obrigações e sanções. Em posição mais moderada, mas não menos vanguardista, vem-se militando pela realização de um tratado vinculante de Direitos Humanos e Empresas, que supere o caráter voluntarista dos Princípios Guiadores de Direitos Humanos e Empresas e busque maior efetividade do papel de garante destas grandes instituições. Dentro deste espectro, em que se admite e encoraja um tratado vinculante de direitos humanos e empresas, defende o presente estudo que as mulheres constituem uma das parcelas mais vulneráveis às violações promovidas por tais entes, sendo alvos de agressões bastante peculiares à violência de gênero. O método utilizado foi dedutivo, a partir da revisão bibliográfica e documental. Concluiu-se que, sendo as mulheres as principais vitimadas pelas violações de direitos humanos por empresas, sendo tais violações dotadas de particulares que refletem o processo histórico de submissão de gênero

¹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - PR, bolsista CAPES/PROEX. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - PR. Especialista em Direito Eleitoral pela Faculdade Arnaldo - MG. Advogada e professora. E-mail: juliana@bmfef.adv.br.

assoberbadas pelo capitalismo moderno, torna-se fulcral a proteção especializada neste tratado que pretende garantir os direitos humanos face às grandes empresas. Palavras-chave: direitos humanos; empresas transnacionais; violência de gênero.

Abstract

This study aims to analyze the issue of Business and Human Rights from a gender perspective, defending the need to enplane women's rights in the International Treaty on Business and Human Rights. To build such an argument, it is intended to demonstrate the greater susceptibility of women to be victims of serious violations by transnational companies. The impact of large multinationals on the realization of human rights has been gradually gaining ground in academic debates. At this stage, some authors even argue that companies that perform transnational activities should be subjects of international law, alongside the nation-states, facing the competent obligations and sanctions. In a more moderate but no less avant-garde position, it has been defended the necessity for a binding treaty on Business and Human, which goes beyond the voluntarist character of the Guiding Principles on Business and Human Rights and seeks greater effectiveness of the guarantor role of these large institutions. Within this spectrum, which admits and encourages a binding treaty of business and human rights, the present study argues that women constitute one of the most vulnerable parts to the violations promoted by such entities, being targets of aggressions very peculiar to gender violence. The method used was deductive, utilizing the bibliographic and documentary review. It is concluded that, being women the main victims of human rights violations by corporations, being such violations reflections of the historical process of gender submission amplified by modern capitalism, specialized protection to guarantee human rights vis-à-vis transnational companies becomes central.

Keywords: human rights; transnational corporations; gender violence.

Introdução

A presente pesquisa tem por objetivo a análise temática da construção do

Tratado de Direitos Humanos e Empresas sob uma ótica crítica feminista², como início dos debates a serem propostos em Dissertação de Mestrado em Direito. Assim, pretende se discutir como as violações de direitos humanos por empresas afetam precípuamente as mulheres e de que maneira um diploma internacional vinculante, se permeado por uma ótica de gênero, se torna necessário para alterar o *status quo*.

Nesse aspecto, destaca-se que as corporações transnacionais vêm ganhando cada vez mais poder: das 100 maiores econômicas mundiais, 69 são empresas multinacionais, cujo faturamento anual excede o PIB de grandes Estados³. Inegável portanto o poderio das grandes corporações: “as instituições financeiras internacionais exercem governos paralelos aos poderes oficialmente constituídos”⁴. Quando refletimos que grande parte destas empresas não excede um século de existência, a agressividade no crescimento de sua influência política e social é latente⁵.

Tais dados refletem as consequências da expansão das atividades corporativas, bem como a força e peso das empresas no contexto contemporâneo – que podem agir para reafirmação e endossamento dos direitos humanos ou sedimentar sua derrocada absoluta.

Trata-se de discussão atual, posto que o Tratado de Direitos Humanos e Empresas ainda é projeto embrionário, cujos detalhamentos estão sujeitos às demandas e pressões de órgãos internacionais – a segunda reunião para discussão do *draft* se dará na semana de 14 a 18 de outubro de 2019. Ainda, constitui discussão pertinente, pois as mulheres são as principais vitimadas pelas violações das empresas⁶, merecendo especial atenção na redação do diploma vindouro: mulheres e meninas representam 99% das vítimas de trabalho forçado na indústria comercial do sexo e

² No contexto deste projeto, entende-se como ótica crítica feminista aquela que reconhece a necessidade de uma avaliação sensível ao gênero por entender que a experiência masculina tem sido privilegiada ao longo da história, enquanto a feminina, negligenciada e desvalorizada. ENLOE, Cynthia H. **Bananas, beaches and bases: making feminist sense of international politics**. Los Angeles: University of California Press. 2014, p. 8-10.

³ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano, 2ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil**. Londrina: Humanidades, 2004, p. 48.

⁵ Informações detalhadas em: <https://www.globaljustice.org.uk//news/2016/september/10-biggest-corporations-make-more-money-most-countries-world-combined>. Acesso em 3 de agosto de 2019.

⁶ Informações podem ser obtidas em: <https://www.business-humanrights.org/en/binding-treaty>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

58% em outros setores empresariais, constituindo ainda 40% das vítimas de trabalho forçado impostos por autoridades estatais⁷.

1 A vulnerabilidade feminina e as empresas transnacionais

Em 2017, 43% da população feminina mundial estava em empregos vulneráveis – empregos estes frequentemente integrantes das cadeias globais de suprimentos transnacionais corporações - com acesso reduzido ou inexistente a proteção⁸. Defende-se que ao lado das crianças, as mulheres representam as maiores vítimas dos abusos perpetrados pelas multinacionais: em nível global, a diferença salarial entre homens e mulheres que exercem a mesma função é de 23% e são mais de 700 milhões de mulheres a menos que percebem salários em funções desempenhadas diariamente⁹. As oportunidades de trabalho para as mulheres é quase 27% menor que a dos homens¹⁰. Ainda, a população feminina é usualmente vinculada a trabalhos de natureza informal, com contratos precários, colocando-as no final da cadeia de valor, em trabalhos com menores salários, piores condições e proteções ínfimas¹¹ - em geral trabalhos que são explorados justamente pelas empresas transnacionais em países cuja legislação trabalhista é menos protetiva. O acesso à justiça e sua realização é igualmente mais custoso e difícil para as mulheres: de 173 países analisados em relatório do Banco Mundial, 155 possuem ao menos uma lei que restringe a igualdade econômica feminina¹², dificultando sobremaneira a equidade de gênero.

⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Walk Free Foundation (2017), **Global Estimates of Modern Slavery**. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/575479.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2019.

⁸ Embora a taxa de emprego vulnerável de mulheres e homens seja similar, existem diferenças significativas de gênero em suas subcategorias. Por exemplo, globalmente, 14,9% das mulheres empregadas exercem trabalhos familiares, em comparação com 5,5% dos homens empregados. Em termos de trabalho por conta própria, a parcela do emprego masculino é maior do que o emprego feminino em todos os grupos de renda dos países estudados. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **World Employment Social Outlook Trends for Women 2017**. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_557245.pdf. Acesso em 26 de agosto de 2019.

⁹ UN WOMEN. **Progress of the World's Women: Transforming Economies, realizing rights**, 2015.

¹⁰ RHODES, Francesca; HARVEY, Rowan; PARVEZ, Anam. **An Economy that Works for Women: Achieving women's economic empowerment in an increasingly unequal world**. Oxfam briefing paper, março de 2017. Disponível em: <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstr.pdf?sequence=1>. Acesso em 12 de agosto de 2019.

¹¹ KRISTIANSSON, Linnea. **Embedding gender in the business and human rights agenda**. Lund University, 2017.p.14.

¹² BANCO MUNDIAL. **Women, Business and the Law 2016: Getting Equal**, 2016: <http://wbl.worldbank.org/~/media/WBG/WBL/Documents/Reports/2016/Women-Business-and-the-Law-2016.pdf>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

Neste sentido, as demandas de vítimas, da sociedade civil organizada e das instituições de proteção dos Direitos Humanos levaram à adoção de algumas práticas e modelos de gestão, as quais, usualmente promovidas por atos voluntários, possuem pouca efetividade¹³, em especial na área dos Direitos Humanos e Empresas. Ademais, o acesso à justiça, já negado às mulheres em esferas nacionais, torna-se ainda mais difícil quando nos referimos a órgãos internacionais: daí a iniciativa de tratado cogente, de aplicabilidade plena, que facilite o acesso das vítimas à justiça e que possibilite a punição de seus algozes.

Assim, é demanda urgente a realização de estudos que verticalizem a construção de um Tratado de Direitos Humanos e Empresas a partir do viés de gênero, a fim de que as propostas da sociedade civil e acadêmica auxiliem a instrumentalização dos direitos humanos da mulher, cujas particularidades exigem dedicação especializada.

A busca pela inserção de um recorte de gênero no tema de Direitos Humanos e Empresas é bastante recente, razão pela qual a bibliografia específica sobre o assunto é ainda escassa. Tal panorama se torna mais latente quando nos dirigimos ao Tratado de Empresas e Direitos Humanos, cuja segunda versão dos rascunhos – cunhada *Draft One* - data de julho de 2019¹⁴. Não obstante, já foram largamente discutidas as temáticas que tangenciam o estudo pretendido, permitindo a leitura integrativa e interdisciplinar que permitirá a construção do presente trabalho.

A verticalização pretendida, a partir da desigualdade entre gêneros, constitui uma das mais enraizadas e crueis formas de discriminação, moldando padrões econômicos¹⁵, políticos¹⁶ e sociais¹⁷, negando às mulheres o direito ao desenvolvimento na mesma medida em que é aferido aos seus pares homens. O resultado, como aponta Maria Fernanda Carvalho, é a significativa disparidade de poder entre homens e mulheres na microesfera de seus lares e na macroesfera nacional e global¹⁸, gerando

¹³ PAMPLONA, Danielle Anne. Das violações de direitos humanos e do envolvimento das grandes corporações in PIOVESAN, Flavia. **Empresas e direitos humanos**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 66.

¹⁴ O documento encontra-se disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/binding-treaty>. Acesso em 3 de agosto de 2019.

¹⁵ MARÇAL, Katrine. **O lado invisível da economia**: uma visão feminista. São Paulo: Editora Alaúde, 2017.

¹⁶ BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**: uma introdução. São Paulo, Boitempo, 2015.

¹⁷ PATEMAN, Carole. **The sexual contract**. Stanford: Stanford University Press, 1988.

¹⁸ CARVALHO, Maria Fernanda Campos Goretti de. **A necessidade de uma perspectiva de gênero em um tratado em Direitos Humanos e empresas nas Nações Unidas**. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2019, p.5.

fenômeno conhecido como a feminização da pobreza¹⁹, responsável por paulatinamente agravar a situação de vulnerabilidade econômica, social e política feminina.

2 A necessária inserção de uma visão de gênero nas discussões de Direitos Humanos e Empresas

Os sistemas normativos e legais construídos por séculos auxiliam a perpetuação de tal disparidade: por vezes limitam seus direitos políticos, em outras oportunidades diminuem suas oportunidades laborais ou até mesmo permitem a violência doméstica a familiar²⁰, diminuindo significativamente o direito ao desenvolvimento feminino.

Para Rosalba Todaro, a explicação para tamanha rejeição às políticas de equidade reside do fato de que “existe uma ordem social de gênero que interatua com uma ordem social geral”, constituindo um sistema de relações sociais masculinas e femininas das quais se extrai uma divisão sexual do trabalho a partir de fatores sexuais simbólicos, sendo inegável que o gênero é fator determinante também nas relações políticas – na divisão sexual do trabalho que permeia a sociedade moderna, o espaço público, nele incluso o laboral, não é feminino²¹.

Joan Scott igualmente anota uma “realidade social sexualmente baseada”²² em que “a diferença sexual tem sido concebida em termos de dominação e de controle das mulheres”, especialmente na esfera política e demais cargos de expressividade social, em que o controle de gênero remonta à própria construção das primeiras noções de democracia.

A economia do cuidado oriunda deste controle de gênero envolve a criação dos filhos, a guarda das crianças, a atenção com os parentes idosos ou com necessidades especiais, as atividades de educação, saúde e dos afazeres domésticos, assim como a

¹⁹ AGUILAR, Paula Lucía. A feminização da pobreza: conceitualizações atuais e potencialidades analíticas. **Revista Katálysis**, Janeiro de 2011, Vol.14(1), pp.126-133.

²⁰ BANCO MUNDIAL. **Women, Business and the Law 2016: Getting Equal**, 2016: <http://wbl.worldbank.org/~media/WBG/WBL/Documents/Reports/2016/Women-Business-and-the-Law-2016.pdf>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

²¹ TODARO, Rosalba. Mujeres ejecutivas en Chile: una empresa difícil. In: ZABLUDOVSKY, G. (Coord.). **Mujeres en cargos de dirección en América Latina**: estudios sobre Argentina, Chile, México Y Venezuela. México: UNAM, Miguel Angél Porrúa Editor, 2002, p. 69.

²² SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. In: Educação e realidade, v.15, n.2, 1990, p. 69.

convivência das pessoas que cuidam umas das outras e do ambiente natural²³. No entanto, da economia do cuidado depende toda a reprodução humana e, portanto, a própria existência da produção e do mercado.

Segundo o informe da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL (2010), “Que tipo de Estado? Que tipo de igualdade?”²⁴ a conciliação entre a vida profissional e familiar baseada na redistribuição das tarefas de cuidado entre o Estado, o mercado e as famílias, continua a ser o ponto cego das políticas públicas da América Latina e do Caribe. Existe um lapso entre as obrigações legais para com o cuidado de ambos os cônjuges em relação com seus descendentes e ascendentes e as normas, os serviços, a infraestrutura e as provisões disponíveis para sua realização. Nesta situação, as desigualdades de gênero são evidentes.

Segundo Alicia Bárcena, Secretária Executiva da CEPAL, não será possível conseguir igualdade de trabalho para as mulheres enquanto não for resolvida a carga de trabalho não remunerado e de cuidados que recaem historicamente sobre elas: para ela, a incorporação das mulheres ao mercado de trabalho em iguais condições que as dos homens requer uma análise e uma mudança estratégica da função social e simbólica estabelecida na sociedade²⁵.

Isto implica, por uma parte, redistribuir a carga de trabalho não remunerada associada à reprodução e ao sustento da vida humana e, por outra, desmontar o sistema de poder que subjuga a vida livre de violência, o direito de decidir plenamente sobre a reprodução e suas condições), como na dimensão pública (a representação equitativa nos níveis de tomada de decisões da sociedade).

Desta forma, existe a necessidade de articulação entre as esferas da produção e da reprodução e do sistema de emprego e o cuidado das famílias e indivíduos. Na perspectiva da titularidade dos direitos, as políticas públicas devem garantir o acesso ao emprego, ao mesmo tempo em que provê serviços públicos para aqueles que dão e recebem cuidados. Conciliar trabalho e família é fundamental para que haja uma maior equidade entre homens e mulheres e para que a articulação entre Estado, Família e

²³ BIROLI, Flavia. **Gênero e desigualdades:** limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

²⁴ Comissão Econômica para América Latina e o Caribe (CEPAL). **Que tipo de Estado? Que tipo de igualdade?**, 2010. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/cepal-promove-igualdade-trabalho-estimular-autonomia-mulheres-regiao>. Acesso em 2 de agosto de 2019.

²⁵ Idem.

Mercado possa se dar em benefício das pessoas e da ascensão social ascendente de todos, com equidade de gênero²⁶.

Ainda, é fato consabido que o desenvolvimento econômico e social de um país depende do pleno emprego dos insumos produtivos disponíveis e do crescimento da produtividade dos fatores de produção, especialmente das mulheres que são mais da metade da população e possuem dificuldades para uma inserção de qualidade no mercado de trabalho²⁷.

Neste sentido, o contexto social e jurídico impostos acabam por reduzir a mulher à dupla dependência de seus familiares homens – geralmente seus companheiros - e patrões. Por esta razão, tendo como pano de fundo os papéis constituídos socialmente, as violações de direitos humanos afetam homens e mulheres de maneiras muito diferentes²⁸. O quadro é agravado ainda pelo sistema capitalista, que tem na disparidade de gêneros uma oportunidade para maiores lucros e exploração de obra de mão mais barata²⁹.

O estudo dos direitos humanos da mulher, portanto, merece lentes próprias – especialmente quando verticalizado em sua relação com as empresas transnacionais e suas violações próprias – a exemplo da supracitada divisão sexual do trabalho, da feminização da pobreza, das inúmeras notícias de assédios e abusos morais e sexuais. Assim, não há como discutir Direitos Humanos em um contexto de Direitos Humanos e Empresas sem que se preste especial atenção aquelas mais vulneráveis.

4 Da inserção de uma visão de gênero no Tratado de Direitos Humanos e Empresas

As particularidades que permeiam os direitos humanos e sua aplicação

²⁶ ALVES, J. E. D.; MARTINE, G. **Gênero e Desenvolvimento:** Desafios para a Integração e Atualização do Cairo. IVº Congresso da ALAP, Havana, 2010, p. 13. Disponível em: http://www.alapop.org/2009/index.php?option=com_content&view=article&id=621&Itemid=3. Acesso em 1 de agosto de 2019.

²⁷ ALVES, J. E. D.; CAVENAGHI, S. **Família, trabalho e pobreza nas políticas de transferência de renda:** O caso do Programa Bolsa Família no Recife. Anais do VII ENABER, São Paulo, 2009, p. 26.

²⁸ GENDER AND DEVELOPMENT NEWORK (GADN). **Why National Action Plans on Business and Human Rights must integrate and prioritise gender equality and women's human rights.** 2015. Disponível em http://www.progressio.org.uk/sites/progressio.org.uk/files/gadn_b_hr_paper_13_11_15_final.pdf. Acesso em 1 de agosto de 2019.

²⁹ CARVALHO, Maria Fernanda Campos Goretti de. **A necessidade de uma perspectiva de gênero em um tratado em Direitos Humanos e empresas nas Nações Unidas.** Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2019, p.7.

relacionada às empresas transnacionais gerou a preocupação especializada esperada: cientes da importância econômica e social das empresas e buscando a instrumentalização de programas que as coloquem positivamente no contexto mundial, em junho de 2011 o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou por consenso os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, elaborados pelo Professor de Harvard John Ruggie, Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, ladeado por equipe especialmente designada para tal finalidade³⁰.

A construção de tais princípios, elaborados a partir da análise e cotejo de normas de direitos humanos preexistentes, representam avanço significativo na consolidação de parâmetros normativos aplicáveis à conduta das empresas em relação aos Direitos Humanos, verificados até então, conforme já aduzido, como tutelados exclusivamente pelos Estados. Os princípios, conforme então afirmara o próprio John Ruggie, são o “fim do início”, sendo um trabalho transformador, porém incompleto, como bem aponta Martin³¹. Assim, fulcral que as empresas e os Estados se comprometam com a sua implementação e aprofundem o debate sobre as obrigações das empresas nessa matéria, com a participação de organizações de Direitos Humanos.

Vale anotar que quando da divulgação dos princípios estruturados, o grupo de trabalho das Nações Unidas sobre Direitos Humanos e Empresas ainda disponibilizou seus esforços para realizar visitas aos países e colaborar na sua implementação no âmbito nacional, evento que ainda não se deu no Brasil.

Inobstante a indiscutível dedicação, qualidade e relevância do trabalho realizado, desde logo chama a atenção o fato de não ter havido uma preocupação primária por parte do Grupo de Trabalho com a realização de um recorte de gênero que pudesse se dirigir às questões feministas que interseccionam os direitos humanos e que perpassam a realização plena do direito ao desenvolvimento, atendendo aos hodiernos anseios de paridade e equidade.

Neste sentido, anota-se que a palavra “gênero” aparece apenas três vezes em todo o extenso documento, sendo que na primeira oportunidade é empregada

³⁰ NAÇÕES UNIDAS. **Guiding Principles on Business and Human rights**: implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, 2010. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf. Acesso em 11 de agosto de 2019.

³¹ MARTIN, Jena. 'The End of the Beginning?': A Comprehensive Look at the U.N.'s Business and Human Rights Agenda from a Bystander Perspective. **Fordham Journal of Corporate and Financial Law**, Vol. 17, 2012 (4), p. 6.

genericamente na introdução como um dos vieses a ser respeitado na aplicação principiológica (Título de Princípios Operacionais) e nas duas últimas é empregada para designar tema que merece atenção apenas dentro de regiões afetadas por conflitos (Princípio 7 - fomentar o respeito aos direitos humanos pelas empresas em regiões afetadas por conflitos), em inaceitável delimitação contextual, demonstrando o quanto o recorte de gênero ficou em segundo plano e afastou-se das teorias feministas – vale dizer, assim como os demais recortes de minorias: de raça, portadores de deficiência, crianças e idosos.

A palavra “mulher”, por sua vez, aparece quatro vezes, todas elas ao lado de outras minorias, de forma genérica, sem qualquer menção a noções de equidades de qualquer aspecto.

Vale anotar que, de fato, muitos tratados e declarações essenciais dos direitos humanos não são mencionados explicitamente nos Princípios Orientadores - a exemplo da “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher” de 1979, objeto de significativa importância para a presente discussão - sendo notório que, consequentemente, tais princípios proporcionam lacunas para que as empresas se evadam das responsabilidades que se busca impor.

Buscando solucionar celeumas desta natureza, o guia “Como usar os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas para pesquisa e incidência”, anota importante comentário sobre o conteúdo do Princípio 12, o qual indica claramente a possibilidade de consideração do que chama de “normas adicionais”³².

Desta feita, nos casos onde as organizações da sociedade civil logram êxito em demonstrar que as circunstâncias que fazem as leis e normas adicionais sobre os direitos humanos internacionais são efetivamente relevantes, o comentário do Princípio Orientador 12 oferece uma abertura para que façam com que as empresas sejam responsabilizadas por respeitar essas leis e normas adicionais dos direitos humanos internacionais – incluindo-se, por exemplo, a própria “Convenção sobre a

³² HUIJSTEE, Mariëtte van; RICCO, Victor; CERESNA-CHATURVEDI, Laura. **Como usar os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas para pesquisa e incidência:** Um guia para organizações da sociedade civil. Amsterdam – Holanda: SOMO, 2013, p. 12.

eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher” de 1979³³ e demais tratados que possuem o fulcral recorte de gênero.

Apesar de importantes passos terem sido dados em direção a uma consciência global em relação ao tema, tais como a elaboração da Declaração de Pequim³⁴ e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), a ONU ainda enfrentava sérios desafios para alcançar resultados efetivos, tais como financiamento inadequado e a falta de uma representação única reconhecida para dirigir as atividades.

Assim, através da Resolução A/64/289 da Assembleia Geral, em 2 de julho de 2010, surgiu a ONU Mulheres como parte da agenda de reformas das Nações Unidas, buscando maior sinergia nas ações das várias entidades do Sistema³⁵. De acordo com o site da organização, ela “foi criada para resolver tais desafios. A agência é uma instância forte e dinâmica voltada para as mulheres e meninas, proporcionando-lhes uma voz poderosa a nível global, regional e local”. A partir de seu surgimento, aconteceu uma fusão de quatro setores da ONU, que se centravam exclusivamente na igualdade de gênero e no empoderamento das mulheres: Divisão para o Avanço das Mulheres (DAW); Instituto Internacional de Pesquisas e Capacitação para o Progresso da Mulher (INSTRAW); Escritório de Assessoria Especial para Questões de Gênero e Promoção da Mulher (OSAGI); e Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM).

Complementarmente aos tratados e convenções, destacam-se ainda os consensos e compromissos firmados, destacando o chamado “Consenso de Quito”, aprovado em 2007, acordo que o Brasil assinou na 10ª Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, ocorrida no Equador. Nesta Conferência regional foi reforçada a ideia de que a paridade de gênero é essencial para o desenvolvimento e a democracia.

Estas posições foram reafirmadas e ampliadas na 11ª Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, realizada em Brasília, de 13 a 16 de julho

³³ NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**, 1979. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em 11 de agosto de 2019.

³⁴ NAÇÕES UNIDAS. Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/declaracao_pequim.pdf. Acesso em 1 de agosto de 2019.

³⁵ NAÇÕES UNIDAS. **Resolução A/64/289 da Assembleia Geral**, parágrafos 49-90, em 2 de julho de 2010.

de 2010³⁶. Abordando nesta oportunidade a temática sob o viés da ocupação dos espaços públicos de poder, o chamado Consenso de Brasília recomendou aos países da região, dentre outras, promover a criação de mecanismos e apoiar os que já existem para assegurar a participação político-partidária das mulheres que, além da paridade nos registros das candidaturas, assegurem a paridade nos resultados, garantam o acesso igualitário ao financiamento de campanhas e à propaganda eleitoral, assim como sua inserção nos espaços de decisão nas estruturas dos partidos políticos. Da mesma forma, definiu-se como agenda prioritária criar mecanismos para sancionar o descumprimento das leis neste sentido.

Neste aspecto, destaca-se ainda que faz parte do mandato da ONU Mulheres apoiar parceiros nacionais na implementação de compromissos globais, incluindo empresas públicas e privadas no atingimento dos seus objetivos em relação a igualdade de gênero, tais como os Sete Princípios de Empoderamento das Mulheres (grupo de diretrizes formulada pela ONU Mulheres e o Pacto Global, quais sejam: 1. Estabelecer liderança corporativa de alto nível para a igualdade de gênero; 2. Tratar todas as mulheres e homens de forma justa no trabalho, respeitando e apoiando os direitos humanos e a não-discriminação; 3. Garantir a saúde, segurança e bem-estar de todas as trabalhadoras e trabalhadores; 4. Promover educação, capacitação e desenvolvimento profissional das mulheres; 5. Apoiar empreendedorismo de mulheres e promover políticas de empoderamento das mulheres através das cadeias de fornecedores e de comunicação e marketing; 6. Promover a igualdade de gênero por meio de iniciativas voltadas às comunidades e do engajamento social; 7. Medir, documentar e publicar os progressos da empresa na promoção da igualdade de gênero³⁷.

Inobstante a larga produção de instrumentos internacionais direcionados para proteção dos direitos da mulher, a ausência de preocupação com recorte de gênero verificada nos Princípios Guiadores de Empresas e Direitos Humanos está igualmente refletida nos drafts do Tratado Internacional de Direitos Humanos e Empresas.

É nesta seara que se pretende propor a inserção da discussão de gênero nestes mecanismos internacionais: abre-se a possibilidade deontológica de que

³⁶ NAÇÕES UNIDAS. 11ª Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, realizada em Brasília, de 13 a 16 de julho de 2010.

³⁷ NAÇÕES UNIDAS. Sete Princípios de Empoderamento das Mulheres, 2018. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/referencias/principios-de-empoderamento-das-mulheres/>. Acesso em 11 de agosto de 2019.

diferentemente dos Princípios Orientadores, o Tratado Internacional de Direitos Humanos e Empresas oportunize a inserção expressa de dispositivos voltados à equidade de gênero, com base em tratados já formalizados pelos diversos órgãos que compõe o sistema global das Nações Unidas.

Para José Eustáquio Diniz Alves, não houve momento histórico mais propício à conquista da igualdade de gênero quanto o início do século XXI. Ao tratar do atual panorama, aduz que as transformações estruturais, somadas aos esforços empreendidos pelos movimentos feministas ressaltaram a ilegitimidade das assimetrias artificiais entre homens e mulheres e criaram uma base sólida para o que chama de “uma nova arquitetura social, edificada sobre um equilíbrio sustentado na justiça e nos direitos humanos, sem discriminações de sexo, idade, origem social, cor, orientação sexual e distinção de qualquer outra natureza”³⁸.

De fato, entende-se que é chegada a hora de se buscar a garantia dos direitos da mulher face às grandes multinacionais.

Conclusões

Entende-se que, a partir dos tratados internacionais de Direitos Humanos e dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, o necessário recorte de gênero pode ser aplicado ao Tratado Internacional de Direitos Humanos e Empresas, preocupando-se em desenhar mecanismos de incentivo a seu respeito e de repressão ao seu desrespeito pelas empresas transnacionais.

Estudos anteriores já oportunizaram a propositura de medidas e exigências que podem se fazer constar do referido Tratado de Direitos Humanos e Empresas, dentre os quais se destaca o pioneirismo de Carvalho, quem propõe rol sugestivo e não taxativo de previsões que defende como essenciais ao futuro instrumento vinculante, com intuito de “fomentar uma dimensão essencial de violações de direitos humanos por empresas e irá ajudar a assegurar que os Estados se esforcem para proteger direitos de mulheres e meninas”³⁹.

³⁸ ALVES, José Eustáquio Diniz. Et al. “Meio século de feminismo e o empoderamento das mulheres no contexto das transformações sociodemográficas do Brasil”. In: BLAY, Eva A.; AVELAR, Lúcia (orgs.). **50 Anos de Feminismo: Argentina, Brasil e Chile: A construção das mulheres como atores políticos e democráticos.** 1^a ed., 1^a. Reimp., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2017, p. 12.

³⁹ CARVALHO, Maria Fernanda Campos Goretti de. *A necessidade de uma perspectiva de gênero em um tratado em Direitos Humanos e empresas nas Nações Unidas*. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2019.

Assim, sendo fato indiscutível que o hiato de gênero impacta diretamente na realização não apenas do direito ao emprego, mas a diversos outros direitos humanos da mulher, que inclusive ultrapassam a figura da própria, há de se aprofundar a investigação não apenas das razões para tais indesejados efeitos, mas também as possíveis soluções que podem ser desenhadas para garantir-lhes tutela efetiva, debatendo e desenvolvendo as soluções até este momento apresentadas, dentre as quais afigura-se o necessário recorte de gênero no Tratado Internacional de Direitos Humanos e Empresas.

Referências

AGUILAR, Paula Lucía. A feminização da pobreza: conceitualizações atuais e potencialidades analíticas. **Revista Katálysis**, Janeiro de 2011, Vol.14(1).

ALVES, José Eustáquio Diniz. Et al. “Meio século de feminismo e o empoderamento das mulheres no contexto das transformações sociodemográficas do Brasil”. In: BLAY, Eva A.; AVELAR, Lúcia (orgs.). **50 Anos de Feminismo: Argentina, Brasil e Chile: A construção das mulheres como atores políticos e democráticos**. 1^a ed., 1^a. Reimp., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2017.

_____; CAVENAGHI, S. **Família, trabalho e pobreza nas políticas de transferência de renda: O caso do Programa Bolsa Família no Recife**. Anais do VII ENABER, São Paulo, 2009.

_____; MARTINE, G. **Gênero e Desenvolvimento: Desafios para a Integração e Atualização do Cairo**. IVº Congresso da ALAP, Havana, 2010.

BANCO MUNDIAL. **Women, Business and the Law 2016: Getting Equal**, 2016: <http://wbl.worldbank.org/~/media/WBG/WBL/Documents/Reports/2016/Women-Business-and-the-Law-2016.pdf>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo, Boitempo, 2015.
_____, Flavia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

CARVALHO, Maria Fernanda Campos Goretti de. **A necessidade de uma perspectiva de gênero em um tratado em Direitos Humanos e empresas nas Nações Unidas**. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2019.

CEPAL - Comissão Econômica para América Latina e o Caribe. **Que tipo de Estado? Que tipo de igualdade?**, 2010. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/cepal-promove-igualdade-trabalho-estimular-autonomia-mulheres-regiao>. Acesso em 2 de agosto de 2019.

ENLOE, Cynthia H. **Bananas, beaches and bases:** making feminist sense of international politics. Los Angeles: University of California Press. 2014.

GENDER AND DEVELOPMENT NETWORK (GADN). **Why National Action Plans on Business and Human Rights must integrate and prioritise gender equality and women's human rights.** 2015.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil.** Londrina: Humanidades, 2004.

HUIJSTEE, Mariëtte van; RICCO, Victor; CERESNA-CHATURVEDI, Laura. **Como usar os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas para pesquisa e incidência:** Um guia para organizações da sociedade civil. Amsterdam – Holanda: SOMO, 2013.

KRISTIANSSON, Linnea. **Embedding gender in the business and human rights agenda.** Lund Univesity, 2017.

MARÇAL, Katrine. **O lado invisível da economia:** uma visão feminista. São Paulo: Editora Alaúde, 2017.

MARTIN, Jena. 'The End of the Beginning?': A Comprehensive Look at the U.N.'s Business and Human Rights Agenda from a Bystander Perspective. **Fordham Journal of Corporate and Financial Law**, Vol. 17, 2012 (4).

PAMPLONA, Danielle Anne. Das violações de direitos humanos e do envolvimento das grandes corporações in PIOVESAN, Flavia. **Empresas e direitos humanos.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher,** 1979. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em 11 de agosto de 2019.

_____. Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em 1 de agosto de 2019.

_____. **Resolução A/64/289 da Assembleia Geral**, parágrafos 49-90, em 2 de julho de 2010.

_____. 11ª Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, realizada em Brasília, de 13 a 16 de julho de 2010.

_____. **Guiding Principles on Business and Human rights:** implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, 2010.

_____. **Sete Princípios de Empoderamento das Mulheres,** 2018. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/referencias/principios-de-empoderamento-das-mulheres/>. Acesso em 11 de agosto de 2019.

PATEMAN, Carole. **The sexual contract**. Stanford: Stanford University Press, 1988.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano, 2ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RHODES, Francesca; HARVEY, Rowan; PARVEZ, Anam. **An Economy that Works for Women**: Achieving women's economic empowerment in an increasingly unequal world. Oxfam briefing paper, março de 2017.

SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. In: Educação e realidade, v.15, n.2, 1990.

TODARO, Rosalba. Mujeres ejecutivas en Chiles: una empresa difícil. In: ZABLU-DVOSKY, G. (Coord.). **Mujeres en cargos de dirección en América Latina**: estudios sobre Argentina, Chile México Y Venezuela. México: UNAM, Miguel Angél Porrúa Editor, 2002.

UNITED NATIONS WOMEN. **Progress of the World's Women**: Transforming Economies, realizing rights, 2015.

10. CIDADANIA AUTISTA: A INADEQUAÇÃO DAS ATUAIS POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA

AUTISTA CITIZENSHIP: THE INADEQUACY OF CURRENT PUBLIC POLICIES IN CONSTRUCTION OF AUTONOMY



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-10>

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer¹

Iana Soares de Oliveira Penna²

Resumo

Caracterizado por uma alteração qualitativa da iteração social e da capacidade de comunicação, bem como por interesses restritos e comportamentos estereotipados, o Transtorno do Espectro Autista (TEA) impõe grandes dificuldades ao autista e a sua família. Mesmo havendo legislação protetiva visando a assegurar os direitos da pessoa com TEA, tais normas e políticas públicas existentes desconsideram a amplitude do espectro, por isso são consideradas insuficientes e/ou inefetivas. Diante desse cenário, o artigo buscou compreender se a insuficiência das políticas públicas e a consequente ausência de tutela promocional aos direitos da personalidade da pessoa com TEA atuam como fatores limitadores do pleno exercício da cidadania. Por meio de pesquisa bibliográfica, exploratória e descritiva, buscou-se analisar as atuais políticas públicas voltadas a pessoa com TEA, bem como, se referidas políticas tem promovido a autonomia e a dignidade dos autistas. Concluiu-se que as atuais políticas públicas não garantem uma tutela promocional dos direitos da personalidade dos autistas, e que, ignorando suas subjetividades e individualidades, desconsideram a garantia constitucional de livre desenvolvimento da personalidade, representada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impossibilitando o efetivo exercício da cidadania.

Palavras-chave: Autismo. Cidadania. Direitos da personalidade. Dignidade. Autonomia.

¹ Pós-doutora em Saúde Coletiva pela UFRJ. Livre-docente pela UniRio. Doutora em Bioética UnB. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDV.

² Pós-doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Doutora em Direito Privado pela PUCMinas. Mestre em Ciências Jurídicas pela PUCRio. Coordenadora de Pesquisa e Extensão da Rede de Ensino Doctum.

Abstract

Characterized by a qualitative change in social iteration and communication skills, as well as restricted interests and stereotyped behaviors, Autistic Spectrum Disorder (ASD) imposes major difficulties on autistic and their families. Even though there is protective legislation aimed at assuring the rights of the person with ASD, such existing norms and public policies disregard the range of the spectrum, so they are considered insufficient and / or ineffective. Given this scenario, the article aims to answer the following question: the insufficiency of public policies and the consequent lack of promotional protection to the rights of the person with ASD act as limiting factors for the full exercise of citizenship? Understands that the current public policies, ignoring the subjectivities and individualities of autistic people, disregard the constitutional guarantee of free development of personality, represented by the principle of dignity of the human person, preventing the effective exercise of citizenship. The study was conducted through bibliographic, exploratory and descriptive research.

Keywords: Autism. Citizenship. Rights of the personality. Dignity. Autonomy.

Introdução

O Transtorno do Espectro Autista caracteriza-se por uma alteração qualitativa da interação social e da capacidade de comunicação, interesses restritos e comportamentos estereotipados. O uso do termo “espectro” se justifica pelas inúmeras formas de manifestação do transtorno, sendo impossível identificar características comportamentais idênticas em mais de um indivíduo.

A nova Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID- 11), da Organização Mundial de Saúde (OMS), lançada em 18 de junho de 2018, seguindo a alteração feita em 2013 no Manual Diagnóstico e Estatístico dos Transtorno Mentais (DSM – 5), reuniu todos os transtornos que estavam dentro do espectro em um único diagnóstico: Transtorno do Espectro Autista (TEA).

A diferenciação feita pelo CID diz respeito apenas ao “grau” do autismo, apresentando divisões conforme os prejuízos identificados, relacionados com a linguagem funcional e a deficiência intelectual. No CID, o transtorno varia da classificação 6A02.0 para casos nos quais não há transtorno de desenvolvimento intelectual e pouco ou nenhum comprometimento da linguagem funcional, havendo apenas leve ou nenhum prejuízo no uso funcional da linguagem, até diagnósticos nos

quais se observam desordem do desenvolvimento intelectual e ausência de linguagem funcional.

A amplitude do espectro é muitas vezes ignorada quando da construção de políticas públicas para o atendimento dessa parcela da população que vem aumentando a cada dia. Apesar de existirem leis e iniciativas que visam a assegurar os direitos da pessoa autista, não existem políticas públicas que considerem o TEA verdadeiramente como um espectro em toda a sua amplitude. Não são considerados, na sua implementação, os desejos, expectativas pessoais, preferências e necessidades da pessoa com TEA. Essa omissão ignora as subjetividades e individualidades dos autistas, não respeitando a garantia constitucional de livre desenvolvimento da personalidade representada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse fato nos levou ao seguinte questionamento: a insuficiência das políticas públicas voltadas à pessoa com TEA e a consequente ausência de tutela promocional dos direitos da personalidade atuam como fatores limitadores do pleno exercício dos direitos de cidadania?

Para responder a esse questionamento, o trabalho foi dividido em três partes. Na primeira, objetivou-se analisar as políticas públicas existentes para a pessoa autista e compreender de que forma elas contribuem (ou não) para a promoção dos direitos de cidadania. Na segunda, o estudo focou a realidade vivida pelas pessoas com TEA relativas à sua dignidade e autonomia, em especial aquelas diagnosticadas com “Autismo leve”. Na terceira e última parte, buscou-se responder ao problema de pesquisa.

O estudo concluiu que as atuais políticas públicas, ao desconsiderarem as subjetividades dos autistas, não promovem sua dignidade e autonomia e lesam sua personalidade. Ao não observar as individualidades, o Estado não atua de forma a garantir uma tutela promocional dos direitos da personalidade limitando, assim, o exercício de uma cidadania plena.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica, exploratória e descritiva, buscou-se, na doutrina pátria, os elementos indicativos do reconhecimento da dignidade como fundamento para os atos de autonomia, em especial, para o exercício dos direitos de cidadania.

1 Política públicas e a promoção dos direitos de cidadania da pessoa com TEA

A Constituição Federal de 1988 enumera uma série de direitos garantidos a todos de forma igualitária, fundamentados em uma cláusula geral de livre desenvolvimento da personalidade, prevista no inciso III do art. 1º (Princípio da Dignidade da Pessoa Humana).

A efetivação desses direitos deveria ocorrer para todos, cabendo ao Estado implementá-los por meio de políticas públicas eficazes que “[...] não se limitem em meramente assegurar a sobrevivência física do indivíduo, mas sim em promover condições materiais que garantam uma vida digna”³

A efetivação de direitos que proporcionem uma vida à pessoa autista implica, necessariamente, políticas públicas capazes de ir além de questões como: permitir o acesso à educação, disponibilizar tratamento e medicamentos, dar prioridade em filas ou possibilitar o passe livre em transporte público. Nesse caso, a efetivação de direitos garantidos constitucionalmente só ocorre se houver uma verdadeira inclusão social do autista.

Inclusão social para o autista significa possibilitar, de acordo com as limitações de cada indivíduo, o livre desenvolvimento de sua personalidade, construindo, sempre que possível, para que ele tenha uma vida digna e autônoma, capaz de efetivar o exercício da cidadania. Nesse sentido, Marcela Bussinguer, afirma: “Se as políticas públicas visam ao atendimento dos objetivos fundamentais do Estado, e esses objetivos englobam a inclusão social [...], as políticas públicas devem promover a inclusão social, inclusão ampla, que se revela inclusão na própria cidadania.”⁴

No entanto, só há inclusão apta a garantir o exercício da cidadania se as políticas públicas possibilitem o exercício da autonomia. Se o Estado proporciona ao autista as condições para o exercício de sua autonomia, é concebível falar em inclusão, isto é, se suas escolhas e suas decisões são feitas de forma autônoma, podemos falar em inclusão, em dignidade e em efetivo exercício da cidadania.

Nesta pesquisa, não se desconsiderou o fato de que, em alguns casos, a pessoa com TEA possui importantes limitações que, por si sós, não irão permitir um amplo

³ COSTA, Marli Marlene Moraes da; FERNANDES, Paulo Vanessa. **Autismo, cidadania e políticas públicas:** as contradições entre a igualdade formal e a igualdade material, 2018, p. 205.

⁴ BUSSINGUER, Marcela de Azevedo. **Política pública e inclusão social.** São Paulo: LTR, 2013, p.33.

exercício da autonomia. O que se discute é o fato de o Estado fechar os olhos às inúmeras formas de manifestação do transtorno, enquadrando todos os autistas como deficientes e ignorando suas subjetividades. As políticas públicas atuais não promovem inclusão porque não possibilitam à pessoa com TEA uma vida autônoma, em especial na fase adulta.

Para Marcela Bussinguer,

Entendida dessa forma, a inclusão promove a dignidade e se relaciona com a implementação dos direitos fundamentais. Ela proporciona uma verdadeira experiência do significado de ser membro de um Estado no qual os direitos humanos possuem relevância, afastando a infeliz ocorrência, por vezes comum, de um mero simulacro de cidadania.⁵

Tendo em vista essa necessidade, passa-se à análise das atuais políticas públicas existentes para a pessoa autista, questionando-se sua efetividade como instrumento de inclusão apto a possibilitar o livre e autônomo desenvolvimento de sua personalidade e, em consequência, o exercício de sua cidadania.

Políticas públicas são um conjunto ordenado de atos governamentais que têm como objetivo concretizar objetivos politicamente determinados. Segundo Bucci⁶, abrangem a ideia de: ações política e juridicamente organizadas, ações eleitorais, de planejamento, de governo, orçamentárias, legislativas, administrativas e judiciais.

A análise aqui proposta se restringirá à legislação protetiva da pessoa com TEA, em especial no Estado do Espírito Santo, com o objetivo de verificar se há preocupação com a construção da autonomia e com o desenvolvimento da personalidade do autista, visto como um indivíduo único, diferente de qualquer outro em seu projeto de vida.

De início, importante destacar a recém-aprovada Lei n.º 13.861 de 18 de julho de 2018, que incluiu, nos censos demográficos realizados a partir de 2019, o TEA. Isso significa que, antes de julho de 2019, e ainda hoje, diante da não realização de novo censo pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o país não contabilizava essa parcela da população, inexistindo dados cientificamente validados, o que compromete o estabelecimento de políticas públicas. A elaboração e execução dessas políticas só se faz de maneira séria a partir de dados capazes de refletir a realidade.

⁵ BUSSINGUER, Marcela de Azevedo. **Política pública e inclusão social**. São Paulo: LTR, 2013, p. 27.

⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

Tendo esse fato como ponto de partida, passa-se à análise da legislação federal protetiva da pessoa autista em vigor.

Em 27 de dezembro de 2012, foi promulgada a Lei n.^o 12.762, que representou um marco na vida dos autistas e de suas famílias, instituindo a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e estabelecendo diretrizes para a sua consecução. Foi a primeira legislação voltada para essa parcela da população e contemplou alguns direitos no intuito de diminuir os obstáculos para a inclusão dos autistas na sociedade, considerando-os “pessoas com deficiência para todos os efeitos legais.”

No art. 3^º, descreveu uma série de diretos, nos seguintes termos:

Art. 3^º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

I - a **vida digna**, a integridade física e moral, o **livre desenvolvimento da personalidade**, a segurança e o lazer;

II - a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração;

III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:

a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;

b) o atendimento multiprofissional;

c) a nutrição adequada e a terapia nutricional;

d) os medicamentos;

e) informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento;

IV - o acesso:

a) à educação e ao ensino profissionalizante;

b) à moradia, inclusive à residência protegida;

c) ao mercado de trabalho;

d) à previdência social e à assistência social (BRASIL, 2012, grifos nossos)

Em dezembro de 2014 foi publicado o Decreto n.^o 8.368, regulamentando a Lei n.^o 12.764/2012 e em 13 de abril de 2018, a Lei n.^o 13. 652 instituiu o Dia da Conscientização sobre o Autismo. Essas são, em âmbito federal, as leis que se relacionam de forma direta com o TEA.

Mesmo não sendo destinada exclusivamente à pessoa com TEA, a Lei n.^o 13.146/2015, conhecida como “Estatuto da Pessoa com Deficiência” ou “Lei Brasileira de Inclusão”, ampliou a proteção daqueles que se encontram no espectro. Com o enquadramento do autismo como deficiência pela Lei n.^o 12.764/12, todos os direitos elencados no Estatuto foram estendidos aos autistas. Assim, houve uma valorização jurídica da subjetividade e da autonomia da pessoa com deficiência, fazendo com que a curatela, nesses casos, se limitasse aos atos de natureza patrimonial. As questões

existenciais, como: sexualidade, saúde, corpo, privacidade, casamento, entre outras, passaram a não ser contempladas.

A limitação da curatela, estabelecida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, teve como objetivo a proteção da pessoa e a promoção do livre desenvolvimento de sua personalidade. Apesar de louvável a intenção do legislador, a regulamentação não é isenta de críticas por ter sido pensada de forma generalizada, desconsiderando as diversas peculiaridades do ser humano, em especial das pessoas com deficiência.

Assim, doutrina e jurisprudência hoje apontam dificuldades na limitação da curatela proposta pelo Estatuto e sinalizam para a necessidade de se pensar o instituto “sob medida”, capaz de priorizar a autonomia sempre que sua manifestação não for prejudicial à sua dignidade. Dessa forma a proteção e a promoção individualizada se fazem necessárias, de forma particular no TEA, diante de suas diversas formas de manifestação.

Quando o assunto é educação, destaca-se ainda a “Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva”, do Ministério da Educação, que reafirma o direito de todos frequentarem o ensino regular, orientando quanto à inclusão dos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação. O TEA está incluído na categoria transtornos globais do desenvolvimento.

Em 2013, o Ministério da Educação publicou a Nota Técnica n.^º 24/2013/Secadi/DPEE, orientando o sistema de ensino para a implementação da Lei n.^º 12.764/12. Nesse documento legal, a pessoa com TEA é considerada com deficiência, destacando a nota, seus direitos a um sistema educacional,

[...] inclusivo em todos os níveis de ensino, orientando quanto à formação inicial e continuada dos profissionais da educação. No que tange à formação de professores, o documento destaca a importância de a escolarização desses sujeitos visar à organização das atividades junto aos colegas, evitando espaços separados e horários reduzidos; a autonomia e desenvolvimento das relações sociais; a avaliação pedagógica flexível; o estímulo à comunicação; as estratégias visuais de comunicação; a comunicação Alternativa/Aumentativa; entre outros.⁷

No Estado do Espírito Santo, em pesquisa no site da Assembleia Legislativa, foram identificadas leis ordinárias atualmente em vigor: Lei n.^º 9.978/2013, que

⁷ GUARESCHI, Taís; ALVES, Márcia Doralina; NAUJORKS, Maria Inês. **Políticas públicas e educação especial:** uma análise sobre o autismo. Atos de pesquisa em educação, v. 11, n.^º 2, 2016, p. 375.

institui a Semana de Conscientização do Autismo; Lei n.º 10.162/2017, que proíbe a cobrança de valores adicionais para matrícula e mensalidade de estudantes portadores de necessidades especiais; e a Lei n.º 10.684/2017, que altera leis que tratam da pessoa com deficiência no Estado para atualizar a nomenclatura utilizada.

Apesar de todos os avanços representados pela promulgação das normas acima citadas, em especial da Lei n.º 12.764/2012, a realidade das pessoas com TEA e de suas famílias ainda é de exclusão e até mesmo de invisibilidade, principalmente com referência aos autistas adultos que vivem à margem das atuais políticas públicas.

Nas instituições de ensino, as dificuldades são inúmeras. Na rede privada, as matrículas são muitas vezes negadas e as instituições não contam com pessoal qualificado para disponibilizar profissionais de apoio para o atendimento especializado em conformidade com o disposto na Lei n.º 12.764/2012. Além disso, não contam com equipe especializada composta por outros profissionais, como psicólogos, fonoaudiólogos e terapeutas, impossibilitando um atendimento de qualidade e fundamental para a promoção da autonomia.

Esse fato pode ser comprovado pela necessidade de intervenção judicial, para que as instituições de ensino disponibilizem mediadores para o atendimento especializado das crianças com TEA, a exemplo da recente decisão abaixo transcrita:

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. MENOR PORTADOR DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. DIREITO A ACOMPANHAMENTO ESPECIALIZADO NO HORÁRIO ESCOLAR. LEI 12.764/2012. I - O acesso à educação especificamente dos portadores de deficiência física, o inciso III do art. 208 da CF/88 estabeleceu que é dever do Estado fornecer atendimento especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. II - Dever do Estado de assegurar à pessoa com transtorno do espectro autista a frequência a sistema educacional inclusivo, com a presença de mediador, ou seja, será assegurado o acompanhamento especializado visando facilitar o acesso à educação, na forma do art. 3º, parágrafo único, da Lei 12.764/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro. III - Sentença confirmada em sede de reexame necessário.⁸

No Espírito Santo, as dificuldades com a inclusão no sistema de ensino foram

⁸ Tribunal de Justiça/AM - Remessa necessária: 06023136420188040001 AM 0602313-64.2018.8.04.0001; relator: Nélia Caminha Jorge; data de julgamento: 7-2-2019, Câmaras Reunidas, Data de Publicação: 6-2-2012.

relatadas por Marco Antônio, pai de sete filhos autistas. De acordo com a matéria divulgada em 19 de maio de 2019, no site do jornal ESHOJE,

Marco Antônio diz que o sofrimento é maior devido à dificuldade para a inclusão das crianças, sobretudo no âmbito escolar. Ele reclama do despreparo psicossocial dos profissionais da educação. ‘Os professores não estão preparados para trabalhar com crianças autistas. Estou em 20 grupos nas redes sociais sobre autismo, e em todos reclamam sobre a educação. Muitos pais estão entrando em depressão e alguns se matando por isso. Está terrível! O sistema abandona as crianças quando completam 17 anos, não existe lugar no estado para essas pessoas’.⁹

Quanto às políticas de saúde, a situação também se repete. Os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), segundo relato das famílias, são despreparados para atender aos portadores do TEA, tendo seu foco voltado ao atendimento de dependentes químicos e portadores de doenças mentais.¹⁰

No Espírito Santo, o direito à saúde das pessoas com TEA também não se concretiza de forma adequada. De acordo com matéria divulgada em 18 de maio de 2018 pela Assembleia Legislativa, para conseguir o laudo médico, indispensável para o atendimento na rede pública e para o fornecimento de medicamentos, os autistas e suas famílias chegam a esperar cinco anos. Há insuficiência de locais de atendimento, de profissionais especializados e equipes multidisciplinares no Estado. Em nota, a Secretaria de Estado da Saúde divulgou que o Estado conta apenas com quatro Centros Especializados em Reabilitação (CER).¹¹

Percebe-se, assim, que, com as atuais políticas públicas, a inclusão das pessoas com TEA não é efetivada ou ocorre de modo temerário, o que implica não respeito à personalidade do autista que não consegue exercer seus direitos de cidadania de forma autônoma. A dignidade, núcleo da tutela dos direitos da personalidade, só se concretiza quanto garante “[...] à pessoa uma esfera, na qual ela pode atuar como ser autônomo e autorresponsável, livre da submissão ao poder de outras pessoas e sem que seja guindada a mero meio para a realização de finalidades coletivas”¹².

⁹ JORNAL ES HOJE. **Com sete filhos autistas, família cobra inclusão nas escolas do ES.** Disponível em: <http://eshoje.com.br/com-sete-filhos-autistas-familia-cobra-inclusao-nas-escolas-dos-es/>. Acesso em: 20 de jun. 2019.

¹⁰ COSTA, Marli Marlene Moraes da; FERNANDES, Paulo Vanessa. **Autismo, cidadania e políticas públicas:** as contradições entre a igualdade formal e a igualdade material, 2018, p. 205.

¹¹ JORNAL ES HOJE. **Com sete filhos autistas, família cobra inclusão nas escolas do ES.** Disponível em: <http://eshoje.com.br/com-sete-filhos-autistas-familia-cobra-inclusao-nas-escolas-dos-es/>. Acesso em: 20 de jun. 2019.

¹² DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais:** teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 30.

2 A pessoa com transtorno do espectro autista: autonomia e dignidade

Considerando-se a insuficiência das atuais políticas públicas voltadas para a pessoa com TEA, com vistas à promoção dos direitos de cidadania, defende-se que, para o exercício de tais direitos, a pessoa autista necessita de uma tutela capaz de promover sua personalidade, respeitando sua individualidade, seus desejos e seu projeto de vida.

Tal proteção só se efetiva quando os direitos da personalidade estão tutelados, em especial, a identidade única de cada pessoa com TEA. Entende-se que, “[...] a identidade é atributo inerente à pessoa humana, razão pela qual importa diretamente aos direitos da personalidade”.¹³

A proteção da identidade só se efetiva quanto há capacidade de autodeterminação para a construção do projeto existencial e, consequentemente, da identidade pessoal. São os atuais contornos dessa possibilidade de autodeterminação, efetivados com o princípio da autonomia privada, que serão estudados no presente tópico. É no exercício da autodeterminação que a pessoa autista constrói sua identidade.

O que se propõe aqui é uma leitura atual da autonomia privada, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, pilar fundamental da autodeterminação em um Estado Democrática de Direito.

Considerando-se que o termo autonomia tem origem no grego *autós* e *nomos*, no qual *autós* significa próprio, a si mesmo, e *nomos*, norma, lei, tem-se, então o conceito de autogoverno, qual seja, o direito de criar as próprias regras. Ser autônomo é ser capaz de tomar as próprias decisões em cada situação da vida.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves¹⁴, referindo-se ao princípio da autonomia como um dos princípios da Bioética, afirmam a necessidade de reconhecimento de que as pessoas são capazes de se autogovernar.

Entende-se por autonomia privada a possibilidade de regulamentar os próprios interesses, sejam patrimoniais, sejam existenciais. Segundo Francisco Amaral,

¹³ MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade pela articulação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade: expressão do direito geral de personalidade. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 6, n. 21, p. 105-123, out. 2012, p. 112.

¹⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

autonomia privada “[...] é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”.¹⁵

Para Rose Melo Vencelau Meireles, “[...] autonomia privada significa regulamentação de interesses, patrimoniais e não patrimoniais”¹⁶. A autora acrescenta, “[...] trata-se de um princípio que confere juridicidade àquilo que for definido pelo titular para o regramento de seus interesses, por meio das vicissitudes jurídicas relacionadas às situações subjetivas respectivas”.¹⁷

Assim é no exercício da autonomia privada que a pessoa cria, modifica ou extingue situações jurídicas. É inegavelmente um ato de liberdade, com efeitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Tais efeitos existem não em decorrência exclusiva da vontade, mas da autonomia reconhecida pelo ordenamento jurídico.

Hoje, com a posição de destaque garantida constitucionalmente à pessoa, a autonomia não mais está relacionada com a ausência total de ingerências externas, mas sim com o livre desenvolvimento da personalidade. Garante-se a existência de um espaço de individualidade no qual o agir autônomo direcione o projeto de vida e o livre desenvolvimento da personalidade.

Portanto, esse é o fundamento da autonomia privada, seja para situações patrimoniais, seja para existenciais, já que ambas visam à promoção e o desenvolvimento da personalidade. Ambas se fundamentam na dignidade da pessoa humana, podendo-se afirmar que o que vai diferir, sob esse aspecto, uma da outra é apenas a forma como se dará tal promoção.

Nessa perspectiva, as situações jurídicas existenciais, “[...] incidem imediatamente sobre o desenvolvimento da personalidade, ao passo que as situações patrimoniais apenas mediamente servem a esse fim”¹⁸. Acrescenta Meireles “[...] será existencial a situação jurídica subjetiva se os efeitos diretos e essenciais incidirem sobre a personalidade do seu titular”.¹⁹

¹⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.

¹⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.63.

¹⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.63.

¹⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.18.

¹⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.19.

A tutela da identidade proposta no presente trabalho deve, necessariamente, se pautar na possibilidade de autodeterminação dos direitos da personalidade. Para tanto, a autonomia privada deverá fundamentar-se na dignidade da pessoa humana.

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, é o principal fundamento para os atos de autodeterminação. A dignidade é colocada como fundamento da República Federativa do Brasil, destacando sua importância no ordenamento jurídico.

Indiscutível é o valor dado constitucionalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana. A grande questão que se coloca quanto ao tema é a dificuldade de definição. Trata-se de expressão reconhecidamente vaga, fluida e indeterminada.²⁰

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Se de fato há como acolher a lição de Antônio Junqueira de Azevedo, no sentido de que o acordo a respeito das palavras ‘dignidade da pessoa humana’ infelizmente não afasta a grande controvérsia em torno do seu conteúdo, e se é igualmente correto partir do pressuposto de que a dignidade, acima de tudo, diz com a condição humana do ser humano, e, portanto, guarda íntima relação com as complexas, e, de modo geral, imprevisíveis e praticamente incalculáveis manifestações da personalidade humana, já se percebe o quanto difícil se torna a busca de uma definição do conteúdo desta dignidade da pessoa e, portanto, de uma correspondente compreensão (ou definição) jurídica.²¹

Dignidade é uma palavra de origem latina, derivada do termo *dignus*, que significa, “[...] aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”²². A dignidade da pessoa humana teve no cristianismo sua concepção primeira, já que o homem, salvo por Deus, era tido como o centro da criação e dotado de liberdade de escolha.

Importa-nos, neste estudo, o conceito de dignidade humana sob o aspecto jurídico. Nessa seara, é necessário considerar não apenas a grande dificuldade conceitual, mas avaliar a impossibilidade de uma delimitação apriorística do que seja, juridicamente, a dignidade humana.

²⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1- 60.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** (RBDC), n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007.

²² BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1- 60.

Entretanto, só será possível a análise desse conceito no caso concreto. Hoje, com o pluralismo característico da sociedade, não há como falar que os projetos de vida são comuns, simplesmente porque as concepções acerca do que seja uma “vida boa” também não são uníssonas.

Apesar disso, existem várias tentativas de delimitação do conceito, notadamente o desenvolvido por Maria Celina Bodin de Moraes que afirma ser o princípio da dignidade da pessoa humana um macroprincípio do qual fariam parte quatro subprincípios: o princípio da igualdade, o da integridade psicofísica, o da liberdade e, por último, o princípio da solidariedade.

Nas palavras da autora,

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.²³

Apesar da importância do estudo desenvolvido pela autora, discorda-se da conceituação dada ao princípio da dignidade da pessoa humana com base em valores predeterminados. A dignidade só é passível de delimitação e entendimento no caso concreto, devendo-se afastar valores morais e éticos. Para Renata de Lima Rodrigues²⁴, diante de um mundo eticamente fragmentado, mister se faz despir o princípio da dignidade da pessoa humana de qualquer carga valorativa naturalizada, que, por sua subjetividade intrínseca, não poderia ser universalizada em um mundo que se pretenda plural por princípio democrático.

O que interessa, no âmbito deste estudo, é a possibilidade de autodeterminação, fundamentada no princípio da liberdade e como instrumento de realização da dignidade. É a autodeterminação que possibilita o livre desenvolvimento da

²³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 17

²⁴ RODRIGUES, Renata de Lima. **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar:** como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental? 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesRLi_1.pdf. Acesso em: 29 jan. 2016.

personalidade e a consequente construção da identidade pessoal. O que se espera, então, é o respeito a esse espaço de liberdade, seja pelo Estado, seja por terceiros.

Se efetivamente se puder falar da existência desse espaço de decisão individual, no qual somente ao indivíduo caiba tomar as decisões que refletem sua verdadeira identidade, garantido estará o livre desenvolvimento da personalidade com ampla proteção à dignidade.

Em uma sociedade que tem no pluralismo um de seus pilares fundamentais, inaceitável outro contexto. Para Ana Carolina Brochado Teixeira,

Concretizar a dignidade é atribuir a cada pessoa a ampla liberdade para que ela construa a própria vida, realize suas necessidades, faça suas escolhas e ‘adone-se’ da própria existência, dirigindo-a da forma como entender que lhe traga maior realização, pois as concepções de cada um devem ser consideradas, uma vez que todos os valores são possíveis no Estado Democrático de Direito, que, como visto, tem o pluralismo como um dos pilares fundamentais.²⁵

E ainda, “[...] a dignidade humana reside na possibilidade de autodeterminação: dizer de seus próprios desígnios e poder escolher seus objetivos é que faz da vida humana um precioso bem a ser protegido”.²⁶

Para a pessoa com TEA, o que se reivindica é uma política pública capaz de promover sua personalidade, possibilitando, no que couber, o exercício da autonomia. Várias pessoas diagnosticadas no espectro tem plena consciência de sua condição e precisam ser tuteladas pelo Estado para que possam realizar seu projeto de vida.

É preciso ressaltar que algumas crianças diagnosticadas com TEA, especialmente nos casos classificados como leves, poderiam significar, quando adequadamente estimuladas, autonomia na vida adulta. A inclusão escolar da criança autista só se dará de forma promocional quando as políticas públicas forem além de garantir um mediador que a acompanhe nas atividades diárias. O acompanhamento deve ser personalizado e capaz de estimular a criança.

²⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autonomia corporal:** liberdade de decidir sobre a própria saúde. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 84-85.

²⁶ RODRIGUES, Renata de Lima. **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar:** como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental? 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesRLi_1.pdf. Acesso em: 29 jan. 2016, p. 151.

O TEA é um espectro que se manifesta de forma diversa de pessoa para pessoa, no entanto essa grande variação é desconsiderada na educação formal o que pode ser notado, por exemplo, na fase de alfabetização. Normalmente, utiliza-se uma mesma metodologia para todas as crianças o que tem seu êxito questionado mesmo quando se trata de crianças sem qualquer diagnóstico. No autismo, uma análise personalizada e de estabelecimento de um roteiro de aprendizagem, feito por equipe multidisciplinar e que atenda às suas demandas, torna-se ainda mais necessária.

Assim, a tutela adequada significa muito mais do que inibir condutas discriminatórias ou punir quem lese os direitos dos indivíduos. A tutela, necessária para o desenvolvimento da personalidade e da autonomia, fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana e deve ser promocional, ou seja, possibilitar que as subjetividades sejam respeitadas e que uma vida digna e autônoma nos possibilite falar em efetividade da cidadania das pessoas com TEA. O que se questiona é se as atuais políticas públicas alcançam esse objetivo.

3 A ausência de tutela promocional como elemento limitador dos direitos de cidadania

A análise dos chamados direitos da personalidade torna-se importante na medida em que se referem a direitos essenciais para o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Baseando-se na estreita relação entre os direitos da personalidade e a pessoa do seu titular, De Cupis definiu personalidade como “[...] uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas”²⁷ e chamou os direitos da personalidade de direitos essenciais, ou seja, “[...] direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto”²⁸ ou, ainda, “[...] direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal”.²⁹

Para Maria Helena Diniz, “[...] o direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a

²⁷ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 13.

²⁸ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 13.

²⁹ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 13.

privacidade, a honra etc.”³⁰ e, “[...] é o direito subjetivo, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial”.³¹

Com a crescente pressão para a constante proteção da pessoa humana, tanto a teoria monista quanto a pluralista tornaram-se insuficientes para a proteção dos direitos da personalidade. De acordo com Danilo Doneda, “[...] em meio às várias argumentações, a maturação pela qual passava a categoria dos direitos da personalidade fez alguns juristas perceberem que haveria um problema anterior à própria discussão sobre a tipificação: a técnica de tutela adotada”.³²

Segundo Gustavo Tepedino³³, os direitos da personalidade e, portanto, a tutela da pessoa, deve superar a divisão direito público/direito privado e ir além de medidas resarcitórias e repressivas, buscando, além disso, técnicas ou instrumentos de proteção e promoção do homem.

O Texto Constitucional de 1988 traz, como fundamentos da República Federativa do Brasil, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, no art. 1º, II e III, bem como várias outras garantias que acabam por condicionar a interpretação legislativa, “[...] modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte”³⁴.

Para Maria Celina Bodin de Moraes,

Quanto à proteção dos direitos da personalidade, é fato que a partir da mudança de perspectiva constitucional, passando a estar o ordenamento a serviço da pessoa humana, conforme a determinação do art. 1º, III, da Constituição, consolidou-se, definitivamente a prevalência das relações não patrimoniais (pessoais e familiares) face às relações patrimoniais (contratuais e proprietárias).³⁵

Essa nova dogmática marca a presença, em nosso ordenamento, de uma cláusula geral de tutela da personalidade a nortear todas as situações que envolvam

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: v. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 26. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 121-122.

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: v. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 26. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 121-122.

³² DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 43.

³³ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil- constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 41.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil- constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47.

³⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos de personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (org.). **20 anos da Constituição Cidadã de 1998**: efetivação ou impasse constitucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3.

aspectos da personalidade. Tal cláusula estabelece uma prioridade de proteção à pessoa humana, qualificando os direitos da personalidade como situações abertas, ou seja, não tipificadas, em que estejam em jogo aspectos da personalidade que necessitem sempre das mais diversas formas de tutela e promoção.

Fala-se, então, que a tutela da personalidade é dotada do atributo da elasticidade, significando que a personalidade, uma vez posta como valor máximo do ordenamento jurídico, deve ser defendida em todas as situações, estejam elas previstas ou não.

Com relação à característica da elasticidade, afirma Gustavo Tepedino:

No caso da pessoa humana, elasticidade significa a abrangência da tutela, capaz de incidir a proteção do legislador e, em particular, o ditame constitucional de salvaguarda da dignidade humana a todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo.³⁶

Afirmar que a personalidade deve ser defendida em todas as situações não deve ser entendido apenas com relação às situações em que há lesão, mas também sob o ponto de vista promocional, ou seja, na proteção e na promoção do livre desenvolvimento da personalidade. Essa tutela promocional ampara o direito à realização do projeto existencial de cada um e da concretização da dignidade.

Quando se fala em TEA, o que seria uma tutela promocional dos direitos da personalidade? As atuais políticas públicas promovem essa tutela, possibilitando à pessoa autista exercer sua autonomia e sua cidadania?

Entende-se que a resposta seria negativa para as duas perguntas. As atuais políticas públicas, ainda que efetivadas de forma satisfatória, o que não ocorre, conforme demonstrado, desconsideram as subjetividades da pessoa autista. É comum que o autista, principalmente aquele diagnosticado com grau leve, tenha habilidades específicas que, se trabalhadas de forma individualizada, significariam, no futuro, autonomia financeira, familiar e emocional.

A falta de estrutura no atendimento à saúde e na educação impede o desenvolvimento das personalidades. Não há valorização da subjetividade e do projeto de vida da pessoa com TEA, mesmo nos casos considerados menos graves. A insuficiência e a inadequação das políticas refletem na vida adulta do autista que tem

³⁶ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil- constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 49.

dificuldades para constituir família e se inserir no mercado de trabalho, mesmo quando tem competência e desejo. Assim, ao não possibilitar a construção de um projeto de vida com autonomia, impede-se também o exercício da cidadania plena.

Considerações finais

A pessoa incluída no espectro autista, apesar de contar com legislação protetiva e políticas públicas inclusivas não é respeitada em sua individualidade e subjetividade. As atuais políticas públicas desconsideram a amplitude do espectro, ignorando o fato de que a pessoa com TEA tem, em grande parte dos casos, expectativas pessoais, desejos, preferências e necessidades próprias, diferentes das demais.

O papel do Estado, na implementação de políticas públicas, deveria ir além de assegurar a sobrevivência física do autista, mas deveria promover sua personalidade possibilitando, na medida do possível, uma vida com autonomia e garantindo a efetividade de sua cidadania.

Efetivar políticas públicas satisfatórias, para a população com TEA significa ir além de permitir o acesso formal à educação, disponibilizar tratamento e medicamentos, dar prioridade em filas ou possibilitar o livre acesso ao transporte público. Tais política só serão efetivas quanto houver, verdadeiramente, inclusão social entendida como a possibilidade dada ao autista, de acordo com suas limitações, de desenvolver livremente sua personalidade, construindo, sempre que possível, uma vida digna e autônoma, capaz de possibilitar o pleno exercício da cidadania.

Só é possível falar em livre desenvolvimento da personalidade quando há autonomia. É a autodeterminação que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade e o consequente exercício da cidadania. Se efetivamente as políticas públicas forem capazes de promover a inclusão da pessoa com TEA, possibilitando que, dentro de suas limitações, possam tomar decisões e fazer escolhas, agindo com autonomia, garantido estará o livre desenvolvimento de sua personalidade com ampla proteção à dignidade.

Hoje, essa não é a realidade. As políticas públicas não efetivam uma tutela promocional dos direitos da personalidade dessa parcela da população, por desconsiderarem suas individualidades e não promoverem a autonomia.

Referências

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Saúde debate políticas públicas para o autismo**. 2019. Disponível em: <https://www.al.es.gov.br/Noticia/2019/04/36528/saude-debate-politicas-publicas-para-o-autismo.html>. Acesso em: 20 de jun. 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1- 60.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos de personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (org.). **20 anos da Constituição Cidadã de 1998**: efetivação ou impasse constitucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 369-388.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSSINGUER, Marcela de Azevedo. **Política pública e inclusão social**. São Paulo: LTR, 2013.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; FERNANDES, Paulo Vanessa. Autismo, cidadania e políticas públicas: as contradições entre a igualdade formal e a igualdade material. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 2, p.195-229, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n2p195. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/30152>. Acesso em: 10 abr. de 2019.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: v. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 26. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

GUARESCHI, Taís; ALVES, Márcia doralina; NAUJORKS, Maria Inês. **Políticas públicas e educação especial**: uma análise sobre o autismo. Atos de pesquisa em educação, v. 11, n.º 2, 2016. Disponível em:

<https://proxy.furb.br/ojs/index.php/atosdepesquisa/article/view/4903>. Acesso em 10 jun. 2019.

JORNAL ES HOJE. Com sete filhos autistas, família cobra inclusão nas escolas do ES. Disponível em: <http://eshoje.com.br/com-sete-filhos-autistas-familia-cobra-inclusao-nas-escolas-do-es/>. Acesso em: 20 de jun. 2019.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade pela articulação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade: expressão do direito geral de personalidade. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 6, n. 21, p. 105-123, out. 2012.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar:** como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental? 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesRLi_1.pdf. Acesso em: 29 jan. 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autonomia corporal:** liberdade de decidir sobre a própria saúde. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil- constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-54.

PARTE II

**DIREITOS POLÍTICOS FUNDAMENTAIS E OS
DESAFIOS DA DEMOCRACIA**

11. O CARÁTER PERMANENTE DAS COMISSÕES PROVISÓRIAS E O REGIME DEMOCRÁTICO

THE PERMANENT CHARACTER OF THE TEMPORARY COMMITTEES AND THE DEMOCRATIC REGIME



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-11>

Raimundo Augusto Fernandes Neto¹

Resumo

Busca confrontar com o regime democrático com a alteração proferida pela Lei n. 13.831/2019, que dentre outras modificações nas Lei dos Partidos Políticos (Lei. 9.096/96), estabeleceu o prazo de vigência das comissões provisórias partidárias, em todos os seus níveis, para até 8 anos. A novel legislação aprovada pelos próprios partidos no Congresso Nacional, de forma célere, quase sem resistência, e em causa própria, foi reativa a Resolução n. 23.571/2018, do TSE, que estabelecia, com razoável, o prazo de 180 dias para a formação dos diretórios estaduais e municipais, pondo como data limite ao ajuste proposto, o dia 29 de junho de 2019. Analisa-se o poder da autonomia partidária em produzir regras que violam a democracia intrapartidária, e consequentemente, o regime democrático e o direito fundamental do filiado ao exercício político, sob a óptica do que dispõe a Constituição Federal no art. 17, em momento histórico onde as agremiações partidárias gozam de reconhecido descrédito público. Por fim, conclui-se existente o elemento antidemocrático na desarrazoada elasticidade do prazo de vigência dos órgãos partidários temporários.

Palavras-chaves: Eleitoral. Partidos Políticos, Comissão Provisória. Democracia.

Lei n. 13.831/2019.

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Mestre em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Especialista em Direito Processual Penal (UNIFOR), Direito e Processo Eleitoral (UNIFOR) e Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB-CE 2019-2021. Advogado e Professor. Membro consultor do Ágora (UFC), grupo de pesquisa em política e direito eleitoral; membro do Grupo de pesquisa Estado, Política e Constituição do PPGD (UNIFOR) e autor do Livro Partidos Políticos: desafios contemporâneos, Ed. Ithala 2019. E-mail: fernandesnetoadv@hotmail.com.

Abstract

It seeks to confront the democratic regime with the amendment made by Law no. 13.831 / 2019, which, among other changes in the Law of Political Parties (Law 9,096 / 96), established the period of validity of provisional party commissions, at all levels, for up to 8 years. The novel legislation approved by the parties themselves in the National Congress, quickly, almost without resistance, and in its own cause, was reactive Resolution n. 23.571/2018, which established, within a reasonable time, the period of 180 days for the formation of the state and municipal directories, setting as the deadline for the proposed adjustment, on June 29, 2019. The power of autonomy partisan in producing rules that violate intraparty democracy, and consequently, the democratic regime and the fundamental right of the affiliated to the political exercise, under the optic of the Federal Constitution in art. 17, in a historical moment where the party associations enjoy recognized public discredit. Finally, the antidemocratic element is found to exist in the unreasonable elasticity of the term of validity of the temporary party organs.

Keywords: Electoral. Political Parties. Provisional Committee. Democracy. Law no. 13,831 / 2019.

1 Introdução

Um dos temas mais visitados hodiernamente é a crise democrática. Produções acadêmicas e literárias com títulos que exaltam a possível superação do modelo democráticos, à exemplo de ‘A Democracia em Risco ? (2019)² e ‘Como as Democracias Morrem’ (2018)³, reverberam o universo político e social nacional e transnacional, e põem em dúvida a capacidade da democracia se amoldar aos novos desafios do liberalismo econômico, instalado com predomínio, desde o fim da guerra fria, mas que atualmente vive o influxo da globalização e da tecnologia. A ideia do dinamismo democrático em contraste com o estatismo dos regimes autocráticos, apropriada por Norberto Bobbio (2015; p. 23), já não se mostra convincente.

² Na obra *Democracia em Riscos?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*, vários autores apresentam 22 ensaios analisando a política atual nacional, já após o resultado das eleições presidenciais de 2018, e os primeiros dias do novo governo de extrema direita.

³ Os professores de Havard, Levitsky e Ziblatt, apresentam um estudo da decomposição dos valores democráticos na sociedade estadunidense, incluindo a eleição do Presidente Trump, demonstrando que os valores políticos, as instituições e as normas não escritas, deixaram de ser observada pelos partidos políticos, levando a polarização social.

A agremiação partidária que medeia a representação política, quase sempre, é quem mais sofre com o descrédito social, sempre ocupando o mais baixo índice de popularidade nas pesquisas que buscam aferir a legitimidade das instituições brasileiras, dentre elas, a realizada pelo Instituto Data Folha⁴, já em 2019, que registrou, 5% como menor índice de aceitabilidade publica.

Não que seja injusta a percepção da sociedade, pois a via institucional utilizada para democracia representativa, quase sempre é oligárquica, permanecendo inerte as críticas que datam desde o inicio do século XX, quando Robert Michels (1982; p. 226) os denominou de Oligarquias de Ferro, o que foi posteriormente reproduzido Maurice Duverger, (1972, p. 188) utilizando-se da expressão “[...] círculos interiores de poder”.

Acrescenta-se como contribuinte ao descredito partidário, os inúmeros casos de corrupção, protagonizado pelos dirigentes das agremiações partidárias, no financiamento da política, tanto no Brasil, sendo o mais latente a operação “Lava Jato”, quanto no exterior, onde, eclodiu, anteriormente, em países notoriamente democráticos, à exemplo do Reino Unido, Alemanha, Itália e Espanha, operações ilegais similares, envolvendo partidos e dirigentes partidários.⁵

A crítica reside principalmente em razão da inexistência de práticas de democracia interna nos partidos. A democracia pode ser constituída por grupos oligárquicos? A representação política parlamentar depende do desígnio autoritário de uma *classe de chefes*? Claro que, quanto maior a ambiência social democrática, há menor tendência a oligarquias dos partidos políticos; quanto mais o sistema exige práticas internas democráticas, estabelecendo igualdade intrapartidária, os direitos dos filiados serão garantidos na competição interna. A simples presença de agremiações partidárias distintas, ou mesmo a exigência constitucional do pluralismo político e do pluripartidarismo (art. 17 da Constituição da República), não assegura a presença democrática em uma nação. Para Renata Coutinho (2013, p. 383), à realização de um Estado democrático exige-se “[...] o comprometimento partidário com a democracia”.

O compromisso com o ideal democrático move-se pela prática e não se limita às

⁴ Pesquisa de grau de confiança das instituições realizada pelo Instituto Data Folha em Parceria com o Jornal Folha de São Paulo, em 2019, disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/04/15/e4dfasfas453434vfa423vavsf429b35922gci.pdf> acesso em 29 maio.2019.

⁵ Na Itália a Mani Puliti; no Reino Unido as relações do Partido Conservador com a ditadura saudita, reproduzida na obra “ How Corrupt is Britain? ”, de David White(2015); na Alemanha o emblemático caso de corrupção envolvendo o primeiro-ministro celebrado pelo protagonismo na reunificação da Alemanha, Helmut Kohl, que saiu da vida pública e, na Espanha o caso do empresário Perrols, envolvendo o partido da Catalunha que recebeu comissão de verbas públicas relativas a programas de qualificação de desempregados.

normas estatutárias. O arcabouço normativo nacional impõe a democracia interna nos partidos políticos, quando restringe a autonomia partidária com a observância à soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana⁶. A autonomia partidária para “[...] definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento”⁷, não autoriza a contrariedade aos princípios definidos no *caput* do artigo 17, quer estatutariamente, quer na práxis.

Ocorreu, que em 13 de maio de 2019, foi sancionada a Lei n. 13.831/2019, originada do Congresso Nacional, que resultou polêmica, inicialmente, pela anistia concedida aos partidos políticos que não aplicaram o percentual exigido pela lei 9.096/95 em políticas de incentivo à inclusão de gênero, mas que em seu bojo, traz em si, inserção tão perniciosa ou mais que o perdão financeiro – a convalidação das comissões partidárias provisórias pelo período de 8 anos.

É dessa alteração legislativa, com impacto nas relações internas partidárias, explicitada no art. 1º da Lei 13.831/2019, que altera o art. 3º da Lei dos Partidos Políticos, que trata neste ensaio, sem se omitir em reafirmar o caráter antidemocrático dos demais dispositivos alterados, que merecerem repercussão específica.

Da vigência provisória dos partidos políticos

Durante um largo período, desde a redemocratização, após o registro dos partidos políticos no Tribunal Superior Eleitoral, não havia condição temporal para composição definitiva dos órgãos de representatividade partidária. As comissões provisórias, vigiam indefinidamente mediante simples solicitação de renovação perante a Justiça Eleitoral.

A autorização legislativa advinha da disposição contida no art. 4º da Lei 9.504/97 que exigia a participação nos pleitos eleitorais das agremiações partidárias que “[...] até seis meses antes do pleito, tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral, conforme o disposto em lei, e tenha até a data da convenção,

⁶ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos.

⁷ § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 97, de 2017)

órgão de direção constituído na circunscrição, de acordo com o respectivo estatuto”.

A expressão “órgão de direção constituído”, era interpretada em seu sentido mais amplo, incluindo as comissões de caráter provisório, que, em tese, teriam vigência temporária, enquanto se faria a formação dos diretórios e as filiações eram constituídas. A interpretação possibilitava que partidos convivessem por dilatado tempo de maneira provisória, sem criação dos órgãos partidários e, principalmente, sem, necessariamente, a exigência de filiações e criações de seus diretórios, estaduais e municipais, que excedessem os interesses de cada agremiação, sendo comum, nas eleições que se sucediam, candidaturas formalizadas com a participação de poucos membros pertencentes à Comissão Provisória, de acordo com os estatutos partidários, reproduzindo, um caráter ilegítimo, configurando a predominância dos partidos dos *chefes*.

Por ter natureza temporária, as comissões eram alteradas indiscriminadamente, resultante apenas da vontade dos dirigentes partidários superiores, ainda que também provisórios, assegurados pela literal interpretação legislativa da Justiça Eleitoral.⁸

A situação sofreu radical modificação, quando o Tribunal Superior Eleitoral, editou a Resolução n. 23.471/2016, decidindo a enfrentar o que denominou de elemento antidemocrático, deu nova redação ao artigo 39 da Resolução 23.465/2015, passando a exigir dos partidos políticos, que as comissões provisórias tivessem prazo máximo de 120 dias de vigência, salvo fixação estatutária razoável diversa da determinada pelo TSE. Na mesma resolução, foi fixado a data o marco inicial de 3 de março de 2017, para que os partidos se adaptassem as novas regras.⁹

O Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), solicitou alteração estatutária para ajustar o período de vigência dos mandatos das comissões provisórias (TSE; PETIÇÃO n. 83), propondo o período de até dois anos, o que lhe foi negado pelo Tribunal Superior Eleitoral, sob o argumento de que o prazo “[...]não se mostra compatível com o regime democrático, que deve nortear a organização interna dos Partidos”¹⁰.

⁸ [...] O pressuposto para que o partido tenha direito de participar das eleições é que, "até um ano antes do pleito, tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral, conforme o disposto em lei, e tenha, até a data da convenção, órgão de direção constituído na circunscrição, de acordo com o respectivo estatuto" (Lei n. 9.504/1997, art. 4º), o qual "deve ser entendido como qualquer órgão diretivo que, em conformidade com as regras do respectivo estatuto partidário, represente a agremiação na circunscrição da eleição e tenha poderes para realizar convenção destinada à escolha de candidatos" (TRESC, Ac. n. 28.437, de 07.08.2013, Juiz LUIZ CÉZAR MEDEIROS). Por isso mesmo, a escolha do candidato em convenção realizada por comissão provisória não constitui, por si só, óbice para disputar a eleição. Atendidas às exigências previstas na Lei n. 9.504/1997 e na Resolução TSE n. 23.405/2014, comprovando o preenchimento dos requisitos constitucionais de elegibilidade, bem como a inexistência de causa de inelegibilidade, impõe-se o deferimento do registro do candidato.(TRE-SC - RECA: 70280 SC, Relator: SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ, Data de Julgamento: 30/07/2014, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 30/07/2014)

⁹ Art. 2º A Resolução nº 23.465, de 17 de dezembro de 2015, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte artigo: Art. 61. A regra prevista no art. 39 desta Resolução somente entrará em vigor a partir de 3 de março de 2017, cabendo aos partidos políticos proceder às alterações dos seus respectivos estatutos até a referida data, para contemplar prazo razoável de duração das comissões provisórias.

¹⁰ Veja parte da ementa no que interessa: “[...] O art. 39 da Res.-TSE 23.465/2015, ainda em vigor, estabelece que as anotações relativas aos órgãos provisórios têm validade de 120 dias, salvo se o Estatuto Partidário estabelecer prazo razoável diverso. 7. Ofende o que regulamentado na dita Resolução deste Tribunal a alteração estatutária nos incisos I e III do art. 14, pois estabelece que as Comissões Provisórias terão mandato de 1 ano ou 12 meses, podendo ser renovado por igual período, a pedido, pelo órgão hierárquico superior. Em outras palavras, isso não se mostra compatível com o regime democrático, que deve nortear a organização interna dos Partidos, e, menos ainda, com a determinação contida no art. 39 da Res.-TSE 23.465/2015, que estabelece prazo razoável para sua existência.

Houve, no entanto, nova alteração ao anteriormente fixado, mediante outra Resolução do TSE, a de n. 23.571/2018 (art. 39) desta feita, estendendo o prazo antes fixado de 120, para o limite de 180 dias, passando a admitir, excepcionalmente, a prorrogação da vigência, desde que devidamente solicitada e justificada, perante a Justiça Eleitoral. A novel Resolução, por meio do art. 64¹¹, fixou um novo marco inicial para adaptação partidária, iniciado em 1 de janeiro de 2019 e findando em 29 de junho de 2019.

Havendo um grande número de partidos que não diligenciaram em formar definitivamente os órgão de representação partidária (diretórios), onde se procede a designação dos órgãos diretivos mediante eleição interna dos filiados e onde se propõe a seleção dos candidatos à representes políticos, por meio das convenções, coube aos partidos políticos, reativamente à medida resolutiva do Tribunal Superior Eleitoral, aprovar a Lei n. 13.831/2019, legiferando pela possibilidade da validação das comissões provisórias por até oito anos.

O projeto de lei (PL n. 1.321/2019)¹², obteve célere tramitação nas casas legislativas, apresentado que foi em 12 de março de 2019, pelo deputado federal Elmar Nascimento - DEM/BA, na Câmara dos Deputados, passando pelo Senado Federal sem alteração, e sancionado em 17 de maio de 2019, pela Presidência da República, concluindo-se, em decorrência, pelo interesse das bancadas partidárias em sua aprovação.

A consequência prática da lei foi a dilação automática do prazo de centenas comissões provisórias no Brasil, e a continuidade e exacerbação do modelo concentrado das decisões políticas dos partidos, pois como observou Duverger (1970, p. 178): “[...]a apresentação dos candidatos ocupa lugar de honra na gama das manipulações eleitorais. Alguns partidos limitam oficialmente em seus estatutos a liberdade de escolha dos eleitores [...]”.

Mesmo considerando a necessária crítica quanto a interferência legislativa da Justiça Eleitoral na fixação das regras partidárias, a expansão desmensurada do prazo das comissões provisórias é suficiente para demonstrar a menor importância concebida pelas próprias agremiações a democracia interna e a participação deliberativa dos filiados.

3 Democracia intrapartidária e as comissões temporárias

Montesquieu, no *Espírito das leis* (2000, p. 198), afirmou que “[...] Todo homem que tem o poder é levado a dele abusar”. Não paira dúvida, que a alteração legislativa expansiva *ad aeternum* das comissões provisórias, dentro de um processo de desgaste dos partidos políticos, pode ser considerada um arquétipo perfeito da

PETIÇÃO n. 83, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 10/08/2018, Página 81/82). Disponível em: <<http://intero3.tse.jus.br/sjrpesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstatesJUT328657641§ionServer=TSE&docIndexString=o>>. Acesso em: 1 junho. 2019.

¹¹ Art. 64. A regra prevista no art. 39 desta resolução somente entrará em vigor em 1º de janeiro de 2019.

¹² <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2193540>

afirmação do Barão de Lebré e Montesquieu. Especialmente, considerando os recentes precedentes do TSE e os prazos fixados anteriormente pelas resoluções. Atribuir vigor de oito anos a uma comissão provisória, que tem finalidade preparatória a formalização dos órgãos diretivos partidários, onde como base em valores democráticos, devem deliberar, sobre a representação política e o sufrágio universal, é desarrazoadinho.

No atual sistema político nacional, apesar da excessiva exigência de 500.000¹³ assinatura de apoio de não filiados para criação de partidos políticos, considerando números de votos válidos nas eleições de 2018 para Deputado Federal (art. 7º da lei 9.06/95), paradoxalmente, não há comprometimento dos anuentes na filiação ao partido recém-criado, que poderá, nos novos termos legislativos, ter vida perene de até oito anos, com quadro inteiramente provisório, limitado a 101 eleitores¹⁴ nacionais, e portanto ter acesso ao financiamento público de campanha e as condições de competição que as demais agremiações. Demonstra-se o paradoxo (FERNANDES NETO; 2019, p. 76)

Teria maior relevância, na vida democrática nacional, a fixação, na Lei dos Partidos Políticos, de um número mínimo de filiados, de modo razoável, e a sua atualização anual, mediante o consentimento expresso de cada associado ao partido e à Justiça Eleitoral, do que uma excessiva exigência de apoio de eleitores, mas que não se obrigam a qualquer compromisso com o partido que atestaram necessário.

O receituário legislativo garante aos partidos políticos, inclusive os que já tiveram órgãos definitivos nos Estados e Municípios, mas que perderam sua validade, o poder de decidir, inclusive sobre as escolhas de candidatos aos pleitos vindouros e

¹³ Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

¹⁴ § 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove, no período de dois anos, o apoio de eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 2º Só o partido que tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral pode participar do processo eleitoral, receber recursos do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, nos termos fixados nesta Lei.

¹⁴ Art. 8º O requerimento do registro de partido político, dirigido ao cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, da Capital Federal, deve ser subscrito pelos seus fundadores, em número nunca inferior a cento e um, com domicílio eleitoral em, no mínimo, um terço dos Estados, e será acompanhado de:

coligações, dentro da interinidade da comissões provisórias, normalmente formadas com poucos filiados, nomeados discricionariamente pela instância partidária superior.

Os filiados não têm qualquer ingerência nas deliberações das interinas comissões diretivas, que com número mínimo de participantes, tem a poder de escolher as candidaturas. No caso do Partidos dos Trabalhadores (PT), os artigos 56 e 57 do Estatuto¹⁵, fixam que a Comissão Provisória Estadual deve conter 8 membros e a Municipal, 6 membros. No Partido Social Liberal (PSL), na forma do art. 28 e 29 do Estatuto Partidário¹⁶, a exigência é de 7 a 11, no caso das Comissões estaduais e, 7 a 9 nas municipais. O Movimento Democrático Brasileiro (MDB), como dispõe o art. 42 de seu Estatuto¹⁷, são 7 membros para Comissão Estadual e 5 para Municipal.

Repete-se assim, o modelo concentrado do poder partidário brasileiro, que mesmo quando definitivamente composto, restringe o poder de deliberação aos núcleos diretivos das instâncias do poder, sem a interferência de filiados, que limitam-se, quase sempre, a um quadro numérico e estatístico. Daí se perceber a falta de conexão dos afiliados e as agremiações que pertencem, apesar de termos atualmente quase 17 milhões de filiados no Brasil.¹⁸

Medidas concentradoras, talvez explique o desgaste partidário, representado no pensamento de Chantal Mouffe (2003): “[...] um número crescente de pessoas, vêm sentindo que os partidos tradicionais deixaram de atender a seus interesses e partidos de extrema-direita estão fazendo importantes incursões em muitos países europeus.”

4 Autonomia partidária x princípio da democracia

O dilema que se apresenta é, se a novel ordem legislativa, supostamente assegurada pela autonomia partidária para determinar suas regras estatutárias, entre

¹⁵ O Estatuto do PT encontra-se disponível em: <https://pt.org.br/wp-content/uploads/2016/03/ESTATUTO-PT-2012-VERSAO-FINAL-alterada-outubro-de-2015-2016mar22.pdf> acesso em 3 junho.2019

¹⁶ Veja o Estatuto do PSL em http://psl.org.br/estatutosNormas/estatuto_PSL_cartorio.pdf acesso em 3 junho.2019

¹⁷ O Estatuto do PMDB encontra-se disponível em: <http://mdb-sc.org.br/wp-content/uploads/2018/06/ESTATUTO-MDB.pdf> acesso em 3 junho.2019

¹⁸ Baseado no resultado das eleições presidenciais de 2018, confrontou-se está realidade: “[...] Tomam-se como exemplos dessa desvinculação às eleições de 2018 os candidatos presidenciais, que tiveram desempenho inferior ao número de filiados pertencente aos quadros dos partidos em que concorreram registrados no TSE. Henrique Meireles (MDB) obteve 1.288.950 votos, enquanto seu partido possui 2.393.313 filiados; Eymael (DC) obteve 41.710 votos, enquanto sua agremiação tem 187.131 filiados; e João Goulart Filho (PPL) que recebeu 30.176 votos, mesmo seu partido tendo em seus quadros 40.332 filiados.” (FERNANDES NETO; 2019, p. 81)

as quais os prazos de vigência de diretórios e comissões provisórias, originada da redação da Emenda Constitucional n. 97/2017¹⁹, que alterou o art. 17 da Constituição Federal, poderia subsistir, ante os princípios a serem observados no mesmo dispositivo – a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Nos parece que a autonomia para sistematização das normas internas estatutárias, não autoriza a promoção de elementos nitidamente antidemocráticos pelos legisladores (partidários), mesmo que decorram de autorização expressa, pois como assenta Raquel Machado (2018, p. 109) “[...] não pode levar a que o texto das normas sejam redigidos desconsiderando o fim de destacar sua relevância para o exercício de mandatos e da democracia.”

Os partidos políticos não estão alheios ao regime democrático e nem isentos da prática democrática nas suas entradas. Um regime democrático só se faz com instituições democráticas. A autonomia concedia constitucionalmente para elaboração de suas normas estatutárias não justifica a concepção de regras autoritárias. Confunde-se a personalidade jurídica dos partidos como entidades privadas, com uma permissão para agir discricionariamente.

De fato, é dual a identidade das agremiações partidárias. Inicialmente são expressamente conceituadas como entidades privadas (§ 2º art. 17 da CF), pois registradas civilmente, no entanto, exercem funções de caráter público, pois monopolizam a representação política com a exclusividade da seleção dos candidatos; são responsáveis pela formação do Governo; recebem verbas públicas, tanto o fundo partidário (FP), para manutenção ordinária, e o fundo especial de financiamento de campanha (FEFC), fazendo jus, ainda, ao direito de antena, custeado por isenção fiscal.

Com efeito, os partidos políticos sujeitam-se ao regime democrático, apesar considerarem-se independentes aos ônus da opção democrática. É justificado o

¹⁹ § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017)

desalentador pensamento do Constitucionalista Espanhol Javier Pérez Royo (1994, p.77):

Um partido político democrático nem existiu no passado, nem existe, nem acredito que vai existir no prazo que é possível fazer previsões destas coisas. As condições nas quais ocorre a competência política no interior dos partidos – de todos – são condições de concorrência tão imperfeitas que não é possível que sua vontade seja constituída democraticamente.

Medidas de conteúdo antidemocráticos, como a extensão por até oito anos de vigência das comissões provisórias, concentra ainda mais o poder partidário nas mãos de seus dirigentes, tornando desimportantes os filiados. Tudo podem decidir despoticamente. Escolher candidaturas, destinar os fundos públicos de financiamento da política. Constituem a exceção, não sujeitando-se as regras democráticas. Tornam-se soberanos, pois como afirma Carl Shmitt (1996, p. 87): “Soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção”.

A necessidade dos partidos políticos nas sociedades democráticas, muito se dependerá das práticas de valorização dos filiados, da consulta direta às bases, inclusive por prévias, deliberando sobre a seleção das candidaturas e órgãos diretivos internos, admitindo o dissenso e respeitando a proporcionalidade. A inexistência de alteração na mediação partidária e a permanência das agremiações como instituições sem crédito social, oligárquicas, na expressão de Michels, tendem valorizar as organizações sociais apartidárias, os candidatos outsiders e a “antipolítica”, certamente, conclamam a sobrepor o modelo partidário tradicional.

O Italiano Luigi Ferrajoli (2014, p. 68-69) apresenta como antídoto ao que se apresentou: “[...] contra a despolitização da opinião pública e a desagregação política e social, requer-se uma revitalização da relação entre sociedade e instituições representativas que somente pode provir de uma refundação dos partidos políticos”. E acrescenta por necessário(2014, p. 69):

A crise dos partidos originada pela transformação dos dirigentes em castas privilegiadas separada de suas bases sociais é, portanto, tão grave que, se não quer que seja abatida a democracia política, não poderá ser superada a não ser com reformas radicais:

Assim a alteração normativa procedia, pela Lei 13.831/2019, que foi além do limite da razoabilidade em conferindo o prazo de oito anos de vigência das comissões

provisórias, constitui elemento inconstitucional, pois fere o regime democrático e viola o direito fundamental a plena participação política do cidadão, princípios normativos expressamente contidos nos art. 17 da Constituição Federal.

Conclusão

A reação legislativa, quanto à fixação dos prazos das comissões provisórias partidárias pelas Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, mediante a célebre aprovação da Lei 13.831/2019, trouxe ao mundo jurídico, prazo desproporcional e desarrazoado, para a existência de comissões que são temporárias e preparatórias a consecução dos objetivos partidários com a formalização dos diretórios estaduais e municipais.

O prazo de até 8 anos para vigência de comissões preparatória e temporárias é indubidousamente elemento antidemocrático, inserido na legislação infraconstitucional, que vai além da intenção de afastar o descumprimento do prazo concedido para os ajustes dos partidos ao advento da Resolução n. 23.571/2018 (29.06.2019), mas insere norma que viola a democracia interna das agremiações partidárias e concentra poder na *classes dos chefes*.

A medida extrema, revela-se desmensurada, especialmente no atual momento nacional onde os partidos políticos sofrem de grande desgaste social e já são questionados quanto sua necessidade na mediação popular, especialmente em tempos tecnológicos quando já se fala em ciberdemocracia.

A autonomia partidária garantida aos partidos políticos nacionais na Constituição da República não é absoluta e esbarra na finalidade maior das agremiações partidárias, que é mediar a sociedade na busca do regime democrático, garantindo os direito fundamentais dos cidadãos, e neste caso, dos afiliados.

Somente a afirmação democrática internamente nos partidos, garantido voz e vez aos filiados, desconcentrando o poder deliberativo e garantindo a proporcionalidade as divergências internas, evitando o transfugismo por concentração de poder, é capaz de restabelecer o liame entre filiado e partido, eleito e representante. Medidas de exclusão popular com a que trata o artigo, só confirmam as oligarquias de ferro que Michels denunciou no início do século XX , e como se percebe, parecem resistentes aos regimes democráticos.

Referências

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

DEMOCRACIA EM RISCO ?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje. Vários autores. Companhia das Letras. 2019.

DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos.** Trad. Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro, Zahar, 1970.

FERNANDES NETO, Raimundo Augusto. Partidos Políticos: desafios contemporâneos. Ed. Íthala, Curitiba. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens:** a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zarah, 2018.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Direito eleitoral.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MICHELS, Robert. **A Sociologia dos partidos políticos.** Trad. Arthur Chaudon. Brasília: Editora da UNB, 1982

MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das leis.** Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Revista Política e Sociedade**, n. 3, out. 2003. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/2015/1763>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

ROYO, Javier Pérez. Régimen jurídico de los partidos y Constitución, in Centro de Estudios Constitucionales-CESCO-BOE, Madrid, 1994.

SCHIMMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar.** Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

12. A (POSSÍVEL) INCONFORMIDADE DO DECRETO PRESIDENCIAL N.º 9.759/19 À AGENDA 2030 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

*THE (POSSIBLE) INCONFORMITY OF PRESIDENTIAL DECREE NO. 9.759/19 TO
UNITED NATIONS ORGANIZATION 2030*



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-12>

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça¹

Natallie Alves de Almeida²

Resumo

Há essencial importância na releitura do perfil da Administração Pública para que se paute em critérios de dialogicidade e participação social, considerando inicialmente ao administrado o direito fundamental à boa administração pública. Verificou-se acerca das políticas públicas dialógicas como instrumento da Administração Pública democrática para fins de concretização do princípio da eficiência estatal. Considerou-se, em seguida, sobre a inconstitucionalidade do decreto presidencial n.º 9.759 de 11 de abril de 2019, o qual tem sido objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.121, destacando o julgamento da medida cautelar nos autos da referida ADI. Por fim, buscou-se reconhecer a existência do Estado Democrático de Direito, verificando a possibilidade de retrocesso constitucional em face da edição do decreto presidencial n.º 9.759 de 11 de abril de 2019, após análise conjunta ao Objetivo n.º 16 de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas. A realização do trabalho utilizou da metodologia por meio de um procedimento descritivo e exploratório, norteado, essencialmente, pela pesquisa qualitativa, composta pela análise investigativa teórica de fontes de pesquisa históricas e jurídicas documentais e bibliográficas. Evidenciou-se a relevância da temática em face da

¹ Pós-Doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora titular do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado – e do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza-CE. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Administração Pública e Tributação no Brasil. *Email:* liridacalou@unifor.br.

² Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Público e Teoria Política da Universidade de Fortaleza-CE. Pesquisadora pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Administração Pública e Tributação no Brasil. *Email:* natalliealmeida@yahoo.com.

alteração normativa que atinge frontalmente as perspectivas democráticas de participação popular na Administração Pública, impactando na eficácia social de políticas públicas, na contramão da evolução do Direito Administrativo e do arcabouço constitucional brasileiro, assim como nas perspectivas traçadas pela ONU em face da Agenda 2030.

Palavras-chaves: Boa administração pública. Decreto n.^o 9.759/19. Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

Abstract

It is essential to re-read the profile of the Public Administration so that it is based on criteria of dialogicity and social participation, considering initially the administrator the fundamental right to good public administration. It was verified about the dialogical public policies as instrument of the democratic Public Administration for the concretization of the principle of the state efficiency. It was then considered on the unconstitutionality of presidential decree no. 9.759 of April 11, 2019, which has been the object of Direct Unconstitutionality Action no. 6,121, highlighting the judgment of the injunction in the records of said ADI. Finally, we sought to recognize the existence of the Democratic Rule of Law, verifying the possibility of constitutional retrogression in the face of the edition of presidential decree no. 9.759 of April 11, 2019, after joint analysis of Objective no. 16 of the United Nations Agenda 2030 Sustainable Development. This work used the methodology through a descriptive and exploratory procedure, guided essentially by qualitative research, composed by theoretical investigative analysis of historical and legal documentary and bibliographic research sources. The relevance of the theme was evidenced in face of the normative alteration that directly affects the democratic perspectives of popular participation in the Public Administration, impacting the social effectiveness of public policies, against the evolution of the Administrative Law and the Brazilian constitutional framework, as well as the perspectives drawn up by the UN against the 2030 Agenda.

Keywords: Good public administration. Decree no. 9.759/19. United Nations 2030 Agenda.

1 Introdução

A Administração Pública, atenta à pluralidade social sob a qual atua, necessita direcionar-se às possibilidades na utilização de instrumentos de participação para fins de aproximar o corpo social da atuação estatal e assim desenvolver seu ofício com maior eficiência, conforme preceitua o artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88). Trata-se da possibilidade em estimular uma gestão compartilhada com sociedade, compreendendo assim seus anseios, prevalecendo-se de boas ideias e diluindo possíveis riscos na tomada de decisões, as quais recairão sobre todos.

Objetiva-se, inicialmente, considerar que a gestão pautada com critérios de dialogicidade e no qual há substituição das decisões unilaterais por construções conjuntas à sociedade é uma tendência no Direito Administrativo contemporâneo e aproxima-se da eficácia almejada, aumentando o grau de aderência e legitimação social aos atos administrativos, em especial para fins de prospecção, concretização, gestão e fiscalização de políticas públicas.

Abordar-se-á, em seguida, a garantia de que os administrados enquanto sociedade poderão usufruir de todo o arcabouço constitucional em sua defesa, incentiva ao exercício da cidadania e efetiva o direito fundamental à boa administração pública. Trata-se de direito o qual se ampara em gestão apropriada de interesses públicos, por meio de método dialogado com a sociedade.

Pretende-se considerar, ainda, quando da análise proposta, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.121 de 16 de abril de 2019, protocolada frente ao Supremo Tribunal Federal (STF) em face do recém editado decreto n.º 9.759/19, em conjunto com o julgamento da medida cautelar nos autos da referida ADI para fins de suspender os efeitos do decreto n.º 9.759/19, com julgamento realizado nos dias 12 e 13 de junho de 2019.

Propõe-se, por fim, reconhecendo a existência de um Estado Democrático de Direito, verificar a possibilidade de retrocesso constitucional em face da edição do decreto presidencial n.º 9.759 de 11 de abril de 2019, após análise conjunta ao Objetivo n.º 16 de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), em face ao direito fundamental à boa administração por meio de políticas públicas dialógicas e participativas.

A realização do trabalho utilizará da metodologia por meio de um procedimento descritivo e exploratório, norteado, essencialmente, pela pesquisa qualitativa, composta pela análise investigativa teórica de fontes de pesquisa históricas e jurídicas, documentais e bibliográficas.

Evidencia-se a relevância da temática, justificando a pesquisa em comento, em face da alteração legislativa recente que atinge diretamente nas perspectivas democráticas de participação popular na Administração Pública, impactando na eficácia social de políticas públicas, na contramão da evolução do Direito Administrativo e do arcabouço constitucional brasileiro, assim como nas perspectivas traçadas pela ONU em face da Agenda 2030.

2 Boa administração pública como direito fundamental

A Administração Pública, em face do poderio que concentra e exerce, deve observância ao panorama político, econômico, cultural e social que a circunda, atraindo para si a responsabilidade no que tange ao equilíbrio adequado, em especial, entre Direito e Política. Pressuposta uma dada realidade deve agir em observância ao que o ordenamento jurídico lhe institui, por meio de ditames e programas constitucionais.

A relação entre Administração Pública e administrados, ou seja, a sociedade, passou por evolução na qual já não se admite imposição verticalizada de poder³, possibilidade na qual se admite que o direito fundamental à boa administração pública⁴ integra um contexto de constitucionalização do Direito Administrativo, preponderantemente ocorrido após a promulgação da CRFB/88⁵.

O direito fundamental à boa administração pública encontra-se reconhecido em face à sua fundamentalidade e máxima eficácia possível, direito cuja aplicabilidade é imediata nas próprias ações e prospecções estatais às quais tem como intuito atingir toda uma sociedade enquanto sujeitos de direitos. Trata-se de “lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados numa síntese, ou seja, o somatório de direitos

³ Binenbojm, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 14.

⁴ Freitas, Juarez. “As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração”, en *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 35, n. 1, 2015, Fortaleza, Universidade Federal do Ceará, pp. 195-217. p. 198.

⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de 5 de outubro de 1988.

subjetivos públicos”⁶ e ao se tratar da referida garantia tem-se que a mesma irradia efeitos a todo o ordenamento jurídico.

Salutar que haja releitura do perfil da Administração Pública direcionando-se a critérios de dialogicidade e participação social, a qual se afasta de características embasadas no autoritarismo e aproxima-se de instrumentos participativos. Admite-se ao administrado o direito fundamental à boa administração pública, o que integrará um contexto de constitucionalização do Direito Administrativo, preponderantemente ocorrido após a promulgação da CRFB/88 em face à principiologia que lhe embasa.

Políticas públicas dialógicas são instrumentos da Administração Pública democrática para fins de concretização do princípio da eficiência estatal. Perpassa-se, sob tal ótica, por um giro democrático-constitucional no qual o Direito Administrativo encontra-se inserido, pautando as decisões administrativas em critérios de juridicidade administrativa. O corpo social deixa de figurar apenas como um elemento sobre o qual recairão as ações previstas em políticas públicas, passando a integrar um corpo subjetivo de auxílio, incremento, criação e efetivação destas políticas, por meio de instrumentos participativos, para fins de efetivar uma Administração Pública democrática.

O exercício de decisões responsivas, inclusivas e participativas antes de configurarem como um direito, é um dever, para se viver em uma sociedade pacífica e sustentável. Se não se consegue exercer a cidadania, não se tem instituições eficazes, logo, não se consegue exercer o direito fundamental à boa administração pública.

A efetividade das políticas públicas como exercício do direito fundamental à boa administração pública enfrenta, segundo Juarez Freitas⁷ tríade de pré-compreensões adversas, objetivamente direcionadas a concepções equivocadas acerca da a) crença infundada da aplicação desmedida da discricionariedade; b) proposição de poderes desmedidos os gestores públicos em face da separação de poderes; e c) a premissa de que a controladoria de referidas políticas públicas não atingiria o exame jurídico da congruência e da coerência dos propósitos.

Contrapõe-se, portanto, à concepção da Administração Pública autoritária, burocrática e ineficiente⁸. Na contramão da adoção de posturas pautadas em decisões unilaterais, seja em âmbito de processos judiciais e/ou administrativos ou, ainda, na

⁶ Freitas, 2015, p. 198.

⁷ Ibid, p. 201-202.

⁸ Binenbojm, 2014, p. 335.

elaboração de atos e políticas públicas, busca-se direcionar a decisões negociadas, embasadas em convergência de vontades e por meio da dialogicidade. Nessa linha reflexiva jurídico-administrativa surge e desenvolve-se a consensualidade como mecanismo a incrementar a atuação da Administração Pública.

O Direito Administrativo volta-se, portanto, às discussões que atendam à demanda social e política do país, em que se direcionam esforços a um giro pragmático. Atenta-se à preocupação fundamental em solucionar problemas concretos, o que, em certa medida, faz com que os publicistas retirem-se da perspectiva de análise abstrata. Busca-se, portanto, afastar-se da análise do seu campo de investigação científica como um campo delimitado por construções teóricas absolutamente afastadas da realidade para que passem a analisá-la como ela efetivamente é e se mostra, buscando, assim, soluções inovadoras no bojo do Direito Administrativo.

Não há qualquer vantagem em se ignorar a realidade, enquanto o Direito ignora a realidade, a realidade ignora a aplicação do Direito. É necessário, inicialmente, que haja conjugação entre a análise contextualizada dos fatos, a qual não ignora como a realidade se apresenta para a aplicação do Direito. Em um segundo momento, correlacionada a realidade e mantendo-se certo distanciamento sectário de teses dogmáticas fundamentalistas que busquem enxergar o Direito como uma ciência natural e preconizada em certa atemporalidade de verdades pretéritas, a principiologia do Direito Administrativo é constantemente revisitada. Por fim, há atenção e preocupação com os resultados e consequências práticas quando da adoção de determinados conceitos ou da tomada de determinadas decisões no âmbito do Direito Administrativo.

3 Inconstitucionalidade do decreto presidencial n.º 9.759/19

Em 23 de maio de 2014 foi editado o decreto presidencial n.º 8.243 que instituía a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS⁹ possuindo como objetivo o fortalecimento e articulação de mecanismos e das instâncias democráticas de diálogo, assim como a atuação conjunta entre a Administração Pública Federal e a sociedade civil, em aperfeiçoamento à Administração Pública Dialógica.

⁹ Decreto n.º 8.243 de 23 de maio de 2014.

Em 11 de abril de 2019, na contramão do que se tratou até o presente instante, foi editado novo decreto presidencial n.^o 9.759¹⁰, extinguindo e estabelecendo diretrizes, regras e limitações para colegiados da Administração Pública Federal, constando em seu artigo 10 revogação expressa do diploma de 2014. Acrescente-se as alterações e inclusões posteriormente trazidas pelo decreto n.^o 9.812¹¹ de 30 de maio de 2019 ao decreto n.^o 9.759/19, sem, contudo, alterar substancialmente sua essência.

A aplicação do decreto n.^o 9.759/19 atinge a extinção de conselhos, comitês, comissões, grupos, juntas, mesas, equipes, fóruns e quaisquer outras denominações dadas ao colegiado. Afronta-se, por meio do ato do Governo Federal, a essência prevista constitucionalmente no interlace da democracia representativa com a democracia direta, desconsiderando a democracia participativa tão cara à sociedade brasileira.

A participação social nas democracias modernas se insere cada vez com maior força na sociedade. O decreto n.^o 9.759/19 coloca o Brasil na contramão da crescente democrática de participação popular, encontrando-se em caminho divergente dessa perspectiva. Trata-se de atentado em especial aos direitos humanos em face das minorias às quais são conferidas participação e voz por meio dos colegiados os quais serão calados em face da alteração legislativa. Os rumos da democracia participativa e quaisquer condições que afrontem à redução dos espaços de participação popular são objetos de resistência jurídica em face de confronto direto à ideia democrática prevista na CRFB/88.

A CRFB/88 em seu artigo 1º, parágrafo único, preleciona que o poder emana do povo e será exercido diretamente e/ou pelos seus representantes. Referida combinação dá origem por meio de leis e formas de gestão compartilhada a instrumentos essenciais à efetiva participação e controle popular, os quais estão sendo revogados por decreto presidencial. Configura-se, em essência, atitude arbitrária, autoritária e antidemocrática que fere a norma constitucional, em pleno retrocesso ao que finalisticamente se buscou quando da edição do decreto n.^o 8.243/14, ao ser revogado pela edição do decreto n.^o 9.759/19.

O recém editado decreto n.^o 9.759/19 encontra-se como objeto de controle concentrado de constitucionalidade instrumentalizado pela Ação Direta de

¹⁰ Decreto n.^o 9.759 de 11 de abril de 2019.

¹¹ Decreto n.^o 9.812 de 30 de maio de 2019.

Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.121¹² em 16 de abril de 2019, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) frente ao Supremo Tribunal Federal (STF), apenas 5 (cinco) dias após sua edição. Frise-se que houve pedidos de intervenção de terceiros para participação na referida instrução processual na condição de *amicus curie*, os quais foram devidamente deferidos pelo relator, Ministro Marco Aurélio.

Fora requerida medida cautelar nos autos da ADI n.º 6.121 para fins de suspender os efeitos do decreto n.º 9.759/19, oportunidade na qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal se reuniu em 12 de junho de 2019 para julgá-la vindo a finalizar o julgamento no dia seguinte, dia 13 de junho, após requerimento de vistas pelo Ministro Dias Toffoli. A decisão proferida em sede do julgamento da medida cautelar na ADI n.º 6.121 foi no sentido de deferi-la parcialmente, e assim

[...] suspendendo a eficácia do § 2º do artigo 1º do Decreto nº 9.759/2019, na redação dada pelo Decreto nº 9.812/2019, afastar, até o exame definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade de ter-se a extinção, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, de colegiado cuja existência encontre menção em lei em sentido formal, ainda que ausente expressa referência “sobre a competência ou a composição”, e, por arrastamento, suspender a eficácia de atos normativos posteriores a promoverem, na forma do artigo 9º do Decreto nº 9.759/2019, a extinção dos órgãos, o julgamento foi suspenso.¹³

No que toca ao julgamento da medida cautelar requerida no bojo da ADI n.º 6.121, os ministros entenderam, por unanimidade, que a criação dos colegiados criados por lei teriam sido autorizados em sede de Congresso Nacional, em face dos quais apenas recairiam a possibilidade de extinção por meio do mesmo instrumento legal.

De outra monta, em relação aqueles colegiados instituídos por decreto ou ato normativo infra legal, decidiu-se, por maioria (Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Gilmar Mendes), que neste ponto a medida cautelar estaria indeferida, prevalecendo o entendimento do relator. Restaram vencidos os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármem Lúcia e Celso de Mello, para os quais a medida cautelar merecia pleno deferimento. Tratou-se, portanto, de decisão que acarretou em relevante controvérsia, visto o acirramento de votos a favor do deferimento parcial da medida cautelar (em

¹² Supremo Tribunal Federal: Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.121. Decisão judicial de 16 de abril de 2019.

¹³ *Ibid.*

um total de 6) e pelo total deferimento da mesma (em um total de 5) o que já demonstra a relevância da discussão.

Além do requerente, fora concedida a oportunidade de manifestação na condição de *amicus curie* ao Movimento Nacional dos Direitos Humanos (MNDH), à Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), à Defensoria Pública da União (DPU), assim como à Advocacia-Geral da União (AGU) e à Procuradoria-Geral da República (PGR).

Frise-se que o parecer exarado pelo Ministério Público Federal¹⁴, para fins de julgamento da medida cautelar, fora no sentido de que havia a presença do requisito do *fumus boni iuris*, em face da ausência de prévio mapeamento estatal a respeito dos colegiados consubstanciado na essencialidade à consecução das políticas públicas priorizáveis, e que estariam comprometidas, com consequente instalação de insegurança jurídica e comprometimento à democracia participativa concretizada no controle social intrínseco ao Estado Democrático de Direito. De igual modo, o requisito do *periculum in mora* estaria igualmente presente, autorizando a concessão integral da medida cautelar, entendimento este superado pela maioria dos ministros do STF.

Trata-se de ato do poder executivo federal materialmente inconstitucional, ainda que se considere que o meio utilizado para tal esteja formalmente correto, qual seja, decreto, segundo entendimento ministerial¹⁵. Vê-se configurado instante no qual o STF ao conceder parcialmente a medida cautelar da ADI n.º 6.121 peca ao desconsiderar que a medida precariza a democracia participativa, a fiscalização social de políticas públicas, a transparência e o controle social e que “não se aceitam, em ordens realmente democráticas, os atos puramente discricionários, típicos do patrimonialismo de extração subjetivista, assim como se mostram implausíveis os atos completamente vinculados e autômatos”¹⁶.

Associado a tais argumentos, acrescente-se que a decisão do STF, ainda que em sede de cautelar, mitiga o papel da sociedade, malferindo princípios fundamentais da República Federativa do Brasil previstos nos artigos 1º ao 4º da CRFB/88, em especial a democracia participativa reforçando o quadro de instabilidade e insegurança jurídica no país.

¹⁴ Ministério Públíco Federal: Nota Pública de 16 de abril de 2019.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal, 2019, *online*.

¹⁶ Freitas, 2015, p. 208.

4 Descompasso brasileiro ao Objetivo n.º 16 de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU)

O Poder Executivo, pautado em critérios de eficiência e juridicidade, desconsiderou o direito fundamental ao administrado à boa administração pública, quando por meio do decreto n.º 9.759/19 extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da Administração Pública Federal, vindo em seu artigo 10 revogar expressamente o Decreto n.º 8.243 de 23 de maio de 2014 que instituía a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS. Há latente retrocesso nas vias de participação social em face da edição do Decreto n.º 9.759/19, com restrição na participação democrática brasileira em desacordo com o Objetivo n.º 16 de Desenvolvimento Sustentável (ODS) presente na Agenda 2030 proposta pela Organização das Nações Unidas¹⁷.

Com a edição do referido decreto há malferimento às metas estabelecidas por meio do da 16^a ODS, em especial as trazidas nos pontos 16.3 (promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça, para todos), 16.6 (desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis), 16.7 (garantir a tomada de decisão responsável, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis) e 16.10 (assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais)¹⁸.

Sociedades inclusivas e pacíficas em ambientes nos quais a justiça é questionável não sobrevivem. Conviver com corrupção e a violência é insustentável, instante em que os mais frágeis e vulneráveis estão sujeitos a elas. Tratam-se, portanto, de entraves para a construção de sociedades pacíficas e sustentáveis. As instituições necessitam ser eficazes, transparentes e responsáveis exigindo-se que as tomadas de decisão sejam responsivas, inclusivas, participativas e representativas em todos os níveis.

Referido ODS n.º 16 tem como fim o incentivo ao exercício de cidadania, já que paz, justiça e instituições eficazes são conquistas de uma sociedade participativa. Volta-se, portanto, ao conceito instituído para fins do exercício ao direito fundamental

¹⁷ Organização das Nações Unidas: *Agenda 2030*. Plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade de 13 de outubro de 2015.

¹⁸ *Ibid.*

à boa administração pública: exercício da cidadania. A vigilância e envolvimento em questões que afetem à sociedade e que possam vir a interferir na concretização de exercícios de paz e justiça é uma prática diária e por toda a vida.

Frise-se, que o ODS em tela visa promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, garantindo assim o acesso à justiça a todos e promover instituições eficazes e responsáveis, o que frontalmente desacorda com o Decreto n.^o 9.759/19, confrontando-se, ainda, ao direito fundamental à boa administração pública, a qual deve traçar ações conscientes das suas consequências, eficazes quanto aos seus atos e eficientes no que tocam às decisões.

A atuação da Administração Pública deve corroborar para os objetivos e garantias constitucionais, em especial a democracia cada vez mais participativa e inclusiva, e não na contramão disto. Nesse sentido “faz necessária uma contínua melhoria das instituições democráticas, com aprimoramento, simultaneamente, do exercício de políticas sociais e o estabelecimento de metas e resultados que possam ser verificáveis e monitoráveis”¹⁹.

É inconcebível que se viva em um Estado Democrático de Direito no qual a democracia não se efetive de forma continuada, na qual a democracia permeia apenas 4 (quatro) anos, direcionando-se apenas ao período do mandato eletivo, pautada por políticas de governo e não por políticas de Estado, instante em que as políticas públicas “são, na realidade, programas constitucionais que incumbe ao agente público implementar, de maneira estilisticamente nuancada, mas sem retrocesso”²⁰. Necessário que haja continuidade do trabalho desenvolvido por políticas públicas: encontra-se nesta continuidade a riqueza deste instrumento.

A revogação do decreto n.^o 8.243 que instituía a Política Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social acarreta na extinção de pelo menos 35 (trinta e cinco) órgãos colegiados, conforme parecer ministerial acostado aos autos da ADI n.^o 6.121²¹, inviabilizando a eficácia social dos direitos do cidadão. Não se pode tolerar, sob qualquer hipótese, “discrpcionariedade distraída do

¹⁹ Calou de Araújo e Mendonça, Maria Lírida; Augusto de Oliveira Júnior, Vicente de. “O processo de burocratização da Administração Pública brasileira, as transformações do regime dos servidores públicos, e o direito fundamental à boa administração pública”, en Coelho da Silva Filho, Arnaldo; Calou de Araújo e Mendonça, Maria Lírida e; Mauricius Holanda, Marcus (Coords.): *Administração Pública e Tributação no Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017. p. 114.

²⁰ Freitas, 2015, p. 202.

²¹ Supremo Tribunal Federal, 2019, online.

direito fundamental à boa administração pública e dos seus fins entrelaçados”²². Contudo, é o que se verifica: retrocesso no que toca ao incremento de políticas públicas participativas.

Trata-se de postura executiva, inicialmente, e judicial, *a posteriori*, antidemocrática, unilateral e alheia à Constituição vigente, em via amplamente contraditória aos contornos conferidos aos atos administrativos contemporâneos, como alhures mencionado. Não cabia ao Poder Judiciário esquivar-se de reconhecer tal falha, em sua completude, o que acabou por fazer.

O Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria Geral da República, através dos Coordenadores de Câmara e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, já havia exarado Nota Pública²³ no sentido de realizar ponderações e considerações, manifestando preocupação acerca dos efeitos práticos do referido decreto presidencial, o que volta a fazer nos autos da ADI n.º 6.121, afirmando que o referido decreto deixou de observar

[...] a corresponsabilidade da sociedade civil na formulação de políticas públicas, inter-relação que está delineada na Constituição Federal, especialmente nos arts. 194-VII (seguridade social); 198-III (saúde); art. 204-II (assistência social); 205 (educação); 215 (cultura); 216-§1.º (proteção ao patrimônio histórico e cultural); 227-II (pessoas portadoras de deficiência); 230 (direitos do idoso); e 232 (índios).²⁴

Há, portanto, essencialmente no que toca aos temas constitucionalmente assegurados, e ressaltados pelo Ministério Público Federal, assim como todos aqueles direcionam-se às perspectivas de defesas dos direitos humanos, afronta e inconstitucionalidade material do decreto n.º 9.759/19, como supra afirmado.

É necessário se discutir por meio de instrumentos de participação, o que justifica a reação jurídica a tal medida extintiva. Tal supressão busca enfraquecer políticas públicas, a participação popular e a existência dos movimentos sociais, assim como os processos coletivos decisórios. Considera-se que o sentido oposto engrandeceria o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito brasileiro que possui dentre suas características uma Administração Pública dialógica²⁵, no qual “o reconhecimento do direito fundamental à boa administração é o contraponto da

²² Freitas, *op. cit.*, p. 204.

²³ Ministério Público Federal, 2019, *online*.

²⁴ Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*.

²⁵ Márcio Ribeiro Lima, Raimundo. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 111.

constatação da relevância da função administrativa na concretização dos direitos fundamentais e da necessidade de permanente aperfeiçoamento das políticas públicas”.²⁶

Trata-se de aperfeiçoamento daquilo que se iniciou antes mesmo da CRFB/88, Constituição esta que universalizou e descentralizou políticas públicas, que criou mecanismos de participação popular. A proliferação destes mecanismos não significa letargia ou entrave para os processos decisórios. Trata-se de outra questão: a gestão eficiente e efetiva pode se comprometer com processos participativos, instante em que os próprios processos participativos podem e devem ser aperfeiçoados. Contudo, não se pode admitir, que pautado em argumentos de desburocratização e critérios de economicidade se ponha fim a construções sociais de décadas, indo de encontro ao princípio da eficiência e em conflito direto aos objetivos e metas traçados pela Organização das Nações Unidas.

Necessário atentar para os efeitos considerando-se o desdobramento que pode ocorrer em face de decisão arbitrária e imprópria pode acarretar em outros espaços. São construções coletivas da sociedade organizada e do poder público, a exemplo dos orçamentos participativos, os conselhos de política públicas, comitês de causas e bandeiras, tratando-se todos de demandas específicas, o que fez com que se garantisse conquistas sociais brasileiras em torno dos últimos anos.

Não se tratam de polarizações partidárias, não se tratam de ideologias distintas, trata-se da essência do Estado Democrático de Direito, de fundamento da participação popular da democracia direta e de instrumento de controle social que estão sendo ceifados.

Conclusão

A conjuntura social e as perspectivas que se almejam em face de políticas públicas de Estado, e não de governo, trazem consequências irremediáveis. Quando se trata de gerir para o público é, no mínimo, instigante a perspectiva, quando se

²⁶

Figueira de Melo, Luiz Carlos; Rosiére de Oliveira, Marcella. “O perfil da Administração Pública no século XXI: uma releitura à luz dos direitos fundamentais” en *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 5, n. 2, 2018, São Paulo, Universidade de São Paulo, pp. 97-118. p. 116.

considera a conjuntura democrática, de se planejar em conjunto com este, o público, as ações voltadas a eles próprios. Trata-se da dialogicidade administrativa, da administração democrática, da perspectiva de gestão compartilhada, em que os aspectos políticos são, em certa medida, desconsiderados em sua perspectiva individualista, para fins de se atingir o objetivo social.

Verificou-se total descompasso jurídico quando da edição do decreto n.^º 9.759/19 às perspectivas administrativas de democratização da Administração Pública em face da participação popular na gestão social, em especial no que toca às políticas públicas dialógicas, descompasso mantido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da medida cautelar em sede da ADI n.^º 6.121/19, o que mantém receios jurídicos e sociais no que toca às consequências práticas de referido ato normativo.

O decreto n.^º 9.759/19 caracteriza-se em latente retrocesso nas vias de participação social em face da restrição na participação democrática brasileira em políticas públicas nas quais a essência prega pelo comportamento totalmente contraditório, o que aproxima da ineficiência estatal, disruptivo ao apregoado pela CRFB/88 e pela Organização das Nações Unidas. Trata-se, portanto de ato normativo materialmente inconstitucional, especificamente por afronta aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil previstos nos artigos 1^º ao 4^º da CRFB/88, em especial a democracia participativa, mantendo o quadro de total instabilidade e insegurança jurídica no país.

O direito fundamental à boa administração pública fica relegado à fábula jurídica, a evolução do Direito Administrativo e todo seu arcabouço jurídico-doutrinário, normativo e legislativo parece ser desconsiderado, inicialmente por um Executivo o qual se mostrou descompromissado com os anseios democráticos, dialogas e participativas e por um Judiciário que, por ora, não cumpriu sua missão de pacificar a sociedade.

Referências

Binenbojm, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

Calou de Araújo e Mendonça, Maria Lírida; Augusto de Oliveira Júnior, Vicente de. “O processo de burocratização da Administração Pública brasileira, as transformações do regime dos servidores públicos, e o direito fundamental à boa administração pública”, en Coelho da Silva Filho, Arnaldo; Calou de Araújo e Mendonça, Maria Lírida

e; Mauricius Holanda, Marcus (Coords.): *Administração Pública e Tributação no Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 ago 2019.

Decreto n.º 8.243 de 23 de maio de 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8243.htm. Acesso em 10 ago 2019.

Decreto n.º 9.759 de 11 de abril de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm. Acesso em 10 ago 2019.

Decreto n.º 9.812 de 30 de maio de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9812.htm#art1 Acesso em 10 ago 2019.

Figueira de Melo, Luiz Carlos; Rosiére de Oliveira, Marcella. “*O perfil da Administração Pública no século XXI: uma releitura à luz dos direitos fundamentais*” en *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 5, n. 2, 2018, São Paulo, Universidade de São Paulo, pp. 97-118.

Freitas, Juarez. “*As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração*”, en *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 35, n. 1, 2015, Fortaleza, Universidade Federal do Ceará, pp. 195-217.

Márcio Ribeiro Lima, Raimundo. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.

Ministério Público Federal: Nota Pública de 16 de abril de 2019. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-publica-decreto-9-759.pdf/view>. Acesso em 10 ago 2019.

Organização das Nações Unidas: *Agenda 2030*. Plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade de 13 de outubro de 2015. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em 10 ago 2019.

Supremo Tribunal Federal: Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.121. Decisão judicial de 16 de abril de 2019. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultaProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5678906>. Acesso em 10 ago 2019.

13. RECURSOS PÚBLICOS E COTAS DE GÊNERO REEXAMINADOS

PUBLIC RESOURCES AND GENDER QUOTAS REEXAMINED



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-13>

Wagner Zaclikevis¹

Resumo

Um dos principais desafios da democracia é assegurar representatividade aos grupos sociais. Uma das ferramentas utilizadas para tanto é a política afirmativa, que visa reequilibrar um quadro de desigualdade de capacidades. Dentro do sistema político eleitoral brasileiro se adotou as cotas de gênero, o qual na prática acaba por se destinar às candidaturas femininas. Esse mecanismo serviu para conduzir o Supremo Tribunal Federal a reconhecer que a distribuição de recursos públicos para as campanhas eleitorais femininas se deve dar de forma proporcional ao número de candidatas. Contudo a arena política é dominada pela racionalidade masculina e um modo de operação oligárquico. Esse conjunto de fatores leva a um sistema autopoietico de manutenção de incapacidades e privilégios. Nesse cenário somente garantir uma igualdade material de recursos financeiros públicos não se mostra suficiente para garantir um reequilíbrio de capacidades entre candidatos, especialmente quando os partidos políticos são geridos por homens que visam a manutenção do sistema. Nesse cenário há um grave risco de as candidatas serem vistas como reservas financeiras para as campanhas eleitorais, relegando às mesmas desde candidaturas fictícias a cargos de baixa representatividade.

Palavras-chaves: Cotas de gênero. Recursos Públicos. Capacidade eleitoral.

Abstract

One of the main challenges of democracy is to ensure representativeness to social groups. One of the tools used for this is the affirmative policy, which aims to rebalance

¹ Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Curitiba(2013), especialização em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar(2014), especialização em Direito Eleitoral pela Universidade Positivo(2015) e ensino-medio-segundo-grau pela Sociedade São José de Ensino - Colegio Ideal/Pilares(2007). Atualmente é Sócio da LZ Advogados e Mestrando do Centro Universitário Autônomo do Brasil. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em DIREITO ELEITORAL. Atuando principalmente nos seguintes temas:Cota de gênero.

a framework of inequality of capabilities. Within the Brazilian electoral political system, gender quotas were adopted, which in practice is intended for female candidates. This mechanism served to lead the Federal Supreme Court to recognize that the distribution of public resources for women's electoral campaigns should be proportional to the number of candidates. However, the political arena is dominated by male rationality and an oligarchic mode of operation. This set of factors leads to an autopoietic system of disability and privilege maintenance. In this scenario only ensuring a material equality of public financial resources is not sufficient to guarantee a rebalancing of capacities among candidates, especially when political parties are run by men who seek to maintain the system. In this scenario there is a serious risk that women will be seen as financial reserves for election campaigns, relegating them from fictitious candidatures to positions of low representation.

Keywords: Gender quotas. Public Resources. Electoral capacity.

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise sobre as cotas de gênero para as candidaturas e um correlato com a distribuição de recursos públicos consistentes em Fundo Partidário e Fundo Especial de Financiamento de Campanha, por meio, especialmente, de uma revisão bibliográfica sobre o tema.

Para tanto, no capítulo 2 se busca identificar a finalidade das cotas de gênero em um espaço político dominado por um modo de operação e racionalidade masculina e algumas raízes desse contexto.

No capítulo 3, por meio de dados estatísticos, busca-se demonstrar que os líderes partidários que em regra possuem poder de gerência dentro da agremiação possui uma alta taxa de reeleição, criando um sistema autopoietico de oligarquias masculinas partidárias.

Frente a esse cenário, o Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade trouxe uma nova interpretação conforme a Constituição em relação a distribuição de recursos públicos para as campanhas femininas. Aspira-se, no capítulo 5, verificar se tal interpretação é suficiente para satisfazer os requisitos da política de afirmativa de gênero em seara eleitoral, por meio de uma visão de equilíbrio de capacidades.

Ao final, serão realizadas algumas considerações sobre o presente, no intuito de incrementar o debate existente na comunidade acadêmica com algumas prospecções fáticas sobre a realidade brasileira.

2 A finalidade das cotas de gênero

Em que pese não ser o tema central do presente artigo, tem-se que fazer uma rápida contextualização sobre as cotas de gênero para as candidaturas e como isso interferirá na distribuição de recursos públicos para as campanhas, em especial das candidatas.

Há uma farta literatura demonstrando que o cenário político resta construído de forma a privilegiar a figura masculina, em virtude dos mais diversos traços culturais². Luciana Panke e Sylvia Iasulaitis, por meio da análise de campanhas de candidatas que obtiveram êxito, demonstram que “Em sociedades regidas por matrizes culturais atravessadas por relações assimétricas de gênero, é um desafio para as mulheres destacarem-se em um universo predominantemente masculino como é a política”³.

Essa observação detecta que culturalmente às mulheres é reservado o espaço privado, preferencialmente o doméstico e familiar, enquanto aos homens, seria destinado o espaço público, em especial os cargos de liderança política.

Dentro do cenário político ainda há a sobreposição da figura masculina, que permeia os debates e impõe a sua decisão num ambiente que o favorece. Segundo Diana Patrícia Câmara⁴, esse mundo é impregnado de preconceitos e machismo, não permitindo que as mulheres ocupem lugares de decisão.

² Conforme esclarece Ana Claudia Santano (“A naturalização da cultura machista como um forte bloqueio à participação feminina na política”, em BERTOTTI, Bárbara Mendonça et al. (Orgs.) *Gênero e resistência*, vol. 1: memórias do II encontro de pesquisa por/de/sobre mulheres, 2019, Porto Alegre: Editora Fi, pp. 37-64. p. 39): “[...] há um importante bloqueio para a participação das mulheres na política que escapa à legislação referente às cotas de gênero ou do sistema eleitoral, que é o fator cultural, antiquado e vindo desde grupos conservadores que alimentam falsas crenças sobre as mulheres, como os estereótipos sobre família, comportamento social e sexual e tantos outros. Há farta literatura que aborda as barreiras eleitorais das mulheres desde o ponto de vista da legislação, das estruturas internas dos partidos, ou do sistema eleitoral.”

³ PANKE, Luciana; IASULAITIS, Sylvia. “Mulheres no poder: aspectos sobre o discurso feminino nas campanhas eleitorais”, em *Opinião Pública* (online), vol. 22, nº 2, 2016, Campinas, pp. 385-417. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/op/v22n2/1807-0191-op-22-2-0385.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2019. p. 410.

⁴ CÂMARA, Diana Patrícia. “Democracia paritária intramuros”, em FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.), *Tratado de Direito Eleitoral*, Tomo 2: Direito Partidário, 2018, Belo Horizonte: Fórum, pp. 343-354.

O espaço político foi construído por homens com práticas que facilitam seu acesso e desenvolvimento. Luciana Panke constatou muito bem alguns desses fatores que dificultam a candidatura feminina:

A política, enquanto território de disputas de poder e majoritariamente masculino, está formada por dinâmicas dos homens: horários, modos de atuação, de negociação. (...)

As principais barreiras para entrada das mulheres são: conseguir apoio no partido, financiamento de campanha, obter uma equipe de confiança (alcançar preparação de media training, leis, comunicação) e superar o machismo oriundo de homens e mulheres (ao sair para uma campanha), ter força para enfrentar as pressões inerentes ao embate e as pressões oriundas de sociedades que desvalorizam a presença da mulher nesses espaços).⁵

Vê-se que essa ausência da mulher no universo político se deve, em muito, pelo fato delas terem sido um dos últimos contingentes sociais a ingressar nessa seara. Nesse ponto Robert Dahl⁶ esclarece que até 1918, a metade da população, as mulheres, estava excluída do pleno direito de cidadania.

Amartya Sen⁷ ao discorrer sobre a discriminação de gêneros e as ilusões posicionais percorre o mesmo caminho, demonstrando que a disparidade (no mundo político) entre homens e mulheres ao se tornar algo habitual, passa a ser considerado como legítimo e até mesmo razoável.

Sen prossegue colocando que ocorre, ainda que de forma involuntária, uma adaptação das expectativas e percepções da própria mulher sobre seu papel na sociedade, fazendo com que as desigualdades venham a se perpetuar.

Nesse contexto, faz-se necessária uma revisão do modo como se dá a formação de quadros femininos competitivos eleitoralmente e o avivamento do interesse político além do financiamento da campanha de mulheres.

Conforme Diana Câmara explica, “é necessário que haja uma correção nesta conjuntura para que as mulheres, além de comemorar o direito de votar e se votada, possam, de fato, fazer parte da política de forma significativa e construtiva”⁸.

⁵ PANKE, Luciana. *Campanhas eleitorais para mulheres: desafios e tendências*. Curitiba: UFPR, 2016. p. 67.

⁶ DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 13.

⁷ SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

⁸ CÂMARA, op. cit. p. 347.

María Teresa Guzmán Robledo⁹, ao discorrer sobre a reforma constitucional mexicana de 2014 que implementou o sistema de igualdade de gêneros para os cargos legislativos, demonstra que o primeiro passo para avançar no desenvolvimento do tema de igualdade de gênero na política é reconhecer a desigualdade, para no segundo momento passar a criar instrumentos que viabilizem a equidade.

Nesse cenário surge as denominadas cotas de gênero como um modelo de ação afirmativa, que acabam na prática, em serem cotas femininas exigíveis dos partidos políticos de participação feminina.

No Brasil, esse sistema de cotas se encontra disposto no art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97, o qual obriga que no mínimo 30% do número total de candidatos seja de um sexo e no máximo 70% de outro. O Tribunal Superior Eleitoral já definiu que na verdade essa cota é de gênero e não de sexo, por meio de Consulta¹⁰.

Marcelo Roseno de Oliveira¹¹ traz a necessidade de um igualitarismo eleitoral através da compensação das desigualdades no campo das disputas eleitorais, visto que tratar os competidores eleitorais de forma isonômica, perpetua a falta de equidade, haja vista que os candidatos já partem para a disputa em condições desiguais.

E isso vem se concretizando com o atual sistema de cotas, o qual vem se demonstrando ineficiente como incentivo à participação de mulheres na disputa eleitoral, sem denotar um aumento significativo na representatividade feminina nos cargos políticos¹².

⁹ ROBLEDO, María Teresa Guzmán. “Equidadade de género en la reforma político-electoral de la constitución mexicana (2014)”, em *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, vol. 4, n. 2, 2015, Curitiba, pp. 295-318.

¹⁰ Tribunal Superior Eleitoral: Consulta nº 0604054-5, sentença de 1 de março de 2018. “1) ‘A expressão ‘cada sexo’ mencionada no artigo 10, parágrafo 3º, da Lei 9.504/97 refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina. Para tanto, devem figurar como tal nos requerimentos de alistamento eleitoral, nos termos estabelecidos pelo artigo 91, caput, da Lei das Eleições, haja vista que a verificação do gênero para o efeito de registro de candidatura deverá atender aos requisitos previstos na Resolução TSE 21.538/2003 e demais normas de regência’; [...]”

¹¹ DE OLIVEIRA, Marcelo Roseno. “Igualitarismo eleitoral: por uma força de efeito ótima ao princípio de oportunidades nas competições eleitorais”, em FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.), *Tratado de Direito Eleitoral*, Tomo 1: Direito Constitucional Eleitoral, 2018, Belo Horizonte: Fórum, pp. 355-376.

¹² FREITAS, Juliana Rodrigues; COËLHO, Lorraine Ferreira. “Eleições municipais 2016 e a frustração diante da inoperância do sistema de cotas”, em SALGADO, Eneida Desiree; KREUZ, Letícia Regina Camargo; BERTOTTI, Bárbara Mendonça (Orgs.), *Mulheres por mulheres: memórias do I Encontro de Pesquisa por/de/sobre Mulheres*, 2018, Porto Alegre: Editora Fi, pp. 35-54.

3 Dinheiro e eleição

A ausência de efetividade das cotas de gênero se explica, em parte, por um dos fatores que possuem interferência direta no êxito eleitoral: recursos financeiros.

Bruno Carazza demonstra em sua obra que há uma ligação direta entre o montante arrecadado na campanha eleitoral com o êxito eleitoral. Ressalta-se, inclusive, o alto custo de uma campanha, sendo que “Diante de tamanhos custos, é de esperar, portanto, que a arrecadação seja um fator determinante para um cidadão ser eleito no Brasil.”¹³

Da análise de dados das eleições de passadas, Carazza demonstra que os chamados líderes partidários que já possuem mandatos eletivos possuem uma taxa de reeleição superior aos demais candidatos, sendo assim em 2002 (68,9% x 84,6%), em 2006 (79,9% x 84,4%) e em 2010 (69,2% x 89,7%)¹⁴. Isso se justificaria, em parte, porque esses “líderes partidários têm grande ascendência sobre seus correligionários e alcançam visibilidade midiática e controle da estrutura partidária (...) é de esperar, então, que atraiam mais doações (...).”¹⁵

Não por outro motivo, Manuel Castells traz que para o pleno funcionamento da democracia liberal há de se excluir o poder econômico na condução dos assuntos públicos, bem como traz que a atual crise do sistema democrático tem uma de suas raízes nos oligopólios partidários¹⁶.

Ou seja, o sistema político criou uma estrutura autopoietica que acaba por colocar, mais uma vez, as mulheres em condições desiguais com os homens, inclusive dentro da estrutura partidária.

Essas agremiações são beneficiárias de recursos públicos que podem ser utilizados em campanhas eleitorais. Trata-se, em verdade, do denominado Fundo Partidário, previsto no art. 38, da Lei nº 9.096 de 1995, e o Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previsto no art. 16-C, da Lei nº 9.504 de 1997.

A distribuição desses recursos entre os partidos políticos se dá em conformidade com seu desempenho eleitoral, mas a distribuição desses recursos

¹³ CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, eleições e poder: As engrenagens do sistema político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p.101.

¹⁴ Ibid, p. 137.

¹⁵ Ibid, p. 136.

¹⁶ CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

públicos entre os candidatos do partido é realizada por meio de decisão interna da agremiação, havendo algumas normas legais a serem observadas.

Dentro dessas normas, destaca-se o art. 9º da Lei nº 13.165 de 2015:

Art. 9º Nas três eleições que se seguirão à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

Ou seja, com a publicação da Lei nº 13.165 de 2015, passou-se a ter um cenário no qual ao menos 30% das candidaturas efetivas devem corresponder ao gênero feminino, enquanto o recurso público do Fundo Partidário poderia ser destinado a essas candidaturas num percentual que variasse entre 5% e 15%.

Desde o começo se observa que essa não é uma arena de igualdade entre homens e mulheres, tanto que a legislação passou a permitir expressamente que um partido tivesse uma chapa de candidatos onde 30% fosse do gênero masculino e pudesse alocar 95% do Fundo Partidário (recursos públicos) nesses candidatos.

Mas o inverso jamais poderia ocorrer, pois ainda que o Partido tivesse uma chapa onde o gênero feminino correspondesse a 70% dos candidatos, os recursos públicos do Fundo Partidário não poderiam ultrapassar o montante de 15% para as candidatas.

Instado a se manifestar sobre esse cenário, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617¹⁷, confirmou que os recursos públicos recebidos pelas agremiações partidárias devem guardar proporcionalidade com a cota de gênero nas campanhas eleitorais. Veja-se a ementa do referido Acórdão:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 9º DA LEI 13.165/2015. FIXAÇÃO DE PISO (5%) E DE TETO (15%) DO MONTANTE DO FUNDO PARTIDÁRIO DESTINADO AO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS PARA A APLICAÇÃO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATAS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À IGUALDADE E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617. Acórdão de 15 de março de 2018.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar as alegações de inconstitucionalidade de norma, deve fixar a interpretação que constitucionalmente a densifique, a fim de fazer incidir o conteúdo normativo cuja efetividade independe de ato do Poder Legislativo. Precedentes.
2. O princípio da igualdade material é prestigiado por ações afirmativas. No entanto, utilizar, para qualquer outro fim, a diferença estabelecida com o objetivo de superar a discriminação ofende o mesmo princípio da igualdade, que veta tratamento discriminatório fundado em circunstâncias que estão fora do controle das pessoas, como a raça, o sexo, a cor da pele ou qualquer outra diferenciação arbitrariamente considerada. Precedente do CEDAW.
3. A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, pois é precisamente na artifiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres.
4. Ação direta julgada procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três” contida no art. 9º da Lei 13.165/2015; (ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes seja alocado na mesma proporção; (iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/95.

O Supremo Tribunal Federal por meio de uma interpretação conforme à Constituição Federal trouxe a obrigatoriedade de que os partidos políticos destinem a aplicação dos recursos públicos (Fundo Partidário e Fundo Especial de Financiamento de Campanha) recebidos sejam destinados às campanhas de candidaturas femininas na proporção que essas ocupam na chapa, impedindo que esse montante seja inferior a 30%.

Contudo, a ausência de uma melhor regulamentação de como pode se dar a utilização desses recursos públicos pode levar a sérias dúvidas se essa medida adotada foi suficiente para solucionar o problema da distribuição de recursos financeiros públicos entre candidatos e candidatas.

4 Problema solucionado?

Nas eleições gerais de 2018, trinta e quatro partidos lançaram candidatos aos

mais diversos cargos. Em levantamento realizado pelo jornal “O Globo”¹⁸, desses, apenas 15 cumpriram integralmente a cota feminina, destinando os recursos de forma proporcional às candidatas aos cargos proporcionais, oito não cumpriram a cota e outros 11 partidos somente alcançam a cota quando somado as candidatas a Vice (de Presidente ou Governador) ou as candidatas a suplentes de Senador.

Para o presente trabalho, fica-se somente com os casos em que os partidos alcançariam a cota quando somado as candidatas a vice e suplentes.

Alguns partidos alegam que cumpriram a cota de gênero na medida que destinaram às candidatas a Vice-Presidente recursos públicos, sendo que o candidato titular em todos os casos eram homens. Em outros partidos, foi contabilizado para a cota de gênero os recursos destinados às candidatas a suplentes de Senador, o qual o titular também era do gênero masculino.

Nesses casos, os recursos públicos destinados para a campanha foram em prol da política afirmativa do gênero feminino, ainda que o beneficiário direto, o titular do cargo, fosse um homem.

Não se nega a importância dos cargos, nem o valor que representa uma mulher alcança-los, o que se ressalta é o fato de que, em última instância, o beneficiário direto da política de ação afirmativa ser um homem.

Para tornar mais claro o exemplo, imaginemos uma candidata a segunda suplente de senador, na qual a chapa é integrada por um titular e um primeiro suplente, ambos homens. Não seria difícil imaginar que a candidata a segunda suplente fosse escolhida não para o fim de aumentar a representatividade feminina, mas sim como uma reserva de recursos públicos para a campanha.

Pode-se trazer outro exemplo, uma candidata a Deputada Federal pode utilizar o recurso público que recebeu para fazer material para um outro candidato a Deputado Estadual homem, e ainda assim estaria cumprido a cota de gênero.

Ou seja, no atual cenário a igualdade resta preenchida com a mera destinação de recursos públicos para a conta de campanha de candidatas, sem uma aferição de seu uso e sem uma preocupação com a questão da representatividade feminina.

O que esses casos nos mostram é que a igualdade utilizada para a determinação dessa política afirmativa de gênero é uma igualdade material, como se todos os

¹⁸ Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/so-15-de-35-partidos-cumpriram-cota-de-verba-para-candidaturas-femininas-na-eleicao-23243747>>. Acesso em 20 ago. 2019.

participantes do jogo político-eletivo estivessem em pé de igualdade, não resolvendo o real problema que as ações afirmativas buscam solucionar na seara política.

As ações afirmativas devem encarar a igualdade (aqui de distribuição de recursos públicos) não a partir de uma premissa de justiça como equidade, mas sim se aproximando da teoria de Amartya Sen¹⁹, buscando entender o porquê da igualdade e qual igualdade dentro do espaço político.

A cota de gênero na destinação dos recursos públicos para as campanhas eleitorais busca, em última análise, equilibrar a capacidade das candidatas com os candidatos, tendo em vista que o sistema autopoietico político cria uma barreira para a verdadeira participação feminina.

Ricardo González Dorfman atento a essa questão, traz como deve funcionar um Sistema Financeiro Político, em conformidade com as capacidades dos candidatos (tradução livre):

E precisamente um SFP é considerado equitativo quando regula recursos de campanha a fim de garantir condições iguais para escolher e ser eleito. Tal regulação implica a restrição de recursos que prejudiquem ou possam prejudicar a igualdade de condições, bem como a estimulação dos recursos que os favorecem.²⁰

Voltando-se à tese de Sen, resta claro que o que se deve igualar é a capacidade entre os candidatos e candidatas, e a permissão ampla conforme temos hoje deixa pouco espaço para esse equilíbrio, ainda mais quando em sua maioria os partidos que destinam os recursos estão sob o comando de um oligopólio masculino.

Minoradas essas diferenças de capacidade, iniciar-se-á uma liberdade, quiçá efetiva, das candidatas em buscarem suas eleições, com o aumento gradativo de representantes com poderes decisórios.

Nesse sentido, Eliane Bavaresco Volpato e Claudia Afanio, demonstram que as ações afirmativas são um primeiro passo para se desconstruir a hegemonia masculina

¹⁹ SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

²⁰ DORFMAN, Ricardo González. “*El financiamiento político en la región americana. Hacia un sistema que preserve la equidad y la transparencia electoral*”, em *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciéncia política*, vol. 4, n. 2, 2015, Curitiba, pp. 319-344. p. 325. Original: “Y precisamente un SFP se considera que es equitativo cuando regula los recursos de las campañas a fin de garantizar la igualdad de condiciones para elegir y ser elegido. Dicha regulación implica la restricción de aquellos recursos que perjudican o pueden perjudicar la igualdad de condiciones, así como la estimulación de los recursos que las favorecen.”

que se vê como legítima e razoável atualmente, para que as mulheres passem a ter uma nova concepção, conheçam efetivamente a possibilidade de novas escolhas:

Todavia, a questão não se resume ao tratamento igual, que deve ser dado às pessoas independentemente de seu gênero na sociedade. As ações afirmativas que visam diminuir desigualdades na participação política objetivam uma representatividade mais verdadeira, no sentido de que espelhe, na forma mais correspondente possível, os anseios das minorias, em especial nas ações políticas e nas propostas governamentais.²¹

Não se pretende que a política de ação afirmativa seja um “mecanismo fim e único, mas (...) um pontapé para que a sociedade reveja a desigualdade nela existente.”²²

Visa-se um aumento da representatividade feminina em cargos que tenham verdadeiro poder decisório para romper com o atual ciclo vicioso, o qual se alimenta da incapacidade imposta às mulheres.

Polianna Pereira dos Santos e Rozanny Ribeiro Figueiredo sintetizam a importância de se dar efetividade a essa política de cotas:

A modificação nesse quadro de baixa representatividade, além de absolutamente necessária para cumprir nossos princípios constitucionais e para efetivação dos direitos políticos das mulheres, será benéfica para toda a população. Para as mulheres, que se veem representadas e passam a se reconhecer nesses diferentes espaços de poder. Para os homens, permitindo reconhecer em termos reais e efetivos que a mulher tem iguais direitos de participar da discussão e das decisões referentes à esfera pública. Uma sociedade em que as mulheres conheçam seu poder, suas capacidades e potencialidades, que se reconheçam nos mais diferentes espaços na sociedade, em que os homens reconheçam essas mesmas capacidades e potencialidades nas mulheres, e as respeitem da mesma forma que respeitam os outros homens, pode, entre outras coisas, se tornar uma sociedade menos violenta.²³

²¹ AFANIO, Claudia; VOLPATO, Eliane Bavaresco. “A questão da ineficácia das ações afirmativas previstas no inciso V, artigo 45, da Lei dos Partidos Políticos e no § 3º, artigo 10, da Lei nº 9.504/1997”, em *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, vol. 5, n. 3, 2016, Curitiba, pp. 393-411. p. 400.

²² CÂMARA, op. cit. p. 352.

²³ SANTOS, Polianna Pereira dos; FIGUEIREDO, Rozanny Ribeiro. “Direitos Políticos da Mulher no Brasil e Democracia: Voto, Candidatura e Eleição”, em AMARAL, Paulo Adyr Dias do; RODRIGUES, Raphael Silva. (Org.), *CAD 20 anos: Tendências Contemporâneas do Direito*, v. 1, 2017, Belo Horizonte: D'Placido, 2017. Disponível em <https://www.academia.edu/38291432/Fraude_%C3%A0_cota_de_g%C3%A3nero_como_fraude_%C3%A0_lei_Os_problemas_conceituais_e_procedimentais_decorrentes_do_combate_%C3%Aos_candidaturas_femininas_fict%C3%ADcias>. Acesso em 22 ago. 2019.

O respeito à política afirmativa de cotas de gênero refletida na distribuição de recursos públicos para as campanhas eleitorais é uma das (in)capacidades que devem ser repensadas para o alcance de uma representatividade feminina que coloquem as mulheres em condições de igualdade com os homens no âmbito político.

Conclusões

Não se tem a pretensão de esgotar o presente tema, mas fez-se apontamentos necessários para demonstrar que o sistema político brasileiro, como posto, cria uma distorção de representatividade, privilegiando aquilo que se pode denominar oligarquias masculinas partidárias.

O comando sobre o partido político já refletia em uma alta taxa de recondução aos cargos eletivos, surgindo agora a questão dos recursos públicos que são destinados aos candidatos em conformidade com a decisão das agremiações partidárias.

Se a cota de gênero estabelecida como política afirmativa serviu como fio condutor para a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617, impõe-se uma revisão nos moldes dessa distribuição de recursos públicos, de forma a equilibrar o jogo e reestabelecer um quadro de capacidade financeira eleitoral.

Caso contrário, há um latente risco de candidatas passarem a serem vistas como meras reservas financeiras de campanha, passando a ocupar cargos de baixa visibilidade e pouco poder decisório, ou até mesmo, utilizadas para financiar a campanha de outros candidatos homens.

A busca por uma paridade de capacidades entre homens e mulheres não se resolve somente com a devida destinação de recursos públicos, mas não se pode negar que necessitamos de um reexame sobre esse tema para, ao menos, diminuir uma desigualdade que interfere diretamente no desempenho eleitoral.

Referências

AFANIO, Claudia; VOLPATO, Eliane Bavaresco. “A questão da ineficácia das ações afirmativas previstas no inciso V, artigo 45, da Lei dos Partidos Políticos e no § 3º, artigo 10, da Lei nº 9.504/1997”, em *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, vol. 5, n. 3, 2016, Curitiba, pp. 393-411.

CÂMARA, Diana Patrícia. “Democracia paritária intramuros”, em FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ,

Luiz Eduardo (Org.), *Tratado de Direito Eleitoral*, Tomo 2: Direito Partidário, 2018, Belo Horizonte: Fórum, pp. 343-354.

CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, eleições e poder: As engrenagens do sistema político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DE OLIVEIRA, Marcelo Roseno. “*Igualitarismo eleitoral: por uma força de efeito ótima ao princípio de oportunidades nas competições eleitorais*”, em FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.), *Tratado de Direito Eleitoral*, Tomo 1: Direito Constitucional Eleitoral, 2018, Belo Horizonte: Fórum, pp. 355-376.

DORFMAN, Ricardo González. “*El financiamiento político en la región americana. Hacia un sistema que preserve la equidad y la transparencia electoral*”, em *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, vol. 4, n. 2, 2015, Curitiba, pp. 319-344.

FREITAS, Juliana Rodrigues; COÊLHO, Lorraine Ferreira. “*Eleições municipais 2016 e a frustração diante da inoperância do sistema de cotas*”, em SALGADO, Eneida Desiree; KREUZ, Letícia Regina Camargo; BERTOTTI, Bárbara Mendonça (Orgs.), *Mulheres por mulheres: memórias do I Encontro de Pesquisa por/de/sobre Mulheres*, 2018, Porto Alegre: Editora Fi, pp. 35-54.

IASULAITIS, Sylvia; PANKE, Luciana. “*Mulheres no poder: aspectos sobre o discurso feminino nas campanhas eleitorais*”, em *Opinião Pública* (online), vol. 22, nº 2, 2016, Campinas, pp. 385-417.

PANKE, Luciana. *Campanhas eleitorais para mulheres: desafios e tendências*. Curitiba: UFPR, 2016.

ROBLEDO, María Teresa Guzmán. “*Equidad de género en la reforma político-electoral de la constitución mexicana (2014)*”, em *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, vol. 4, n. 2, 2015, Curitiba, pp. 295-318.

SANTANO, Ana Claudia. “*A naturalização da cultura machista como um forte bloqueio à participação feminina na política*”, em BERTOTTI, Bárbara Mendonça et al. (Orgs.) *Gênero e resistência*, vol. 1: memórias do II encontro de pesquisa por/de/sobre mulheres, 2019, Porto Alegre: Editora Fi, pp. 37-64.

SANTOS, Polianna Pereira dos; FIGUEIREDO, Rozanny Ribeiro. “*Direitos Políticos da Mulher no Brasil e Democracia: Voto, Candidatura e Eleição*”, em AMARAL, Paulo Adyr Dias do; RODRIGUES, Raphael Silva. (Org.), *CAD 20 anos: Tendências Contemporâneas do Direito*, v. 1, 2017, Belo Horizonte: D'Placido, 2017.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
_____. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617. Acórdão de 15 de março de 2018.

Tribunal Superior Eleitoral: Consulta nº 0604054-5, sentença de 1 de março de 2018.

14. DESAFIOS PARA UMA TECNODEMOCRACIA SUSTENTÁVEL: O CONTRASSENTO E O CASO DA FRENTE PARLAMENTAR EVANGÉLICA

CHALLENGES FOR SUSTAINABLE TECHNOLOGY: THE COUNTER-CASE AND THE CASE OF THE EVANGELICAL PARLIAMENTARY FRONT



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-14>

Marcus Mauricius Holanda¹

Rogério da Silva e Souza²

Resumo

O artigo tem por escopo a afirmação de direitos políticos como segmento da sustentabilidade tecnocrática em virtude de uma cultura ambientalmente democrática, cuja abordagem metodológica é livre e exploratória sobre a temática e do tipo bibliográfica com a reunião de teorias especializadas. A pesquisa esclarece o contexto fático insuficiente para demandar a um consenso de frentes parlamentares, manifestamente a Frente Parlamentar Evangélica (FPE), em face dos demais Poderes do Estado, ora em conchavos de autointeresse com o Poder Executivo, ora a sofrer a ingerência repressivo-jurisdicional por Parte do Executivo; na sequência reflete a necessidade de um paradigma conceitual para o que se vai chamar de sustentabilidade para uma cultura tecnodemocrática desenvolvida pela relação deontica de superação do modelo de domínio teológico assinalado FPE, contra abusos e contrassensos no espaço democrático de direito e apresenta três paradigmas originários para a sustentabilidade tecnodemocrática: i) um projeto de reeducação eleitoral, ii) condições éticas eleitorais ativas e passivas, iii) limitações de temas de certos de grupos autointeressados. Conclui-se que a arregimentação de uma cultura sustentável para uma tecnocracia democrática espelhas as realidades da hipermodernidade que deve

¹ Doutor em Direito Constitucional, Mestrado em Direito Constitucional Universidade de Fortaleza, Fortaleza-CE; Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPQ Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina – REPJAL, Professor - Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza, Brasil; marcusholanda@unifor.br.

² Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza Professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário Estácio do Ceará e do Centro Universitário da Fametro – Unifametro. de Fortaleza; rogeriojur@htomail.com.

avançar face ao desencantamento de movimentos parlamentares autointeressados que malfazejam o espaço democrático com plataformas políticas privatistas e desinteressadas do bem comum.

Palavras-chave: Sustentabilidade cultural. Tecnocracia. Democracia. Frente Parlamentar Evangélica. Responsabilidade.

Abstract

The article has as its scope the affirmation of political rights as a segment of technocratic sustainability due to an environmentally democratic culture, whose methodological approach is free and exploratory on the subject and the bibliographic type with the gathering of specialized theories. The research clarifies the insufficient factual context to demand a consensus of parliamentary fronts, manifestly the Evangelical Parliamentary Front (FPE), in face of the other Powers of the State, sometimes in conchavos of self-interest with the Executive Power, sometimes to suffer the repressive interference by the Executive; It then reflects the need for a conceptual paradigm for what will be called sustainability for a technodemocratic culture developed by the deontic relationship of overcoming the FPE-marked theological domain model, against abuses and countermeasures in the democratic space of law, and presents three original paradigms for techno-democratic sustainability: i) a project of electoral re-education, ii) active and passive electoral ethical conditions, iii) limitations of themes of certain self-interested groups. It follows that the regimentation of a sustainable culture for a democratic technocracy mirrors the realities of hypermodernity that must advance in the face of the disenchantment of self-interested parliamentary movements that disrupt the democratic space with disinterested, privatistic political platforms of the common good.

keywords: Cultural sustainability. Technocracy Democracy. Evangelical Parliamentary Front. Responsibility.

Introdução

Se o Direito é dever ser, que se deve fazer para afastar o fenômeno do abuso do poder eleitoral religioso em razão de uma cultura democrática ambiental sustentável a partir, sob o advento tecnológico?

Primeira coisa é o fato de que as instituições tem observado francamente o abuso do poder eleitoral em ordem crescente nas instituições religiosas sem se dar conta do domínio que avança da religião privada no espaço público, verdadeiro retorno ao Estado teocrático, por isso o controle repressivo jurisdicional por si só não se mostra eficaz e segunda coisa é que a ética individual não é moralmente forte para abstrair de si mesmo um processo de auto-engano ou dissimulação, senão simulação, nas práticas do abuso do poder religioso diante de uma tecnodeconomia sustentável na hipermodernidade.

O modelo reacionário conjectura que a conjunção de práticas individuais, civis e jurisdicionais, ou mesmo preventivas ou repressivas podem minimizar os efeitos do abuso do poder religioso eleitoral, a curto prazo, e a longo prazo afastá-lo. No entanto, diante das tensões e/ou oportunismos entre as frentes parlamentares, especialmente o da Frente Parlamentar Evangélica, no âmbito do Poder Legislativo e o Poder Executivo e ainda as formas de controle repressivo-jurisdicionais pelo Poder Judiciário à ilegitimidade das plataformas políticas contemporâneos, exsurge a exigibilidade de novas tendências tecnocráticas para arregimentar novos consensos mínimos, cuja problemática dá-se com a seguinte questão: como arregimentar processos tecnocráticos que possibilitem conteúdos mínimos para uma sustentabilidade cultural no espaço público tecnodemocrático?

Neste sentido a pesquisa apresenta na primeira parte o contexto das frentes parlamentares, nomeadamente a Frente Parlamentar Evangélica e a (im)possibilidade de consenso e legitimidade no espaço público.

Na sequência, desenvolve-se um conceito teórico-normativo para a tecnocracia no espaço parlamentar, com a sustentabilidade cultural-tecnológica democrática. Não obstante, a tecnologia, por sua vez, na hipermodernidade quer modificar esse cenário, emergência das reflexões, não merecem ser coletivizadas, a um protagonismo individual que se agiganta, o lado bom o juiz monocrático acompanha as decisões uniformizadas da Cortes, e implica ao juiz motivar fatos diferenciadores das grandes argumentações desenvolvidas pelos colegiados. Institucionalmente, as teses tradicionais, na condição pós-moderna, caem por terra, porque o mundo passa por um momento de transição. Os valores relativizados é que são absorvidos pelas tecnologias e isso pode ser um problema.

E por último, referencia-se um modelo que introduzisse políticas legislativas sustentáveis tecnodemocráticas para legitimar consensualmente conteúdos mínimos de direitos fundamentais no espaço público.

1 A (im)possibilidade de consenso e legitimidade no espaço público: o contexto da Frente Parlamentar Evangélica

Lidar com uma identidade constitucional para afastar o abuso do poder religioso eleitoral, é primeiramente conhecê-la à luz da democracia, art. 1º, I, assimilando-lhe que no jogo democrático não cabe espaço para ilegitimidades, preferências, personalismos institucionais confessionais, a exemplo de que mal nenhum faria o apoio institucional do Estado à religião que eu professo, exclusivamente ou preferencialmente, sob uma ingenuidade precoce ou má intenção para a promoção de prosélitos, posto que a Constituição não pode preferenciar as religiões em detrimento das demais, ainda que, minimamente.

O art. 19, I, quer dizer isso ao constitucionalizado, pois não se pode enxergar um Estado laico, mas pluralizado, com um sentimento religioso constitucional, sem esta ou aquela preferência. Para tanto, um contrassenso se reproduz no cenário político brasileiro e agora é a vez do Parlamento e suas discrepâncias em mais alto grau. Há quem afirme, por exemplo, estar a democracia brasileira saindo de um presidencialismo de coalização para um presidencialismo de bancada, e neste sentido, o Chefe do Executivo deve aceitar algumas reivindicações de bancadas, com seus projetos particulares se o Governo quiser aprovar seus pacotes maiores.³

O caso da Frente Parlamentar Evangélica (FPE), dentro outras tantas, é um desse contrassensos maiores, porquanto perpassaria por uma crise de legitimidade, na defesa de particulares diminutos diante dos grandes problemas nacionais. Seria até de se perguntar se os representantes evangélicos são só eleitos como pautas por uma família excludente, em função da família tradicional, contra o reconhecimento de gêneros e liberdades sexuais, em razão de liberdades padronizadas, senão monolíticas, como uma metáfora, petrificadas.

Não é coincidência, que uma dezenas de ações de investigações de juízo eleitoral tenham sido demandadas nas últimas duas décadas, na maior parte por entes

³ BOLLE, Monica Baumgarten de. Em nome do quê – a política econômica do Governo Bolsonaro. In: *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p.85.

ministeriais ou ainda adversários partidários políticos, pela desproporção do pleito eleitoral e a representatividade no País, chamou a atenção a forma pela qual esses partidaristas ingressam no poder, com a inteligência de subterfúgio de uma teologia da dominação⁴.

Além disso, dados censitários revelam a crescente à afirmação dos evangélicos na população brasileira, ao passo que os dados estatísticos dos tribunais eleitorais assinalam o aumento de lideranças evangélicas nos parlamentos brasileiros, praticamente, paritários ao percentual da população brasileira que se afirma evangélica, enquanto populações raciais, de gênero, de outras confissões, apresentam sequer números expressivos em suas representações, dada o montante demográfico, negros, mulheres, índios.

Só isso é suficiente para comprometer o projeto democrático do País, mas em que aspecto mesmo. É possível imaginar que Frentes Parlamentares podem aprovar reformas, legislações de governo contingenciais, a despeito de inúmeras consequências, sem nenhum confronto às plataformas, ou francamente tolerantes com seu governo, em políticas antidemocráticas, só para fazer valer interesses segmentados, senão particularizados, contrários até mesmo aos segmentos a que se veem filiados, vale dizer, projetos políticos personalíssimos, de profissionais parlamentares.

No caso da FPE, o caso é ainda mais grave, porquanto duas crises se apresentam: a) ilegitimidade do acesso ao processo eleitoral nos pleitos parlamentares, em razão da dissimulação da fé, capaz de amontoar fiéis pela simbologia do poder confessional no Estado; b) e os oportunismos eleitorais, que levam ao parlamento plataformas conservadoras, e, além disso, interesses imediatistas de parlamentares que traíram suas comunidades religiosas, enveredaram nas lamas da corrupções, das políticas de compadrio e de intolerância manifesta ao processo democratizante social.

Se se levar em conta o paradoxo da intolerância, vale dizer, de representantes partidários-políticos que se oportunizam de um discurso fragilmente solidário, quais se fossem tolerantes e passam à intolerâncias das liberdades, das justiças igualitárias, reformas excludentes como a da Previdência: estar-se-ia tolerando os intolerantes? Salvo se não for expressamente um estado de exceção, que consenso se pode esperar

⁴ Nesse sentido, Raymundo Faoro afirma que o modelo tecnocrático procura esvaziar a democracia e afirma que o pensamento tecnocrático “procura mostrar que a soberania se estrita na manipulação pura”. (FAORO, 1973, p. 161).

de grupos, especialmente dogmatizados ou da apropriação privatista da esfera pública.⁵

Fácil entender, que dificilmente se chegará a um consenso com semelhantes grupos pelas vias parlamentares: uma verdadeira deturpação do espaço democrático. No caso da FPE, passou a ser um retrocesso a proposta secular de que Estado e Igreja deveriam andar separados, para que não houvesse mais poderio clerical, regalias entre outras formas de poderios confessionais, lição que não fora aprendida da passagem do monarquismo ao republicanismo à moda brasileira. A despeito disso, o princípio da neutralidade religiosa do Estado, numa ordem constitucional livre e democrática é uma dimensão constitutiva do programa normativo da igual liberdade de consciência e de religião.⁶

O consenso não virá, restando ao sistema repressivo-jurisdicional uma plêiade de manifestações, a impugnar candidaturas com abuso de poder político e econômico, de mensagens publicitárias. Por outro um cenário mundial de governança econômica, senão de nacionalismos econômicos que precisam dessas frentes parlamentares para se fazer governar e quando não opta pelo presidencialismo de coalização acabam por favorecer grupos economicamente produtivos, fundamentalistas, militarizados para se fazer continuar na Administração Pública. São atravessadores, que, inescrupulosamente, apresentam-se como defensores de projetos políticos viáveis em tempos de hipermodernidade.⁷

⁵ Afirma Marcel Gauchet: “O eclipse da moral foi, em boa parte, o produto dessa ascensão das ideologias em direção a um poder de explicação total da destinação social do homem. É precisamente a perda dessa capacidade totalizante que reativa novamente as morais, que as reabilita na sua função distinta. É mesmo possível afirmar que assistimos à consagração da independência da moral. Ela emancipa-se definitivamente da tutela religiosa, com o desaparecimento do que podia subsistir como vocação englobante da parte da esperança de salvação e da fé no sobrenatural. Essa moral é deduzida do princípio do poder da ideologia – mesmo supondo-se que advenha uma sociedade economicamente justa, a questão da conduta das existências e das relações interpessoais continuaria a existir. As normas que devem prevalecer nesse domínio específico devem ser definidas entre os interessados. A força da problemática comunicacional encontrasse na sua capacidade de dar aparência tangível a essa consistência autônoma do domínio das regras que nos comprometem uns com os outros, indicando sua fonte deliberativa e argumentativa. Aquilo que obriga os indivíduos só pode nascer de um acordo entre os indivíduos.” GAUCHET, Marcel. *Religião, ética e democracia*. Numen: Revista de estudos e pesquisa da religião, Juiz de Fora, v. 16, n. 1, 2013. p.26-27.

⁶ MACHADO, Jónatas E.M. *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*/Jónatas E.M.Machado – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

⁷ Para Gilles Lipovetsky: “[...] a época ultramoderna vê desenvolver-se o domínio técnico sobre o espaço-tempo, mas declinarem as forças interiores do indivíduo. Quanto menos as normas coletivas nos regem nos detalhes, mais o indivíduo se mostra tendencialmente fraco e desestabilizado. Quanto mais o indivíduo é cambiante, mais surgem manifestações de esgotamentos e "panes" subjetivas. LIPOVETSKY, Gilles. *A erado vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa: Relógio D'água, 1989. p.84.

Um mundo democraticamente sustentável, não se fará por políticas economicamente viáveis à esfera natural, porque são homens que escolhem os bens naturais sustentáveis, por isso é preciso antes, legitimar o meio ambiente das culturas para um projeto ambientalmente democrático que tem por consequências políticas de representam que não sobrevivam às custas de modelos repressivos jurisdicionais ou de péssimas escolhas democráticas.

2 Um conteúdo para a tecnocracia no espaço parlamentar com a sustentabilidade cultural-tecnológica democrática

Mas de que espécie de sustentabilidade se está falando? A proposta agora levaria em consideração um conteúdo para o que se vai chamar de tecnocracia sustentável no espaço parlamentar. Com efeito, levando em consideração a diminuição das dificuldades para um processo democrático geral, seria possível uma mudança na configuração de partidos e representantes para uma democracia sensivelmente participativa seletiva?

Uma tecnocracia sustentável política é aquela que levaria em conta um processo de participação democrático por meio de processos tecnológicos culturalmente legitimados sem a participação de representantes indiretos, com as ressalvas de temas que levariam em conta a divisão de tarefas coadjuvantes sob a designação direta do povo sobre os representantes semidiretos, em virtude de um processo ambientalmente cultural.

A política, já se disse, está entre os homens e não nos homens, por isso é fenômeno cultural, com isso se os homens são merecedores do mundo que o façam por meio de políticas que os emancipem de si mesmos, isto é, de seus oportunismos, de suas subjetivações em prol do interesse comum.

A título de analogia apresenta-se agora a seguinte metáfora denominada de: *o complexo dos profissionais de setor*. Em uma empresa evidenciou-se que certo profissional do setor de recursos humanos era periodicamente reintegrado ao quadro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, o que lhe favorecia permanência na firma mesmo após um ano da saída da Comissão e o relevante prestígio entre os demais funcionários da empresa.

O chefe do setor conhecia do carisma do funcionário do setor de recursos humanos, prestativo e zeloso, exercia além de seu ofício comum as solicitações especiais de todos os empregados, em decorrência disso, o gestor do setor observou

que havia mais de seis reconduções para a referida Comissão e que os demais funcionários do setor de recursos humanos não se candidatavam ao pleito, por entenderem que já havia o representante do setor ou porque não gozariam do mesmo êxito no processo de eleição.

Por isso o gestor de recursos humanos procurou o funcionário da Comissão e propôs-lhe eventual revezamento para que os demais empregados também tivessem as mesmas prerrogativas conferidas a ele na Comissão, o que foi aceito de pronto. Nas demais eleições sempre um funcionário dos recursos humanos lograva êxito e acaba por realizar com manifesto carisma e solicitude as petições dos funcionários.

Certa feita, a Administração Superior da empresa, entendeu que a relação entre profissionais de recursos humanos estava sempre prestigiada em detrimento dos demais setores pela relação de interesse entre os funcionários da empresa e o referido setor, então em uma Assembleia Geral os demais sócios assinalaram um cláusula de barreira que alterava o processo de sufrágio da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes para que não se fizesse parte os profissionais do setor de recursos.

Descontentados os profissionais do setor de recursos humanos levaram suas apreensões de retorno ao *status quo*, cuja Assembleia se mostrou irredutível, então os profissionais levaram à questão aos quadros associativos e sindicais de recursos humanos que, externamente, conseguiram por meio judicial, o fim da cláusula de barreira e ampliaram ainda a possibilidade de participação de mais de um profissional de recursos humanos para a Comissão, desde então dois profissionais de recursos humanos sempre estiveram presentes na Comissão.

Pode-se dizer que os profissionais de recursos humanos estão na situação daqueles que representam a sociedade civil no âmbito das instituições e que a Diretoria Superior, a função Executiva, ao passo que a Assembleia Geral demandaria o papel da função legislativa. Pode-se dizer que as entidades associativas e as classes sindicais fazem o papel da sociedade civil organizada, as instituições judiciárias também participaram da situação emblemática porque foram provocadas exercendo aqui, a própria função jurisdicional e os funcionários da firma seriam manifestamente o povo.

Neste certame as soluções contemporâneas recaem sempre sobre soluções contingenciais ou convencionais que não propugnam por metamorfoses reais, vale dizer, o complexo dos profissionais de setor revelam um mundo real, com as dificuldades de produzir mudanças satisfatórias para uma sustentabilidade

tecnocrática, não fosse pelas mudanças tecnológicas que impelem o homem a mudanças compulsórias.

A metáfora se revela por complexo, posto que é engendrada por um pensamento sistêmico relacionando as diversas categorias internas e externas à firma. Em síntese, expressa a crise pela qual perpassa o modelo contemporâneo. Para tanto, essa mudança subjetivada que se fez presente nas sociedades primitivas, e, hoje busca o aparato das mais recentes tecnologias para o auxílio decisório na *práxis jurídica*, a exemplo de dados estatísticos, contribuições da inteligência artificial, que de certo modo antecipam as razões de prudência, reclama do sujeito, por outro lado, um quê de um certo *reflexão moral*.⁸ Resta agora assinalar que modelos poderia enfrentar a sustentabilidade tecnocrática diante da hipermodernidade.

3 Paradigmas sustentáveis infodemocráticos para legitimar consensualmente conteúdos mínimos de direitos fundamentais no espaço público

A política sustentável culturalmente será passível de metamorfoses éticas como quer Ulrich Beck, mas, se só fará possível na hipermodernidade com a tecnologia para o bem comum, uma espécie de *longa manus* para uma pretensão democrática, a despeito de não ser radical, deve conduzir a pelo menos três problema de enfretamento: I) um projeto de reeducação eleitoral, II) condições éticas eleitorais ativas e passivas, III) limitações de temas de certos de grupos de interesses econômicos, confessionais e opressores, a pretexto de uma democracia das maiorias, senão veja-se, a respeito desses três desafios deônticos:

I) Reeducação eleitoral: na tecnocracia hipermoderna torna mais que possível um projeto de conscientização política-eleitoral. Nesta hora se faz oportuna a proposta de J. J. Gomes Canotilho a exaltar um novo programa constitucional, a de que toda e qualquer

⁸ A respeito da computabilidade e seu auxílio artificial Pierre Lévy sintetiza que: “Resumindo, a extensão do ciberespaço acompanha e acelera uma virtualização geral da economia e da sociedade. Das substâncias e dos objetos, voltamos aos processos que os produzem. Dos territórios, pulamos para a nascente, em direção às redes móveis que os valorizam e os desenham. Dos processos e das redes, passamos às competências e aos cenários que as determinam, mais virtuais ainda. Os suportes de inteligência coletiva do ciberespaço multiplicam e colocam em sinergia as competências. Do design à estratégia, os cenários são alimentados pelas simulações e pelos dados colocados à disposição pelo universo digital.” LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2009. p.49

discussão dos direitos fundamentais políticos deve passar não mais por Constituições programáticas, mas por um Constitucionalismo moralmente reflexivo.⁹

Em síntese, toda a discussão que levasse em consideração um projeto político aceitável de direitos fundamentais deve levar à discussão conscientização dos problemas, argumentos e contra-argumentos que elucidem ponderação de interesses. Se plebiscitos/referendos de temas levados à concorrência popular tivessem passado por discussões mais qualificadas com as possibilidades tecnológicas que se tem hoje, pode ser que temas como sistemas de governo, desarmamento doméstico, tivessem outras decisões no cenário político brasileiro.

Em tempos de pós-verdade, é fato que um grande desafio será a erradicação de informações apócrifas, quando não dissimuladas, naturalmente, que núcleos censores e não de censuras, seriam melhor oportunizados por comissões de experts tecnólogos que contivessem a difusão de algoritmos prejudiciais ou controles de assuntos já inibidos, mas não de liberdades de expressão, sob o risco de contrariar expectativas democráticas, por outro lado conteúdos, manifestamente, prejudiciais, intencionais, subliminares ou ainda culposos devem ser levados à conta de responsabilidades em quaisquer esferas de tutelas jurisdicionais.

II) Das condições éticas eleitorais ativas e passivas. A tecnocracia tem o condão de otimizar informações sobre candidatos com isso as demandas eleitorais passaram ao controle de *fichas-limpas* mais eficiente e quem sabe condizentes a um mister ético consequencial no espaço público. Não se poder dizer ao certo a influência tecnológica na experiência humana, a ponto de que tais informações faria em curto ou longo prazo o controle das máquinas sobre o homem, daí o cuidado com o uso dessa informações, porquanto só será sustentável a lisura de dados que não comprometam à privacidade e a intimidade das pessoas.

Pode-se, entretanto, que no futuro só poderão participar do processo eleitoral sujeitos ativos moralmente capazes? Ou o que a tecnocracia sustentável poderia colaborar neste sentido? Sob certo aspecto isso acontece com a informação de dados de sujeitos eleitorais com direitos perdidos e/ou suspensos, não obstante, isso não é suficiente, porque, eventualmente, lideranças que tiveram seus direitos eleitorais cassados que continuam a

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brancosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2^a. ed. Coimbra: Almedia, 2008.

influenciar agremiações de outros sujeitos ativos, é o caso se sujeitos eleitorais ativos cooptados na venda de votos.

Portanto, se tecnologias avançadas pudessem dimensionar sujeitos eleitorais passivos identificados como eticamente imorais para o processo eleitoral, com o devido cuidado de não lhes prejudicar direitos fundamentais de honra, privacidade, imagem, intimidade, é possível que representações intermediárias ou participações democráticas fossem mais condizentes à sustentabilidade democrática.¹⁰

III) Limitações de temas de certos de grupos autointeressados. Neste último o problema se exaspera para sustentabilidade tecnocrática, porque a disposição de temas selecionados como convencionalmente majoritários, mas de manifesto interesse de grupos segmentados, podem colocar em risco o projeto democrático comum, ao passo que levariam em consideração um verdadeiro desgaste nas polarizações de debates sociais. Resta saber se a tecnocracia, seria capaz se identificar temas que poderiam sofrer cláusulas de barreiras, dado o convencionalismo de correntes oportunistas.

Questões como instituições financeiras, aborto, regime das forças armadas, mereceriam melhor atenção de representantes intermediários, desde que esses representantes não fizessem parte de políticas parlamentares autointeressadas, restando a tecnocracia sustentável identifica-los também, pois quanto às participações diretas nestas temáticas, pode sofrer as ingerências de fundamentalismos ideológicos, por exemplo, o de lideranças religiosas que participaram de campanhas eleitorais e foram condenadas em processos eleitorais de abuso de poder eleitoral e prosseguem a influenciar sectários em temas contrários a direitos fundamentais mínimos.

Conclusão

A Constituição e a neutralidade constitucional devem ser o parâmetro em uma sociedade plural e não um estamento religioso, ou alguma ideologia individual sobre o interesse comum.

Para os que creem é certo que consintam o espaço de reflexão espiritual que lhes são pertinentes, mas devem impor, abusar do espaço público com a aparência do zelo divino, ou com certa influência sobre os seus fiéis a ponto de lhes faltar a identidade

¹⁰ BAHENA, Goretty Carolina Matínez. *La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho*. Alegatos. México, n. 82. set.-dez.2012. (Sección Artículos de Investigación). p.827-846.

constitucional ou mesmo faltar com respeito à Constituição. O desprezo particular à ordem constitucional, promove regalismos a certa instituição religiosa que não faz bem à democracia, tampouco ao espírito constitucional.

Corrobora Antonio Enrique Pérez Luño, que essas diferentes épocas têm o atributo de definir e conduzir a formação do pensamento jurídico. Afirma Luño que, em cada etapa histórica, a formação do direito caminha seguindo uma vocação, transformando-se em cada momento, integrando e desenvolvendo “uma cultura jurídica” imperativa para apresentar respostas às demandas da sociedade¹¹.

Antes de tudo é preciso um trabalho de conscientização que não dispensa dos que tem fé, da participação política ou do diálogo sobre a politicidade estatal, mas é prudente que não venha o crente a imputar no espaço público do poder a sua confissão religiosa com as distorções de uma corrida eleitoral desigual, ministrando os segredos da fé e misturando as concepções de disputa na lisura do processo eleitoral.

O direito não tem como antever os comportamentos morais abusivos, mas pode responsabilizá-los. O abuso sofreu os contornos civis, reconhecidamente, como abuso de direito e invadiu a esfera pública à expressão do abuso de poder. Quando uma liderança religiosa ou mesmo um sectário tem apoio institucional da igreja para um projeto político-partidário, por mais intencionado transpareça, está levando consigo uma flagrante ilegitimidade no acesso às instituições públicas do poder.

Ora, certo é que não se conseguirá, de todo, vencer o abuso intersubjetivo nas relações entre instituições religiosas e sociedade civil, cuja influência social é difícil controlar, tendo em vista a forte influência que as mais diversas crenças já enraizadas no País. De um lado a tradição das instituições jurídicas insuficientes para explicar fenômenos contemporâneos, de outro a existência desses fenômenos com as características enunciadas teóricos da condição pós-moderna, vale dizer, as metamorfoses sociais que sempre emergem consignadas, porém, ao advento das tecnologias e da globalização avançando meteoricamente em caminhos nada fáceis de se explicar, posto que são complexos.

¹¹ Antonio Enrique Pérez Luño atribui sobre toda “cultura jurídica o imperativo de dar respostas e desenvolver esses desafios que informam a existência coletiva. Partindo dessas premissas, não parece ousado identificar que a sensibilidade do momento presente está em contribuir com respostas para as grandes provocações de uma sociedade em constante e acelerada mutação. Para isso, parece necessário contar com métodos de análises esclarecedores do significado e função do Estado constitucional de direito”. LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional**. Tradução José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 9.

O direito, em regra, deve abster-se de interferir subjetivamente nas relações privadas, mas a palavra de ordem, na atual conjuntura em que se encontra a teoria jurídica reclama uma evolução salutar, e o pensamento que tanto se esforçou para conquistar as coisas ao seu modo, hoje tem como aliada, vasta tecnologia, a expertise da inteligência artificial e os sistemas de controles externos que podem e avançam na melhor administração do cenário da justiça.

Problema nenhum haveria à ordem secular, senão colocasse em risco a própria sociedade, como se fez chegar à sociedade de risco. É preciso avançar, posto que a lado de imensa tecnologia há um cabedal de consequências inerentes à vida planetária, na medida em que tamanho arsenal de informações e técnicas mal-empregadas podem levar a irreparáveis danos, senão à destruição do bem comum. Para tanto, à sociedade do risco emerge uma sociedade de cultura ambiental e sustentável, livre das omissões quanto ao futuro da vida planetária e/ou de movimentos reacionários ao de desenvolvimento inclusivo, neste sentido, é preciso uma síntese em que se dialoguem o Estado ambiental e o da técnica com vistas à responsabilidade solidária do bem comum.

Referências

Bahena, Goretty Carolina Matínez. “*La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho*”. Alegatos. México, n. 82. set.-dez.2012. (Sección Artículos de Investigación). p.827-846.

Bolle, Monica Baumgarten de. Em nome do quê – a política econômica do Governo Bolsonaro. In: “*Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*”. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p.83-97.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 ago. 2019.

Canotilho, José Joaquim Gomes. “*Brancosos*” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª. ed. Coimbra: Almedia, 2008.

Gauchet, Marcel. “*Religião, ética e democracia*”. Numen: Revista de estudos e pesquisa da religião, Juiz de Fora, v. 16, n. 1, 2013. p. 15-28.

Lévy, Pierre. *Cibercultura*. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2009.

Lipovetsky, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa: Relógio D'água, 1989.

Luño, Antonio Enrique Perez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Morais e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Machado, Jónatas E.M. *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*/Jónatas E.M.Machado – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Faoro, Raymundo. “*Tecnocracia e política*”. Revista de Ciência Política, n. 7 (3): jul./set, 1973, Rio de Janeiro. Pp.149-163. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/viewFile/59251/57693>> Acesso em 25 ago 2019.

15. A RAZÃO PÚBLICA NO LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS: MECANISMO DE RACIONALIDADE PARA ORIENTAR A TOMADA DE DECISÃO NA ESFERA PÚBLICA

*THE PUBLIC REASON IN JHON RAWLS POLITICAL LIBERALISM:
RATIONALITY MECHANISM TO GUIDE DECISION-MAKING IN THE PUBLIC
SPHERE*



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-15>

Clayton Gomes de Medeiros¹

Resumo

O presente trabalho se concentra, valendo-se do método dedutivo a partir da revisão bibliográfica, debater as ideias de “consenso sobreposto” e “razão pública” contida na obra “O liberalismo político” (1993) do filósofo americano John Rawls. Tais ideias são apresentadas como a superação, a complementariedade ou resposta no que se refere à sua teoria da justiça equitativa, que se baseava na produção de normas justas a partir de uma construção pautada na posição original. Inobstante o brilhantismo em sua construção, na obra “Uma Teoria da Justiça” (1971), o filósofo apresenta nova roupagem para sua teoria, tentando atingir o que seria o ideal de justiça, para tanto constrói novos argumentos, sobre os quais se debruçará o presente trabalho, com a finalidade de validar a sua utilização como argumento decisório das escolhas políticas. Tais questões se colocam diante dos direitos políticos fundamentais relacionados à representatividade e a ideia de justiça que norteia a tomada de decisão na esfera pública. Tal problematização representa um dos maiores desafios democráticos a medida em que limita a liberdade dos cidadãos diante de imposições desarrazoadas, quando não pautadas em uma racionalidade decisória que prestigie os anseios sociais de maior grandeza, ou seja, a efetivação dos direitos fundamentais.

¹ Doutorando e mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, graduado pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul-USCS, pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, pesquisador do Núcleo de Pesquisas Constitucionais – NUPECONST do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, bolsista do Programa PROSUP/CAPES, professor universitário.

Palavras-chave: Razão pública. Consenso sobreposto. Escolhas políticas. Poder do Povo. Direitos Fundamentais. Democracia.

Abstract

The present work focuses, using the deductive method from the literature review, to discuss the ideas of "overlapping consensus" and "public reason" contained in the work "The Political Liberalism" of the American philosopher John Rawls. Such ideas are presented as the overcoming, the complementarity or the answer to his theory of equitable justice, which was based on the production of just norms from a construction based on the original position. Notwithstanding the brilliance in its construction, in the work "A Theory of Justice" (1971), the philosopher presents a new guise for his theory, trying to achieve what would be the ideal of justice, for that purpose he builds new arguments, on which the present work will be addressed, in order to validate its use as a decisive argument for political choices. Such problematization represents one of the greatest democratic challenges in that it limits the freedom of citizens in the face of unreasonable impositions, when not based on a decisive rationality that honors the greatest social aspirations, that is, the realization of fundamental rights.

Keywords: Public reason. Overlapping consensus. Political choices. Power of the people. Fundamental rights. Democracy.

Introdução

Segundo o artigo 3º da Carta Política notam-se alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles está a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a garantia do desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos sem preconceitos e discriminações.

Aparentemente a construção normativa supramencionada, pode ter como argumento, ao menos em boa parte de seus conteúdos, pautado em uma ideia de justiça, não necessariamente² aquela apresentada por John Rawls, que tem em fundo um contrato social em que haveria a distribuição igualitária dos bens sociais primários (liberdades, oportunidades, riqueza, rendimento e as bases sociais da

² Se faz necessário ressaltar, desde logo, que o presente trabalho não se ocupou em defender ou escolher uma teoria de justiça ou debater o tema especificamente, mas em observar a forma de racionalidade, se é que se pode exigir alguma, nas tomadas de decisão na esfera pública.

autoestima), e que tal distribuição apenas seria possível se houver “uma teoria da justiça que generaliza e leva a um nível mais alto de abstração o conceito tradicional do contrato social”.³

Mas a Constituição Federal, objetivando atingir os fins ali descritos em seu modelo político, pautou o Estado pela garantia e concretização de diversos direitos sociais buscando atingir aqueles objetivos e outros.

Foi garantido ao Estado o poder necessário para que as tomadas de decisões pudessem resultar na realização de tais direitos. Porém, diante de posicionamentos político-ideológicos distintos, as vezes até antagônicos entre si, depara-se com a necessidade de tomadas de decisão, quer seja pelo poder executivo, legislativo ou judiciário, que aquelas premissas de que a decisão deve se basear nos objetivos de justiça almejados pelo Estado, como os descritos no artigo 3º da Carta Magna, são olvidadas, colocadas à margem da motivação da decisão.

Podemos citar casos como a recente reforma trabalhista, em que direitos fundamentais foram suprimidos e reestabelecidos pelos tribunais superiores; a atual tentativa de reforma da previdência; as ideias de reforma tributária que não abordam os conceitos de justiça fiscal ou capacidade contributiva, dentre inúmeras outras decisões duvidosas no que se refere a legitimidade e a racionalidade que fundamente a tomada de decisão.

Tais debates, a cerca da racionalidade motivadora do ato, conduz à dúvida quanto a legitimidade da decisão, sendo crucial compreender o contexto da racionalidade motivadora para que se possa lutar pela proteção e promoção dos direitos fundamentais e da democracia.

Diante da ausência de amplo e profundo debate, bem como o distanciamento da razão social efetiva que permeia as decisões, depara-se com um deficit democrático e descompassado entre o Estado e seus objetivos iniciais já apresentados.

As tomadas de decisão na esfera pública muitas vezes são pautadas por argumentos morais, econômicos, religiosos, por mero arbítrio, por vontades íntimo-privadas ou pseudoideológicas, que não refletem as necessidades sociais ou os objetivos do Estado Brasileiro. As medias adotadas na seara pública podem padecer de argumentos ou racionalidade aceitável, sendo que tais medidas são impostas a uma

³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 03.

coletividade envolvida ou não na escolha adotada, conferindo ao detentor de poder político-decisório um poder quase que absoluto, se não for analisada por um minucioso filtro motivacional da tomada de decisão.

Por tal razão, o presente trabalho se debruça em analisar a aplicabilidade de uma ideia de razão pública, e na construção da razão pública justificadora do ato, da norma, das decisões impostas à sociedade.

Logo, o presente trabalho busca analisar e a cabo responder o seguinte questionamento, se haveria na ideia de “Razão Pública” contida na obra “O liberalismo político” do filósofo John Rawls uma alternativa viável para balizar racionalmente as tomadas de decisão na esfera pública.

Tal questionamento é de suma relevância acadêmica e social à medida em que tenta oxigenar os debates em torno da fundamentação e rationalidade nas tomadas de decisão, trazendo possibilidades de balizar as decisões impostas à sociedade e buscar o ânimo que deve permear a tomada de decisão na esfera pública.

1 O Constitucionalismo e a ideia de um consenso sobreposto

O objetivo da presente pesquisa não se coloca em definir os conceitos ou a melhor teoria quanto às expressões de justiça convencional, substancial, distributiva, comutativa ou social, tampouco concepções de justiça, a liberal, a libertária, a comunitarista, a igualitária e a capacitaria. Embora sejam temáticas relevantes, não serão desenvolvidas em razão da delimitação temática que se impõe.

Mesmo, não sendo o tema a ser desenvolvido, um dos filósofos idealizadores de uma das teorias de justiça supramencionada, terá destaque, pois serão analisados instigantes conceitos operacionais desenvolvidos por John Rawls, quais sejam: “Consenso Sobreposto” e “Razão Pública”, como ferramentais úteis para orientar de forma justa a tomada de decisão na esfera pública.

A teoria de liberalismo político de John Rawls tenta responder como seria possível ter uma sociedade estável, justa havendo cidadão livres e iguais mesmo que estejam divididos por doutrinas conflitantes e até incompatíveis.⁴

E baseando-se na lógica de Rawls, no sentido de que efetivamente “há muitas doutrinas abrangentes e conflitantes, cada qual com suas concepções do bem e cada

⁴ RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 179.

qual coerente com a plena racionalidade das pessoas humanas”,⁵ estas racionalidades decorrentes das doutrinas abrangentes interferem na tomada de decisão, inclusive na esfera pública.

O grande problema se coloca justamente na aplicação de doutrinas abrangentes não razoáveis ou irracionais fundamentando a tomada de decisão na esfera pública.

Por esta razão a ideia de um consenso sobreposto, pode ser útil e se coloca como uma parâmetro balizador na tomada de decisão, pois na leitura de John Rawls, o consenso sobreposto toma por base dois pontos-chave para ser identificado, sendo eles em síntese: a) o consenso entre doutrinas abrangentes razoáveis, que se contrapõem às não razoáveis ou irracionais, e b) uma concepção pública de justiça, que será tanto quanto possível apresentada independente das doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes.⁶

Essa busca por um consenso sobreposto, quando aplicada à tomada de decisão, pode operar como uma concepção de buscar a legitimidade política, perpassando por um fundamento público de justificação do ato.

Pode se dizer que o consenso sobreposto, está conferido pela própria Constituição Federal, que é identificada como o conjunto de normas que regula de modo fundamental a organização e o exercício do poder estatal, assim como as relações entre o Estado e a sociedade,⁷ e consequentemente, um vetor limitativo do poder estatal e dos detentores de poder decisório.

Para Dieter Grimm com as revoluções do final do século XVIII (Francesa e Americana), foi abolida a força da soberania hereditária e erigiram uma nova base de planejamento racional e a determinação escrita do direito.⁸

As novas constituições se diferenciam dos projetos jusnaturalistas de legitimação de poder por sua validade jurídico-positiva e dos antigos vínculos jurídicos sobre os atos estatais em forma dos contratos de dominação, por seu caráter constitutivo de poder, universal e pleno.⁹

⁵ RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 180/181.

⁶ RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 190.

⁷ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 28.

⁸ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27/28.

⁹ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 28.

Relembra-se, ainda, que a constituição em sentido normativo é um produto das revoluções burguesas, que após derrubar o poder estatal monárquico, tradicional e autolegitimado, tinham a tarefa de erguer um poder novo e legítimo.¹⁰ Ou seja, a Constituição possui esse papel de legitimar uma nova ideia de soberania, mas não aquela soberania autolegitimada, monárquica, fruto do divino.

Essa nova soberania seria pautada em uma ideia muito próxima da descrita por John Rawls ao definir a ideia de consenso sobreposto como resultado do consenso entre doutrinas abrangentes razoáveis, que se contrapõem às não razoáveis ou irracionais, e uma concepção pública de justiça, que será tanto quanto possível apresentada independente das doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, esforço este observável no texto constitucional.

Assim, as constituições formais se impõem porque, de acordo com as convicções dos apoios sociais da revolução, o bem-estar social e a justiça dependiam de uma limitação do Estado em defesa da liberdade individual.¹¹

Logo, se conservou o poder estatal concentrado do monopólio da violência, mas distribuído em órgãos, fazendo-se possível, pela primeira vez, a intervenção reguladora da constituição, organizando poderes de maneira que pudessem cumprir com eficácia sua função de garantia, sem descuidar para que a referida função se encontrasse precisamente definida no direito a solução adequada: os direitos fundamentais limitariam o poder do Estado e a proteção e equilíbrio da liberdade individual e a divisão de poderes para prevenir abusos.¹²

Assim, pode se observar nas constituições, uma unidade inseparável: a forma documental e normativa, a função fundadora e limitadora de poder, e o conteúdo relativo a direitos fundamentais assim como a divisão de poderes.¹³

Essa é finalidade declarada da constituição, que é a “juridificação” do exercício do poder político, porém não é o suficiente para limitar tal poder diante da tomada de decisão.

¹⁰ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 28.

¹¹ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 29.

¹² GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 29/30.

¹³ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 29.

O direito deixou de ser um critério de validade eterna para ser um produto contingente da vontade política.¹⁴ E nessa vontade política, podemos encontrar, ainda, que observando limites constitucionais, decisões tomadas sob argumentos alheios ao interesse público.

Suzana Pozzolo ensina que os direitos dos ordenamentos jurídicos ocidentais posteriores à Segunda Guerra podem ser citados como exemplo concreto de Direito Constitucionalizado para os quais o juspositivismo seria inadequado, sendo necessário que os ordenamentos reconheçam princípios de justiça e direitos fundamentais, impondo ao Estado tarefas de intervenção na sociedade e na economia, transformando o árbitro em julgador. Para ela, o Estado não pode mais se limitar ao respeito das liberdades negativas, mas deve assumir tarefas ativas para cumprir direitos positivos.¹⁵

E neste sentido, no Estado Legalista estas previsões normativas representavam meros enunciados políticos desprovidos de uma tutela jurisdicional enquanto no estado constitucional são judiciais, são efetivamente jurídicas,¹⁶ devendo ter efetividade, e para atingir essa efetividade a abertura valorativa se faz necessária, sendo impressos princípios (conceitos amplos e abertos axiologicamente), capazes de responder às demandas sociais.

A constitucionalização destes princípios e direitos que positivou estes valores por meio de expressões vagas, elásticas e imprecisas e já que com elas não tenha se positivado também sua concepção e seu peso recíproco, estes mesmos direitos ou valores para ser interpretados e aplicados teriam necessidade de tomar uma posição moral destinada a lhes dar concreção. Esta função de concretização seria da legislação, da jurisdição (do Tribunal Constitucional) e da ciência jurídica.¹⁷

No Estado constitucional é a Constituição a norma hierarquicamente superior, tanto formalmente como substancialmente. A Constituição não impõe ao legislador somente o respeito lógico-formal, mas também o desenvolvimento de normas constitucionais e sua aplicação. As Constituições são dotadas de força invasiva geral, derivada, justamente, de ter constitucionalizado valores que converteriam a

¹⁴ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30.

¹⁵ POZZOLLO, Suzana. **Um constitucionalismo ambíguo**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trota, 2003. p. 190.

¹⁶ POZZOLLO, Suzana. **Um constitucionalismo ambíguo**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trota, 2003. p. 190.

¹⁷ POZZOLLO, Suzana. **Um constitucionalismo ambíguo**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trota, 2003. p. 190.

Constituição em um objeto completamente diferente do Direito infraconstitucional: a Constituição como um valor em si.¹

Mas, então depara-se com outro problema, como controlar a racionalidade na tomada de decisão na esfera pública, se a constituição e demais normas do sistema possuem “valores por meio de expressões vagas, elásticas e imprecisas” e sua aplicabilidade não é exata?

O primeiro passo é dado ao estabelecer a Constituição como o marco do consenso sobreposto adotado, mas diante da limitação de aplicabilidade prática do consenso sobreposto na tomada de decisão na esfera pública, deve ser dado novo passo ao definir qual a “razão pública” capaz de racionalizar o ato e legitimá-lo.

2 A ideia de razão pública: “qual a razão da razão pública?”

Segundo John Rawls a razão pública é uma característica de um povo democrático, sendo a razão de seus cidadãos, destes que compartilham igual status de cidadania. O objeto da razão pública seria o bem do público, entendido como como sendo aquilo que é requerido das estruturas básicas das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir.²

A razão publica de Rawls é dividida por ele em três sentidos possíveis:

“... enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceitos são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base.”³

Mas para Rawls a razão pública, ou seja, os limites que a razão pública estabelece, não se aplicam a todas as questões políticas, mas apenas às questões que chama de “elementos constitucionais essenciais” ou questões de justiça básica.⁴

¹ POZZOLLO, Suzana. **Um constitucionalismo ambíguo.** In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trota, 2003. p. 192.

² RAWLS, John. **Liberalismo Político.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 261/262.

³ RAWLS, John. **Liberalismo Político.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 262.

⁴ RAWLS, John. **Liberalismo Político.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 263.

O presente trabalho, diferentemente do autor indicado na teoria supramencionada, pretende se valer da lógica de razão pública de forma mais ampla, mais abrangente, para que ela se ocupe de campo de abrangência mais amplo, como as tomadas de decisão na esfera pública.

Talvez o referencial teórico mereça um aprimoramento, para encontrar a razão da razão pública, como algo que aproxime dos termos motivação, justificativa, racionalidade, ou até mesmo, se valer das expressões como “bem comum” ou “interesse público” que deve permear e justificar as escolhas públicas.

O Direito Constitucional formado por princípios não pode ser interpretado de forma rígida e pouco dúctil que o método juspositivista utiliza, pois não atende as exigências da justiça substancial.⁵

Assim, podemos entender, a razão pública, no Estado Constitucional é regida por princípios, e esta razão é flexível e dúctil por natureza, necessitando de uma metodologia interpretativo-aplicativa que não seja severamente dedutiva como a subsunção, mas sim, de uma técnica ponderativa ligada à razoabilidade prática e a instrumentos equitativos uma metodologia ligada ao balanceamento de princípios e valores em cada caso concreto. O intérprete deve escolher a estrita legalidade e justiça substancial, adotando a solução menos traumática e mais compatível com a realidade e com o sistema jurídico em seu conjunto. O intérprete deve assumir o papel de guardião do constitucionalismo moderno. Abandonando o papel de legislador negativo para se tornar legislador concorrente e com atividade extensa e penetrante remodelando a lei sobre os conteúdos da Constituição.⁶

Segundo Gustavo Zagrebelski a concepção prática do Direito só é respeitada se a jurisprudência se coloca a serviço da lei e da realidade. Tomar em consideração somente o ordenamento conduz a uma ciência inútil.⁷ Motivo pelo qual a tomada de decisão deve buscar uma efetiva racionalidade pública.

O atual direito exige um pluralismo metodológico. A pluralidade não é um defeito, mas uma possibilidade de êxito quando se interpreta a lei buscando a regra

⁵ POZZOLLO, Suzana. **Um constitucionalismo ambíguo.** In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trotta, 2003. p. 192/193.

⁶ POZZOLLO, Suzana. **Um constitucionalismo ambíguo.** In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trotta, 2003. p. 193.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia.** Trad. Marina Gascón. Madrid: Editora Trotta, 1995, p. 133.

adequada. A interpretação aberta não é um erro que a atual ciência do direito deva corrigir, mas um aspecto irrenunciável, tendo em vista seu objetivo.⁸

Já a desintegração da interpretação e a crise de certeza do direito correspondem as concepções da interpretação que admitem o socorro aos princípios em nome da certeza do direito.⁹

E por este motivo a razão da temida explosão subjetivista da interpretação se encontra no caráter pluralista da sociedade atual e da sociedade parcial dos juristas e operadores jurídicos. Estes assumem pontos de vista distintos que não podem deixar de refletir sua atuação, e esta diversidade se acentua pela novidade dos problemas continua e urgentemente levantados pela evolução científica, tecnológica e econômica. A causa de falta de certeza nos processos de aplicação do direito não decorre de uma má disposição mental dos juristas, mas no esgotamento de um quadro de princípios de sentido e valor compartilhados pela generalidade. Falta um único e seguro horizonte de expectativa na ordem dos resultados das operações de interpretação. A jurisprudência acabou se bifurcando e perdeu a possibilidade de distinguir o principal desvio.¹⁰

A falta de certeza do direito não é anomalia, mas sim, consequência dos atuais sistemas jurídicos.¹¹ A ausência de racionalidade nas escolhas públicas padece do mesmo mal.

O direito da equidade e crise de jurisdição correspondem a problemática coexistente entre os distintos aspectos que constituem o direito e a adequação entre casos e regras são questões que exigem uma particular atitude espiritual por parte de quem opera juridicamente.¹²

Para tanto a razoabilidade passou a ser requisito objetivo do direito. Na aplicação judicial, o caráter razoável do direito se evidencia em dois momentos: na categorização dos casos e dos princípios e na busca da regra aplicável a cada caso. O caráter razoável na verdade é a relação de tensão entre o caso e a regra, introduz-se o

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editora Trotta, 1995, p. 135.

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editora Trotta, 1995, p. 144/145.

¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editora Trotta, 1995, p. 145/146.

¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editora Trotta, 1995, p. 146.

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editora Trotta, 1995, p. 147.

elemento da equidade no direito. O ponto sobre o qual é preciso insistir é o duplo caráter da atividade jurisdicional que necessariamente corresponde a magistratura no Estado Constitucional: uma posição de intermediação entre o Estado e a sociedade.¹³

Houve um desdobramento do direito positivo em um conjunto de normas básicas para a produção de decisões políticas (dirigidas aos governantes) e normas de origem política, dirigidas aos administrados.¹⁴

O exercício do poder deveria ser posto a salvo da discricionariedade de seu titular e submetido a regras e independentes de sua vontade, que naturalmente, já não eram imutáveis: *a government of laws and not of men* (um governo de leis e não do homem).¹⁵

O próprio poder judiciário, por vezes, cultiva uma ideia anacrônica de si mesmo e de seus membros como depositários de conhecimentos eminentemente técnicos-jurídicos, distanciando-se das expectativas da sociedade de receber respostas. Percebe-se assim, que os políticos aproveitam esta crise para tentar operações não evolutivas com o abandono das exigências do Estado constitucional.¹⁶ Afastando-se assim da racionalidade que deve permear a tomada de decisão na esfera pública.

Ao tratar do tema direito fundamental à boa Administração Pública, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entende que a boa administração, e aqui fazemos um parêntese para incluir as tomadas de decisão e suas rationalidades, tem como parâmetros os conceitos de eficiência e de resultado de gestão, onde, a eficiência se traduz na otimização da aplicação dos meios administrativos disponíveis e o resultado, como a idoneidade do fruto da gestão realizada para atender satisfatoriamente aos interesses públicos desejados.¹⁷

Luís Roberto Barroso afirma que o constitucionalismo significa Estado de Direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais.¹⁸

¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia.** Trad. Marina Gascón. Madrid: Editora Trotta, 1995, p. 148/150.

¹⁴ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales.** São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30.

¹⁵ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales.** São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31.

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia.** Trad. Marina Gascón. Madrid: Editora Trotta, 1995, p. 148/150.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 16 ed. Forense, 2014. Acesso em 12 de jan de 2015. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5372-0/epubcfi/6/44>>.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo direito constitucional brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da justiça constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 25.

Paulo Ricardo Schier retratou o fato das Constituições serem eminentemente principiológicas e que durante longo tempo, afirmar que determinado enunciado normativo possuía caráter principiológico significava retirar seu caráter normativo. Tal acepção decorria dos modelos conservadores da teoria jurídica, onde princípios não passavam de conselhos éticos ou morais aos quais não se vinculavam os legisladores. Mas restou claro a necessidade de superação desses modelos tradicionais, partindo para modelos que propugnavam a normatividade dos princípios.¹⁹

Considerações finais

O tema de inquietação que se colocou no presente trabalho diz muito sobre os caminhos capazes de trazer respostas à legitimidade do direito, ou melhor, da racionalidade aplicável às decisões públicas.

A partir da observação da obra “O Liberalismo Político” de Jhon Rawls, em que o autor traz ao debate que nem todas as razões são razões públicas, pois temos as razões não públicas de igrejas, universidades e de muitas outras associações da sociedade civil, que podem ser consideradas, mas não necessariamente são razões imponíveis enquanto razão pública capaz de oferecer racionalidade às tomas de decisão na esfera pública.

Como mencionada a razão pública como a definida por Rawls, pode não ser capaz de solucionar o problema de racionalidade e perda de legitimidade nas tomadas de decisão, justamente pela limitação de âmbito de utilização idealizado pelo autor.

O fato do conceito de razão pública idealizado por Rawls ter um âmbito de aplicação bem delimitado, impedindo sua aplicação no problema colocado, não significa dizer que não se possa buscar outro referencial que justifique a racionalidade pública para as tomadas de decisão na esfera pública.

A filosofia constitucional tem apontado caminhos distintos capazes de trazer respostas à legitimidade do Direito, racionalizar o exercício do poder e das tomadas de decisão na esfera pública.

¹⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional:** anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2008, p. 97-99.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo direito constitucional brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da justiça constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales.** São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 16 ed. Forense, 2014. Acesso em 12 de jan de 2015. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5372-0/epubcfi/6/44>>.

POZZOLLO, Suzana. **Um constitucionalismo ambíguo.** In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trotta, 2003.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Liberalismo Político.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional:** anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia.** Trad. Marina Gascón. Madrid: Editora Trotta, 1995.

16. A QUEM PERTENCE O DIREITO DE SUCESSÃO NO BRASIL?

TO WHOM BELONGS THE SUCCESSION RIGHT IN BRAZIL?



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-16>

Ítalo Reis Gonçalves¹

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima²

Resumo

O direito de sucessão hobbesiano é fundamental para o exercício do poder soberano e determina qual forma de governo é adotada por cada Estado. Em uma democracia representativa, como é o caso do Brasil, o direito de sucessão se manifesta através do exercício, pelo povo, da prerrogativa de indicação dos candidatos a cargos eletivos e do direito ao voto. Assim, este trabalho, por meio de uma metodologia analítica, descriptiva e avaliativa com base em pesquisa bibliográfica, investigação documental e estudo de casos, buscou desenvolver uma posição crítica acerca das principais particularidades do direito de sucessão perante o cenário jurídico-político brasileiro. Para tal, analisou-se a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) perante o Habeas Corpus 152.752/PA e o pedido de registro de candidatura 11532, respectivamente. Por fim, concluiu-se que o Judiciário, ao impedir a candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva nas eleições presidenciais de 2018 atuou como um agente político e usurpou o direito de sucessão e a soberania do povo brasileiro, fragilizando as bases democráticas nacionais e possibilitando a instauração de um governo de juízes: juristocracia, na qual qualquer questão política pode ser decidida pelo Judiciário.

Palavras-chave: Thomas Hobbes. Direito de sucessão. Poder soberano. Democracia representativa. Luiz Inácio Lula da Silva.

¹ Mestrando em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Graduado em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7). Advogado e pesquisador acadêmico nas áreas de Teoria da Constituição, Teoria da Democracia e Ciência Política, com ênfase no tema da Judicialização da Política. E-mail: italoreisgoncalves@gmail.com.

² Professor titular do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor). Procurador do Município de Fortaleza. Doutor em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: barreto@unifor.br.

Abstract

The Hobbesian right of succession is fundamental to the exercise of sovereignty and determines which form of government is adopted by each state. In a representative democracy, as the Brazilian democracy, the right of succession is manifested through the exercise by the people of the right to vote. Thus, this paper, through an analytical, descriptive and evaluative methodology based on bibliographic research, documental analysis and case study, sought to develop a critical position about the particularities of the right of succession in the Brazilian legal-political scenario. To this end, the performance of the Supreme Federal Court (STF) and the Superior Electoral Court (TSE) before political questions about Luiz Inácio Lula da Silva's candidacy was analyzed. Finally, it was concluded that the Judiciary acted as a political agent, prevented Lula's candidacy in the presidential elections of 2018 and, consequently, usurped the right of succession and the sovereignty of the Brazilian people. This political reality weakened the national democratic bases and promoted the instauration of a government by judges and tribunals: a juristocracy, where any political controversy can potentially be decided by the will of the Judiciary.

Keywords: Thomas Hobbes. Right of succession. Sovereignty. Representative democracy. Luiz Inácio Lula da Silva.

Introdução

Thomas Hobbes (1588-1679), em seu “Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil” (1651), dispôs, prioritariamente, sobre o estado de natureza do homem e a necessidade de instauração de um pacto social para a conservação da vida humana e, consequentemente, de um estado de paz perpétuo.

No capítulo XIX dessa obra (“Das diversas espécies de governo por instituição, e da sucessão do poder soberano”), seção seminal para o presente trabalho, Hobbes trata sobre o direito de sucessão: a capacidade de perpetuar o poder soberano em caso de falta ou morte do soberano anterior. Nesse segmento, o autor conclui que, independentemente da forma de governo pactuada, o direito de sucessão, imprescindível para a manutenção do pacto social, deva-se concentrar nas mãos do soberano.

A ideia de direito de sucessão, desde a sua concepção no século XVII, passou por um dinâmico processo de evolução teórica e, atualmente, exerce um importante

papel na construção e sedimentação das bases democráticas de diversas sociedades contemporâneas, inclusive a brasileira, cuja Constituição Federal de 1988 (CF/88) prevê o direito de sucessão – ainda que de forma indireta – no seu texto normativo. Mais: a constituição brasileira garantiu o *status* de direito fundamental ao direito de sucessão, demonstrando a importância atribuída a ele para a consolidação dos fins democráticos do País.

Entretanto, com a crescente atuação do Judiciário – em especial, do Supremo Tribunal Federal (STF) – na resolução de controvérsias políticas por meio da jurisdição constitucional, os direitos políticos fundamentais, como o sufrágio universal – cuja derivação é o direito de sucessão –, são afastados em nome de uma ilusória maior capacitação institucional advinda dos juízes e tribunais, e, consequentemente, a participação política popular é suprimida. Assim, o povo, soberano formal, torna-se incapaz de exercer o direito de sucessão, pois o Judiciário tomou tal prerrogativa para si, garantindo, desse modo, de acordo com os pressupostos teóricos hobbesianos, a sua condição como soberano material.

No contexto político brasileiro, a usurpação, pelo Judiciário, do direito de sucessão – e, como resultado, do poder soberano – pôde ser constatada em duas ocasiões complementares. Primeiramente, na atuação do Supremo Tribunal Federal perante o julgamento do *Habeas Corpus* 152.752/PA (HC 152.752/PA), que questionou a constitucionalidade da execução provisória da pena advinda da condenação, em segundo grau jurisdicional, do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva por corrupção e lavagem de dinheiro. Ao decidir pela constitucionalidade da execução provisória da pena, o STF minou a então futura candidatura, nas eleições presidenciais de 2018, do ex-presidente, um dos pré-candidatos de maior força política daquele ano. Segundamente, na atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) perante o julgamento do pedido de registro de candidatura nº 11532 de Lula. Ao decidir pela inelegibilidade do ex-presidente, o TSE impossibilitou o pleno exercício do direito ao voto dos eleitores de Lula e tomou, para si, a prerrogativa de indicação dos candidatos a cargos eletivos.

Isso posto, o presente trabalho busca responder o seguinte questionamento: ao optar pela inelegibilidade de Lula nas eleições de 2018, o Judiciário brasileiro usurpou a soberania popular? Para tal, dois são os seus objetivos centrais: a) dispor sobre as principais questões teóricas relacionadas ao direito de sucessão proposto por Thomas

Hobbes; b) investigar as atuações do STF no julgamento do HC 152.752/PA e do TSE no julgamento do pedido de registro de candidatura nº 11532, buscando relacionar as decisões judiciais que resultaram na inelegibilidade de Lula nas eleições presidenciais de 2018 e a limitação do direito de sucessão popular, imprescindível para a manutenção de uma democracia representativa.

Por fim, ainda é necessário destacar que este estudo se mostra relevante perante a proposta central da VI Jornada de Direitos Fundamentais: discutir e defender a efetivação dos direitos fundamentais perante a realidade jurídico-política da comunidade latino-americana, pois aborda, em seu cerne, a concretização – ou não – do direito de sucessão do povo brasileiro, derivação direta do sufrágio universal, resguardado pelo artigo 14 da Constituição Federal de 1988.

1 Metodologia

O presente trabalho adota uma metodologia analítica, descriptiva e avaliativa, valendo-se, prioritariamente, de análise bibliográfica (artigos, livros e periódicos), estudo de casos (HC 152.752/PA e pedido de registro de candidatura nº 11532) e investigação legislativa (arts. 1º e 14, CF/88) para desenvolver uma pesquisa verticalizada sobre a temática proposta. A abordagem sugerida é necessária para o estabelecimento de pressupostos teóricos essenciais, para a interpretação dos dados e posicionamentos doutrinários analisados e para a sintetização lógica das conclusões oferecidas.

Em um primeiro momento, este trabalho analisará, prioritariamente, os postulados teóricos desenvolvidos por Thomas Hobbes em seu livro “Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil” relacionados a “Estado”, “poder soberano” e “direito de sucessão”. Contudo, também serão abordadas, ainda que de forma periférica, obras essenciais para o estudo sobre jurisdição constitucional, soberania e democracia elaboradas por nomes como Barroso, Bodin, Hirschl, Tocqueville e Urbinati.

Em um segundo momento, este trabalho examinará os julgamentos do HC 152.752/PA pelo Supremo Tribunal Federal e do pedido de registro de candidatura nº 11532 pelo Tribunal Superior de Justiça, buscando: a) inicialmente, refletir sobre os argumentos utilizados pelo Judiciário para justificar a inelegibilidade de Lula; b)

postumamente, dispor sobre o contexto jurídico-político do Brasil de 2018, quando dos julgamentos dos casos aqui propostos.

Em um terceiro momento, este trabalho investigará os artigos 1º e 14 da Constituição Federal de 1988 – que versam sobre aspectos relacionados a soberania popular, sufrágio universal e direito de sucessão – e também ponderará sobre como a decisão do Judiciário ante o HC 152.752/PA e o pedido de registro de candidatura Nº 11532 impactou a efetivação – ou não – desses direitos fundamentais perante a realidade brasileira.

2 O direito de sucessão em Thomas Hobbes

No capítulo XVII de “Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil”, Thomas Hobbes afirma que o Estado – Leviatã – é resultado de um pacto estabelecido, voluntariamente, entre todos os indivíduos de uma sociedade que, através da transferência perpétua da totalidade do poder político para um indivíduo ou uma assembleia, visa à instituição de um poder comum capaz de defender o povo, evitar o estado de guerra e garantir, por meio do uso da força, o cumprimento comunitário das leis da natureza (justiça, equidade, modéstia, piedade, etc), ou seja: capaz de conservar a vida humana³. Para o autor, a instituição do pacto social e, consequentemente, de um Estado é fator necessário para a manutenção de uma qualidade de vida satisfatória para o homem, que, diferentemente de animais como as abelhas ou formigas, não é capaz de viver socialmente de forma natural, alheio a uma força extracorpórea que limite os seus atos vis e egoístas⁴.

A partir do pacto social, confere-se toda a força e poder a um sujeito ou a uma assembleia de sujeitos que possa reduzir as diversas vontades individuais, por pluralidade de votos, a uma só. Assim, os indivíduos abrem mão da sua liberdade e transferem os seus direitos de auto-governança a esse indivíduo ou a essa assembleia de indivíduos, que os representará politicamente. Os atos do representante político equivalem aos atos dos seus representados, não mais havendo uma distinção clara entre público e privado⁵. O detentor desse poder ilimitado e ininterrupto, então, é

³ HOBBES, Thomas. Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁴ HOBBES, Thomas. 1997, p. 108.

⁵ HOBBES, Thomas. 1997, p. 109.

chamado de soberano, que possui o poder soberano. Os indivíduos representados por ele, por sua vez, são chamados de súditos, que se submetem à vontade do soberano, que, em última análise, são as suas próprias vontades⁶.

Visto isso, constata-se que a ideia de “poder soberano” é central para a adequada compreensão da obra hobbesiana. Contudo, Hobbes jamais ofereceu uma definição clara desse termo, fazendo-se necessário o desenvolvimento de um processo intelectual dedutivo para alcançar o sentido de “poder soberano” como proposto pelo autor.

Para Hobbes, poder soberano é aquele que emana do soberano. Ademais, o autor defende que soberano é aquele – indivíduo ou assembleia – que foi escolhido pela sociedade para resguardar e exercer, ininterruptamente, todo o poder político dos seus súditos, representando-os politicamente⁷. Dessa forma, conclui-se que, de acordo com os pressupostos hobbesianos, poder soberano consiste no poder absoluto e perpétuo que emana do representante político de uma sociedade.

A ideia de poder soberano de Hobbes se assemelha aos pressupostos teóricos de Bodin no sentido de que ambos o consideram como o poder absoluto e perpétuo depositado sobre um ou mais agentes⁸. Contudo, os dois divergem quanto à origem desse poder: Bodin defende que ele advém de Deus; Hobbes, por sua vez, defende que ele advém do pacto social.

No capítulo XIX de “Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil”, Hobbes dispõe que a forma de governo de uma sociedade é estabelecida a partir de quem detém o poder soberano: caso o poder soberano se concentre em apenas um sujeito, a forma de governo é a monarquia; caso o poder soberano se concentre em uma assembleia composta por um pequeno número de sujeitos, a forma de governo é a aristocracia; caso o poder soberano se concentre em uma assembleia composta pela totalidade de sujeitos de uma sociedade, a forma de governo é a democracia⁹¹⁰.

Ademais, uma vez que o poder soberano recai sobre um sujeito ou uma

⁶ HOBBES, Thomas. 1997, p. 110.

⁷ HOBBES, Thomas. 1997, p. 109.

⁸ BODIN, Jean. Os seis livros da República – Livro Primeiro. São Paulo: Ícone, 2011.

⁹ HOBBES, Thomas. 1997, p. 118.

¹⁰ Hobbes afirma que não existe nenhuma outra forma de governo além da monarquia, aristocracia e democracia. Todas as outras denominações, como “tirania” ou “oligarquia”, consistem em tentativas ideológicas ou políticas de deslegitimar as formas de governo tradicionais. HOBBES, Thomas. 1997, p. 118.

assembleia de sujeitos, fadados à mortalidade, mostra-se necessário que, para a conservação do estado de paz advindo do pacto social, tomem-se medidas que garantam a eternidade artificial da vida do soberano¹¹. Ou seja: visando à manutenção e prolongação do Estado, faz-se imprescindível a garantia da capacidade de perpetuar o poder soberano em caso de falta ou morte do soberano anterior.

Essa eternidade artificial ou capacidade de perpetuar o poder soberano é o que se chama de direito de sucessão. Quando o soberano falta ou morre, um novo representante político deve tomar o seu lugar, e quem detém o poder de escolha do novo soberano é o titular do direito de sucessão¹².

Dessa forma, Hobbes afirma que não existe forma perfeita de governo em que o direito de sucessão não pertença ao soberano. Caso o direito de sucessão se encontre sob a guarda de um indivíduo ou uma assembleia que não seja o soberano, este poderá retomar o poder para si a qualquer momento; caso o direito de sucessão não se encontre sob a guarda de ninguém, o Estado estará dissolvido, achando-se os homens, novamente, no estado de natureza¹³. Assim, em uma monarquia, o direito de sucessão deposita-se em um sujeito; em uma aristocracia, o direito de sucessão deposita-se em uma assembleia composta por um pequeno número de sujeitos; em uma democracia, o direito de sucessão deposita-se em uma assembleia composta por todos os sujeitos de uma sociedade¹⁴.

Por fim, Hobbes defende que, em uma democracia, como não há a possibilidade de toda a assembleia detentora do poder soberano vir a faltar ou morrer (caso isso ocorresse, deixaria de existir a própria multidão a ser governada e, consequentemente, a necessidade de instituição a manutenção de um Estado), as questões relacionadas ao direito de sucessão não têm lugar¹⁵.

Entretanto, aqui, cabe uma crítica – e uma extração – aos pressupostos hobbesianos: parece que, ao versar sobre o direito de sucessão em uma democracia, o autor considerou apenas as particularidades políticas de uma democracia participativa, não previu as implicações diretas e indiretas dessa garantia em uma democracia representativa, na qual o povo exerce o seu poder soberano e o direito de sucessão ao indicar os candidatos a cargos eletivos e ao eleger os seus representantes

¹¹ HOBBES, Thomas. 1997, p. 123.

¹² HOBBES, Thomas. 1997, p. 123.

¹³ HOBBES, Thomas. 1997, p. 123.

¹⁴ HOBBES, Thomas. 1997, p. 123.

¹⁵ HOBBES, Thomas. 1997, p. 123.

através do exercício do direito ao voto. Em uma democracia representativa, o direito de sucessão não se manifesta com a falta ou morte do soberano; mas sim com a dos representantes políticos eleitos pelo povo.

Explique-se de forma mais minuciosa os pontos levantados acima: em uma democracia representativa, o povo, soberano, transfere, parcialmente, o exercício do poder político para os seus representantes¹⁶, que passam a atuar como ministros do soberano e a desempenhar aspectos do poder soberano de forma delegada e limitada. Quando um representante falta (por exemplo, em razão do fim do seu mandato) ou morre, o povo indica os candidatos a cargos eletivos e elege um novo representante. Eventualmente, esse novo representante faltará ou morrerá, e o povo, novamente, indicará os candidatos a cargos eletivos e elegerá um novíssimo representante – e assim sucessivamente –, o que dará continuidade ao exercício do poder soberano. Esse processo eletivo, então, resulta em uma eternidade artificial que garante a perpetuação do poder soberano, ou seja: resulta no direito de sucessão. Curiosamente, o próprio Hobbes parece coadunar com essa afirmação quando versa sobre a dinâmica política do governo de um monarca eletivo, no qual, quando o monarca falta ou morre, o soberano, visando à conservação do Estado, indica e elege um novo monarca e, consequentemente, eterniza o poder soberano¹⁷.

Isso posto, no Brasil, uma democracia representativa, o direito de sucessão é exercido pelo povo soberano por meio da indicação dos candidatos a cargos eletivos e da eleição dos representantes políticos (presidente da república, governadores, prefeitos, senadores, deputados e vereadores) pelo voto. Os direitos à indicação e ao voto, então, consistindo na manifestação do direito de sucessão em uma democracia representativa, garantem a capacidade do povo de perpetuar o poder soberano.

3A quem pertence o direito de sucessão no Brasil?

Em abril de 2018, ao julgar o HC 152.752/PA, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da execução provisória da pena do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva advinda da sua condenação em segundo grau jurisdicional

¹⁶ URBINATI, Natia. *Representative Democracy: Principles and Genealogy*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

¹⁷ HOBBES, Thomas. 1997, p. 119.

por corrupção e lavagem de dinheiro¹⁸. Assim, o STF minou as chances de Lula, um dos pré-candidatos de maior popularidade, concorrer às eleições presidenciais daquele ano – em setembro de 2018, o indeferimento da candidatura se confirmou com a decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)¹⁹ –, e os eleitores do ex-presidente foram impedidos de votar no seu principal candidato.

Visto isso, o presente tópico, visando a elucidar se as ações do Judiciário usurparam a soberania popular, investigará as atuações do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 152.752/PA e do Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do pedido de registro de candidatura nº 11532, buscando relacionar a incapacidade de Lula de participar das eleições presidenciais de 2018 e a limitação do direito de sucessão do povo brasileiro.

3.1 Os julgamentos do Habeas Corpus 152.752/PA e do pedido de registro de candidatura nº 11532

Em 04 de abril de 2018, poucos meses antes do período eleitoral daquele ano, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 152.752/PA, impetrado por Luís Inácio Lula da Silva, decidiu pela constitucionalidade da execução provisória da pena do ex-presidente advinda da sua condenação em segunda instância decretada pelo Tribunal Regional Federal da 4^a Região (TRF-4) em razão da prática dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.

Lula alegou, em sua defesa, que, quando determinou a execução provisória da sua pena, o colegiado do TRF-4 afrontou o princípio da presunção de inocência, albergado pelo inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988²⁰. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de relatoria do Ministro Edson Fachin, entendeu pela constitucionalidade da decisão de segunda instância a partir de uma interpretação extensiva do mesmo art. 5º, LVII, CF/88. O STF minou, assim, a

¹⁸ Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 152.752/PA, 04 de abril de 2018. On-line: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁹ Superior Tribunal Eleitoral: Registro de Candidatura Nº 11532, 01 de setembro de 2018. On-line: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-tse-lula-candidatura-barrada.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

²⁰ 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: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

participação de um dos pré-candidatos de maior popularidade nas eleições presidenciais de 2018²¹.

Em 01 de setembro de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral, ao julgar o pedido de registro de candidatura nº 11532, requerido por Lula, decidiu pela inelegibilidade do ex-presidente nas eleições daquele ano em razão de incidência de cláusula impeditiva expressamente prevista no inciso E do artigo 1º da Lei Complementar Nº 64/2010²².

Lula alegou, em sua defesa, que a sua candidatura nas eleições presidenciais de 2018 era devida em âmbito nacional e internacional, uma vez que: o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) recomendou que o Estado brasileiro assegurasse o direito de participação do ex-presidente nas eleições até o trânsito em julgado da sua condenação penal; e as recomendações do Comitê de Direitos Humanos da ONU possuem efeito vinculante perante o Judiciário. Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral, em acórdão de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, entendeu que: as recomendações do Comitê de Direitos Humanos da ONU não possuem efeito vinculante perante o Judiciário porque o Executivo não ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que fundamentou a decisão do órgão internacional; e os atos praticados por Lula se enquadram nas causas de inelegibilidade previstas na Lei Complementar Nº 64/2010. O TSE, assim, indeferiu o pedido de registro de candidatura do ex-presidente.

3.2 A soberania usurpada

As decisões do Judiciário foram alvo de grande controvérsia não apenas no mundo jurídico. Atores políticos nacionais estiveram atentos a ela²³, uma vez que o

²¹ Apesar da inelegibilidade de Lula ter sido determinada apenas no julgamento do pedido de registro de candidatura Nº 11532 pelo Tribunal Superior Eleitoral, a fundamentação dessa decisão elencou, como um dos motivos para o impedimento do ex-presidente, o fato dele se encontrar preso desde abril de 2018. Assim, constata-se que o julgamento do HC 152.752/PA desempenhou um papel determinante para a impossibilidade de participação de Lula nas eleições daquele ano.

²² Art. 1º São inelegíveis: e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;

²³ Pesquisa “O julgamento de Lula”, realizada pela Diretoria de Análises de Políticas Públicas (DAPP) da Fundação Getúlio Vargas (FGV). On-line: <http://bibliotecadigital.fgv.br//20260/DAPP-Report-Julgamento-de-Lula.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jun. 2019.

Supremo Tribunal Federal, a suposta “razão sem voto”²⁴, através do julgamento do HC 152.752/PA, e o Tribunal Superior Eleitoral, através do julgamento do pedido de registro de candidatura N° 11532, influenciaram, diretamente, o principal processo democrático de uma república presidencialista: as eleições presidenciais. Mais: o Judiciário delimitou o percurso democrático a ser seguido pelo Brasil sem sequer estabelecer um real diálogo com o povo, verdadeiro soberano²⁵. Nesse contexto, a interferência dos juízes e tribunais sobre questões políticas é chamada de judicialização da política²⁶, e esse processo exerce um papel crucial não apenas na modulação dos pilares jurídico-políticos nacionais²⁷, mas também na desestruturação democrática do País advinda do fim das ilusões constitucionais²⁸.

Dessa forma, ao julgar o HC 152.752/PA e o pedido de registro de candidatura N° 11532, o Judiciário resolveu sozinho a seguinte controvérsia política nuclear: Lula poderia participar da corrida eleitoral de 2018? A resposta foi negativa.

Sobre o assunto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º²⁹, determina que o poder emana do povo, consolidando, no ordenamento jurídico-político pátrio, as ideias de soberania popular e de estado democrático de direito. Em seu artigo 14³⁰, por sua vez, a CF/88 determina que a soberania será exercida pelo sufrágio universal. Assim, é possível assumir que, no Brasil: a) a manutenção da democracia depende da soberania popular; b) a soberania popular depende do pleno exercício do direito ao voto do povo. Por dedução, então, a manutenção da democracia depende do pleno exercício do direito ao voto do povo.

Essa construção lógica se assemelha ao que já fez Hobbes. Para o autor: a) a forma de governo é estabelecida a partir de quem detém o poder soberano; b) apenas

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, Número Especial, 2015, Brasília, p. 23-50.

²⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: ou princípios de direito político*. São Paulo: RT, 2002.

²⁶ HIRSCHL, Ran. “The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide”. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006, New York, p. 721-753.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. [Syn]Thesis, vol.5, n. 1, 2012, Rio de Janeiro, p. 23-32.

²⁸ BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. “O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?” Revista Direito e Práxis, Ahead of print, 2018, Rio de Janeiro.

²⁹ 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: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³⁰ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...]

quem detém o poder soberano poderá exercer o direito de sucessão. Por dedução, então, a forma de governo é estabelecida a partir de quem exerce o direito de sucessão.

Como já exposto no tópico 3 deste trabalho, a prerrogativa de indicação dos candidatos a cargos eletivos e o direito ao voto do povo são a manifestação do direito de sucessão em uma democracia representativa, como o Brasil. Assim, caso essas garantias não sejam exercidas pelo povo soberano, as bases democráticas brasileiras ruem, e instaura-se uma forma de governo anômala, cuja aparência é democrática, mas a essência, despótica.

Isso posto, em 2018, quando o Judiciário, através dos seus instrumentos próprios (em especial, do controle de constitucionalidade), atuou politicamente e determinou a impossibilidade da candidatura de Lula nas eleições presidenciais daquele ano, não apenas obstruiu o pleno exercício do direito ao voto popular – uma vez que a parte da população brasileira composta pelos eleitores do ex-presidente não pode votar no seu candidato principal –; mas também tomou, para si, a prerrogativa de indicação dos candidatos a cargos eletivos – uma vez que só tem o pedido de candidatura deferido quem o Judiciário autorizar –, o que, em última análise, transferiu o direito de sucessão do povo, soberano legítimo, para o Judiciário, soberano usurpador.

Essa realidade brasileira resulta em uma contradição institucional: enquanto a Constituição Federal de 1988 preconiza que a soberania emana do povo, a atuação política do Judiciário usurpa o direito de sucessão do povo e, consequentemente, concentra o poder soberano nas figuras dos juízes e tribunais.

Visto isso, a soberania popular consiste em mera formalidade constitucional, pois, materialmente, quem detém a soberania é quem exerce o direito de sucessão: o Judiciário. Assim, como não há povo soberano; mas sim juízes e tribunais soberanos, não há o que se falar em democracia brasileira; mas sim em juristocracia³¹ brasileira, uma forma de governo na qual juízes decidem, potencialmente, todas as controvérsias políticas que moldam as bases sociais³².

³¹ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

³² TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. 10. ed. Vintage Books, 1961.

Conclusão

O presente trabalho, a partir do estabelecimento dos seus pressupostos teóricos e do desenvolvimento dos seus argumentos, convergiu em três conclusões principais.

Primeira: analisando os pressupostos teóricos de Thomas Hobbes em seu “Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil”, conclui-se que as noções de “poder soberano”, “direito de sucessão” e “formas de governo” estão interligadas por um forte laço subjetivo. O poder soberano, responsável pela formação do Estado e pela manutenção de uma boa qualidade de vida do homem, manifesta-se através do exercício do direito de sucessão, que visa à instituição de uma eternidade artificial que perpetue o poder soberano. Ademais, a forma de governo de um Estado será determinada a partir de quem concentra o poder soberano e detém o poder de sucessão. Assim, caso o direito de sucessão não se concentre nas mãos do soberano, o Estado ruirá.

Segunda: direcionando uma visão crítica sobre os pressupostos teóricos hobbesianos, constata-se que, em uma democracia representativa, o direito de sucessão se manifesta através da indicação dos candidatos a cargos eletivos e do exercício do voto pelo povo. Caso, pelo menos, uma dessas manifestações se concentre nas mãos de um indivíduo ou assembleia de indivíduos que não seja o povo, não há o que se falar em democracia, mas sim em uma forma de governo anômala.

Terceira: investigando a atuação do Judiciário na resolução do HC 152.752/PA e do pedido de registro de candidatura N° 11532, que resultou no impedimento da candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva nas eleições presidenciais de 2018, infere-se que, nos casos abordados neste trabalho, os juízes e tribunais atuaram como agentes políticos e limitaram a participação política popular. Ao impossibilitar a candidatura de Lula, o Judiciário supriu o pleno exercício do direito ao voto popular e apoderou-se da prerrogativa de indicação dos candidatos a cargos eletivos, usurpando o direito de sucessão e, consequentemente, o poder soberano do povo brasileiro. Assim, as bases democráticas nacionais foram fragilizadas, e a instauração de uma juristocracia – ou governo de juízes – passou a mostrar-se como uma realidade possível.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. “**A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**”. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, Número Especial, 2015, Brasília, p. 23-50.

_____. “**Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**”. [Syn]Thesis, vol.5, n. 1, 2012, Rio de Janeiro, p. 23-32.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. “**O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?**” Revista Direito e Práxis, Ahead of print, 2018, Rio de Janeiro.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República – Livro Primeiro**. São Paulo: Ícone, 2011.

HIRSCHL, Ran. “**The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide**”. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006, New York, p. 721-753.

_____. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOBES, Thomas. **Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social: ou princípios de direito político**. São Paulo: RT, 2002.

Superior Tribunal Eleitoral: **Registro de Candidatura Nº 11532**, 01 de setembro de 2018. On-line: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-tse-lula-candidatura-barrada.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

Supremo Tribunal Federal: **Habeas Corpus 152.752/PA**, 04 de abril de 2018. On-line: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. 10. ed. Vintage Books, 1961.

URBINATI, Natia. **Representative Democracy: Principles and Genealogy**. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

17. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*THE JUDICIALIZATION OF POLICY AND JUDICIAL ACTIVISM IN APPLICATION
OF HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL JURISDICTION:
AN ANALYSIS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-17>

Manoela Fleck de Paula Pessoa¹

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, investigando se as medidas impostas pelo citado tribunal atuam sob o modelo do ativismo judicial. Com a expansão do Poder Judiciário através da criação dos tribunais constitucionais, que têm a função primordial de aplicação dos direitos fundamentais, houve um processo de judicialização da política, ampliando a atuação jurisdicional, o que condiz com a formação do processo do Estado Democrático de Direito. Entretanto, o fenômeno do ativismo judicial vem sendo observado na justiça brasileira. Tal movimento configura uma atuação proativa do Judiciário, que, através das decisões judiciais, promove uma inovação e interpretação ampliativa, invadindo a competência de outros poderes e implicando na violação constitucional, bem como na quebra do pacto democrático. Assim, será também investigado os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, com o objetivo de concluir qual o modelo adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e consequentemente se esta estaria violando a Convenção Americana de Direitos Humanos. O método adotado para o desenvolvimento do trabalho foi o hermenêutico-dedutivo no levantamento dos dados bibliográficos.

Palavras-chaves: Ativismo judicial. Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Judicialização da Política.

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Email: manoelafpp@gmail.com.

Abstract

This paper aims to analyze the performance of the Inter-American Court of Human Rights, investigating whether the measures imposed by the aforementioned court act under the model of judicial activism. With the expansion of the judiciary through the creation of constitutional courts, which have the primary function of applying fundamental rights, there was a process of judicialization of politics, expanding jurisdictional action, which is consistent with the expansion of the process of the Democratic State. However, the phenomenon of judicial activism has been observed in Brazilian justice. Such movement constitutes a proactive action of the Judiciary, which, through judicial decisions, promotes innovation and broad interpretation, invading the competence of other powers, implying the constitutional violation, as well as the breaking of the democratic pact. Thus, the phenomena of judicialization of politics and judicial activism will also be investigated, in order to conclude which model was adopted by the Inter-American Court of Human Rights, and consequently whether it was violating the American Convention on Human Rights. The method adopted for the development of the work was the hermeneutic-deductive in the survey of bibliographic data.

Keywords: Judicial activism. Human rights. Inter-American Court of Human Rights. Judicialization of Politics.

1 Introdução

A expansão do Poder Judiciário, através da criação dos tribunais constitucionais, fez aumentar o número de demandas que versam sobre a proteção dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Diante da omissão dos outros poderes em concretizar tais premissas, o Poder Judiciário acabou por ser chamado a atuar, através das decisões judiciais, na concretização das políticas públicas.

Começou-se a observar, portanto, o fenômeno da judicialização política em que se baseia na passagem da competência de ações relativas à concretização dos direitos previstos nos textos constitucionais para o Judiciário, atuando este fora de seu campo de atividade. Por si só, a judicialização da política não é violadora da separação dos poderes.

Entretanto, não se pode confundir a judicialização da política com o conceito de ativismo judicial, que tem como característica a participação mais efetiva do Poder Judiciário na aplicação das normas fundamentais, ultrapassando a competência da função jurisdicional e, consequentemente, intrometendo-se no campo de atuação de outros poderes.

A proteção aos direitos fundamentais não é reservada somente aos tribunais constitucionais, mas também aos tribunais internacionais, que estão vinculados aos documentos relativos aos seus campos de atividade.

Um desses tribunais trata-se da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que tem como responsabilidade monitorar e assegurar a aplicação dos direitos humanos no âmbito da América Latina de acordo com os preceitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Entretanto, a Corte IDH, em suas decisões, pode ultrapassar a competência da CADH, já que impõe medidas a serem adotadas pelos Estados-membros. Diante de tal ação, a Corte IDH pode ser questionada como ativista, tendo em vista que estaria atuando fora dos limites previstos na Convenção.

O presente trabalho tem como objetivo principal a análise do comportamento da Corte IDH, buscando chegar a uma conclusão se o modelo adotado pelo tribunal é o ativismo judicial.

Primeiramente, será analisado o processo de formação dos tribunais constitucionais. Logo após, serão estudados os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização política, bem como as consequências de tais modelos para o Estado Democrático de Direitos.

No próximo tópico, é feito uma breve análise sobre o processo de formação das cortes internacionais e como se dá a proteção dos direitos humanos através de tais tribunais, tendo um enfoque na Corte IDH e, por fim, analisando se esta atua sob os paradigmas do ativismo judicial.

O método adotado foi o hermenêutico-dedutivo ao realizar o levantamento dos dados bibliográficos sobre a teoria do ativismo judicial e sobre os tribunais constitucionais, bem como da Corte IDH. A pesquisa utilizou de fontes bibliográficas e legislativas. Ademais, foi explorada a jurisprudência da Corte IDH resultado sobre a atividade do citado tribunal.

2 A Jurisdição Constitucional na ordem democrática

A proteção dos direitos fundamentais está atrelada à instituição e ao surgimento da jurisdição constitucional, já que as cortes constitucionais têm como principal função a aplicação e a interpretação de tais premissas. Como os direitos fundamentais, em geral, são previstos nas Constituições, os tribunais constitucionais agiriam como verdadeiros guardiões das normas fundamentais de um país².

Caberia ao judiciário zelar pelo arcabouço constitucional em caso de atos contrários a tais premissas fundamentais, protegendo também os limites e as competências previstos na constituição.

O próprio Abade Sieyès havia ressaltado a necessidade de uma justiça de defesa das normas fundamentais como forma de defesa da Constituição em caso de violações, para o pensador, deveria haver um tribunal constitucional acima dos poderes do Estado³. A mera previsão dos direitos fundamentais não é suficiente para a eficiência dessas normas, deve haver um órgão responsável pela defesa dos preceitos constitucionais.

Cabe salientar que a jurisdição constitucional correlaciona-se com o conceito de soberania, que teve sua origem no século XVI, com o surgimento dos Estados absolutistas, evoluindo para a atual ideia de soberania popular, segundo qual, todo poder emana do povo⁴.

A soberania do governante passou a ser da vontade popular. Esta soberania reflete inclusive na escolha de um Tribunal Constitucional como defensor da Constituição. É pela soberania popular que o poder constituinte se manifesta, promulgando a Constituição de um Estado, cujo protetor é a Corte Constitucional. Assim, a jurisdição constitucional atua como um verdadeiro instrumento de defesa da vontade soberana do povo ante os arbítrios dos demais poderes constituídos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de soberania também sofreu modificações, ao surgir organizações supranacionais responsáveis pelo monitoramento das ações internas e externas dos países⁵. Diante de tais mudanças no

² KELSEN, Hans. *A Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2007, p. 246.

³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. 6a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 69.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 78.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito Humanos*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

processo de democratização mundial, o povo passou a exigir uma maior contenção ao arbítrio estatal, tendo o Poder Judiciário adquirido, então, uma participação mais ativa no controle dos demais poderes.

3 Ativismo Judicial e a Judicialização política

A judicialização da política é a atribuição de poderes interpretativo-decisórios ao judiciário da política estatal, sendo uma tendência governamental que se iniciou no fim do século XX, podendo correlacionar como consequência da democracia, da separação dos poderes, dos direitos políticos, do uso dos tribunais pelos grupos de interesse e pelos partidos políticos e da inefetividade das instituições representativas⁶.

Contra a inoperância do administrador em concretizar os direitos sociais normatizados, o Poder Judiciário acabou por atuar de forma mais incisiva na concretização das políticas públicas que seriam de competência de outros poderes. É o fenômeno da judicialização da política⁷.

Assim, o próprio processo de democratização, com a descentralização dos poderes e o sistema constitucional, influenciou na judicialização da política. Tal fenômeno refere-se principalmente na interferência do Judiciário em questões de grande repercussão social e política que deveriam ser decididas por órgãos políticos: o congresso e o governo.

A judicialização seria, então, a transferência da tomada das decisões políticas do Executivo e do Legislativo para o Judiciário, tendo tal mudança ocorrida em diversos países que passaram por regimes autoritários, conforme ocorreu com o Brasil⁸.

A judicialização ocorre em democracias, sendo incompatível com regimes autoritários, que geralmente não possuem separação de poderes, estando concentrados no governante. Dessa forma, por si só a judicialização da política não é violadora da separação dos poderes.

⁶ TATE, C. N.; VALLINDER, T. *The global expansion of the judicial power*. New York: New York University, 1995.

⁷ SALDANHA, J. M. L.; STRECK, L. L. “Ativismo e garantismo na Corte interamericana de Direitos Humanos”. In: Freddie Didier Jr.; Glauco Gumerato Ramo; José Renato Nalini; Wilson Levy. (Org.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1ed. Bahia: JUSPODIVM, 2013, v. 1, p. 407.

⁸ HIRSCHL, R. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review, 2006, v. 75, n. 2, p. 721-754.

Tal fenômeno consiste no resultado de um processo histórico comum na formação do constitucionalismo democrático, tendo como a supremacia a Constituição e a sua força normativa, bem como a prevalência dos direitos fundamentais, que somados levam a ampliação e a transformação da atividade judicial. Há um protagonismo do Judiciário que acarreta em uma transferência das principais decisões sobre as premissas fundamentais, que antes era de competência exclusiva do legislativo e executivo, à justiça, fazendo que tal direito seja, cada vez mais, uma garantia constituída judicialmente pelos magistrados⁹.

Esse alargamento da atividade judicial não pode ser confundido com a criação de um novo direito pelos juízes, conforme ocorre com o ativismo judicial. O fenômeno da judicialização tem como base a concretização dos direitos fundamentais, sendo uma necessidade nas democracias, não podendo ser distanciada da questão garantista de preservar a Constituição como paradigma hermenêutico¹⁰.

O conceito de ativismo judicial está atrelado a uma participação mais efetiva do Poder Judiciário na aplicação das normas fundamentais, ultrapassando as regras de competência da função jurisdicional e interferindo no campo de atuação de outros poderes. O juiz, ao interpretar o direito, substitui a vontade do legislador e cria uma nova lei, usurpando a competência do Legislativo¹¹.

Dessa forma, o ativismo judicial configura uma atuação proativa do Judiciário, em que se reconhecem, por meio das decisões judiciais, elementos de inovação e interpretação do texto constitucional, invadindo a esfera de competência do Legislativo e do Executivo.

O ativismo judicial é uma teoria que surgiu em decorrência do pós-positivismo, que transformou o Poder Judiciário, deixando os juízes de serem meros aplicadores da lei¹². A partir de tal modelo, pretende-se extrair ao máximo da interpretação constitucional, com o fim de concretizar os direitos e garantias fundamentais.

⁹ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. "Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?". *Rev. Investig. Const.*, Curitiba , 2014 , v. 1, n. 3, p. 127.

¹⁰ SALDANHA, J. M. L.; STRECK, L. L. "Ativismo e garantismo na corte interamericana de Direitos Humanos". In: Freddie Didier Jr.; Glauco Gumerato Ramo; José Renato Nalini; Wilson Levy. (Org.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1ed. Bahia: JUSPODIVM, 2013, v. 1, p. 408.

¹¹ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹² JORGE NETO, Nagibe de Melo. "Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica?"In: *Direito Constitucional: novo Direito constitucional*. Org. Clémerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, col. Doutrinas Essenciais, vol. 7. 2015, p. 1323.

No Brasil, o ativismo jurídico só teve relevância a partir da Constituição de 1988, quando houve o rompimento do regime autoritário que assolou o país. Dessa forma, com a redemocratização, houve um crescimento e intensificação da participação do Judiciário.

Antes de haver uma alteração formal da Constituição, ou seja, uma modificação do texto, através do poder legislativo, que são os representantes do povo, o ativismo promove um “rompimento constitucional”, comprometendo a integridade e coerência do Direito¹³. Os juízes acabam decidindo para além do texto da Constituição, sendo uma atividade prejudicial para o regime democrático, interferindo na separação dos poderes.

Assim, o Judiciário acaba por atuar não apenas em questões jurídicas, mas também na resolução de conflitos essencialmente políticos de competência de outro poder, questionando-se a legitimidade de tal atuação.

Algumas condições favorecem a atuação judicial mais intrusiva na competência de outros poderes: o ceticismo nas instituições representativas da vontade do povo, tendo uma confiabilidade maior no Judiciário como órgão capaz de responder a todas as questões morais e políticas controvertidas; o enquadramento das questões políticas como discussões constitucionais, legitimando a ação das Cortes Constitucionais na interpretação ampliativa e na inovação na aplicação dos direitos fundamentais; e a esperança da sociedade civil no Judiciário como um órgão estatal menos burocrático para a resolução de conflitos¹⁴.

O que ocorreu, assim, foi um afastamento do modelo de Tribunal Constitucional proposto por Hans Kelsen, baseado no controle de constitucionalidade concentrado, tendo tais cortes adquirido e incorporado novas dimensões.

A atual atividade dos tribunais constitucionais, podendo aqui citar o caso brasileiro, não mais se apoia somente na função de controle constitucional, mas também ganha uma dimensão construtiva e criativa, com a justificativa de concretização dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Os tribunais internacionais também podem ser atingidos pelo fenômeno da judicialização, estando sua aplicação vinculada à garantia e proteção dos direitos

¹³ SALDANHA, J. M. L.; STRECK, L. L. Op. Cit. p. 405.

¹⁴ SILVA, A. R.; ECHEVERRIA, A. Q. D. “Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 395.

humanos no âmbito interno dos Estados-membros nos casos de violação aos documentos transnacionais.

O mesmo pode ocorrer com o processo do ativismo judicial, quando a corte internacional impõe ações de campos reservados à ação política do Estado, intervindo diretamente em matéria própria da soberania do país. Essa atividade estaria fora dos limites dados pelos tratados internacionais. Apesar de assinados pelos países, os documentos internacionais não impedem o respeito à soberania dos seus governos em relação às obrigações da comunidade global¹⁵.

4 A formação da jurisdição internacional

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a revelação das atrocidades que ocorreram durante o regime totalitário que assolou a Alemanha nazista, o cumprimento estrito da legalidade, apoiada na teoria kelseniana, e o respeito sem limites à soberania estatal acabam por serem questionados pela comunidade internacional.

A comunidade internacional, com objetivo de evitar novas violações aos direitos humanos, reuniu-se com o fim de instituir um sistema global de proteção a tais premissas fundamentais, criou a Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁶.

Diversos instrumentos preveem normas de direitos humanos que tem como objetivo a criação de um padrão mínimo de conduta a ser seguido pelos integrantes da comunidade internacional, através da implementação de políticas públicas internas. Com a internacionalização dos direitos humanos também foram criados tribunais internacionais que têm como objetivo julgar as violações às normas internacionais, imputando aos Estados tal responsabilização.

As cortes internacionais possuem legitimidade para julgar os Estados perante as violações aos preceitos previstos em tratados internacionais. Tais tribunais constituem um dos instrumentos com maior poder de persuasão para que os Estados cumpram as obrigações relativas aos direitos humanos. Daí a importância da criação de tribunais internacionais para a garantia dos direitos fundamentais¹⁷

¹⁵ Ibidem, p. 396.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito Humanos*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 335.

Assim, o processo de surgimento dos tribunais constitucionais para a proteção dos direitos fundamentais não ficou restrito ao âmbito interno.

Portanto, há um processo de judicialização dos direitos humanos, ampliando a capacidade processual dos indivíduos no sistema internacional. A afirmação das instâncias jurisdicionais de proteção internacional deve ser analisada como uma expansão da proteção aos indivíduos em face de violações aos direitos humanos.

Os Estados passam a mitigar a soberania dos seus Estados para a formação de uma comunidade internacional, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais, passando a aceitar intervenções de organismos internacionais em plano interno, em prol da garantia de tais premissas.

Após o surgimento dos sistemas globais, vários sistemas regionais surgiram com o objetivo de ter maior aplicabilidade no âmbito dos países membros¹⁸.

Dentre os sistemas regionais existentes mundialmente, encontra-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos que fora criado através da Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da Carta de Bogotá (Carta da OEA) em 1948¹⁹. Tal sistema tem como principal documento a Convenção Americana que traz os parâmetros mínimos a serem seguidos pelos países membros.

A Convenção Americana criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo esta o órgão responsável pela jurisdição na região americana, com o objetivo de monitorar e implementar os direitos humanos em âmbito interno.

A Corte IDH é responsável pela análise dos ilícitos no âmbito do continente americano. Tal tribunal exerce a competência contenciosa responsabilizando o Estado-membro pela violação, já que este se obrigou, ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos.

5 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Ativismo Judicial

Diante do aumento do influxo de demandas e diante das diversas violações aos direitos humanos que ocorrem na América Latina, a Corte IDH também pode sofrer

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito Humanos*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

¹⁹ Ibidem, p. 94.

com o fenômeno do ativismo judicial²⁰.

Ao analisar as sentenças e medidas impostas pela Corte IDH, indaga-se se a atuação do tribunal respeita os ditames da Convenção Americana, que é a sua Constituição vinculativa, ou se estaria violando aspectos relativos à convenção ultrapassando o campo de atuação, bem como invadindo a soberania dos Estados-membros ao impor ações que seriam relativas a decisões internas dos países.

O caso Gomes Lund e outros (*Guerrilha do Araguaia*) é um exemplo que a Corte IDH invadiu a competência estatal e extrapolou os limites da CADH, em que a corte decidiu condenar o Brasil a indenizar as famílias pelo sofrimento causado pela omissão estatal em investigar os ilícitos ocorridos durante o conflito, invocando o direito das vítimas do Regime Militar. Além disso, o tribunal exigiu que o país deveria processar e julgar, criminalmente, os responsáveis pelos atos²¹.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal já havia julgado constitucional a Lei de Anistia, que abrangeia todos os crimes praticados pelo regime ditatorial. Mesmo assim, a Corte IDH determinou a adoção de políticas públicas de resgate da verdade e da memória, incluindo acesso às informações pelos familiares das vítimas, impondo, assim, medidas que seriam de competência da política estatal, intervindo na soberania do Estado²².

Portanto, o questionamento refere-se se a Corte IDH estaria ultrapassando os limites impostos pela Convenção e invadindo os espaços de autodeterminação dos Estados ao exigir a adoção de medidas que seriam de competência do governo do próprio Estado-membro.

O mesmo foi proposto pela Corte IDH ao aplicar medidas cautelares ao Estado brasileiro em casos relacionados ao sistema prisional brasileiro, como o caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas e do Curado. Em ambos os casos, foram relatadas violações aos direitos humanos, tendo em vista as péssimas condições e o superlotamento em que os presidiários se encontravam²³.

²⁰ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. “Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?”. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, 2014, v. 1, n. 3, p. 134.

²¹ CORTE IDH. Caso Gomes Lund y otros (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. Brasil, julgado em 24 de novembro de 2010.

²² LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Op. Cit. p. 135.

²³ CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de novembro de 2018*.

Foram impostas ao Estado brasileiro a adoção de providências para proteger a vida e a integridade física das pessoas privadas de liberdade, como a construção de novos presídios e a adequação do ambiente dos presídios para o atendimento da função da prisão de ressocialização. Outrossim, a Corte IDH exigiu que o Estado empregasse providências para desafogar o sistema presidiário, como a realização das audiências de custódia e a prática de outras penas que não a privação de liberdade. Demonstra-se, assim, que a Corte IDH interviu de forma ativa na política pública do Estado brasileiro²⁴.

Portanto, essa intromissão do tribunal internacional pode ser questionada como um modelo ativista, já que estaria atuando fora dos limites previstos na Convenção.

O problema é que o ativismo judicial é um termo aberto, sendo o conceito de ativo relativo e variável, pois demanda uma atividade jurisdicional interpretativa que não possui padrões bem definidos, que podem variar no tempo e no espaço²⁵.

Ainda que haja parâmetros para que atuação dos tribunais internacionais seja limitada para não invadir a competência dos Estados-membros e não inove no texto dos documentos internacionais, tais limites, bem como a noção de soberania, são termos abertos, que dependem de interpretação. A extensão de até quanto poderá ir a atuação da Corte IDH, aqui estudada, depende do método hermenêutico adotado.

Logo, diante de vários conceitos abertos, a atividade da Corte IDH depende de uma ponderação que poderá obter diferentes resultados na aplicação dos direitos humanos em âmbito interno dos países²⁶.

Evidentemente, em vários casos a Corte IDH pode ter sido considerada ativista, entretanto, cabe questionar se o tribunal tem praticado de fato ativismo judicial ou se essa atividade está relacionada com a necessária intervenção judicial que uma corte internacional deve realizar para cumprir a tarefa de conduzir os Estados da América Latina, que, por vontade própria, ratificaram a Convenção, a cumprir os preceitos do citado documento internacional²⁷.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. “Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?”. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba . 2014, v. 1, n. 3, p. 135.

²⁶ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Op. Cit. p. 136.

²⁷ SALDANHA, J. M. L.; STRECK, L. L. “Ativismo e garantismo na corte interamericana de Direitos Humanos”. In: Freddie Didier Jr.; Glauco Gumerato Ramo; José Renato Nalini; Wilson Levy. (Org.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1ed.Bahia: JUSPODIVM, 2013, v. 1, p. 417.

Os Estados-membros aceitaram a jurisdição da Corte IDH ao assinarem a CADH, estando então sujeitos à responsabilização pelo tribunal nos casos de violação²⁸. Dessa forma, houve uma manifestação de vontade do Estado-membro para estar sob a jurisdição da Corte IDH.

A garantia da efetividade dos direitos fundamentais, através dos instrumentos previstos na CADH, inviabiliza que o ativismo judicial seja aplicado no caso das medidas impostas aos países, trata-se de uma necessária intervenção para o cumprimento dos preceitos dos documentos de proteção aos direitos humanos.

Conclusão

A jurisdição constitucional adquiriu importante papel no processo de formação dos Estados Democráticos de Direito, já que possui a tarefa de proteger a Constituição e, consequentemente, as normas fundamentais ali previstas. Assim os tribunais constitucionais sugiram como verdadeiros instrumentos de resolução de conflitos e efetivação dos direitos supremos de um Estado.

Entretanto, com a expansão da atividade do Poder Judiciário através da criação das cortes constitucionais, as demandas pela concretização dos direitos fundamentais aumentaram. Com a omissão do administrador em implementar as políticas públicas necessárias para a consolidação de tais normas, coube ao Judiciário atuar de maneira mais incisiva para a efetivação das premissas fundamentais.

É dentro desse contexto que surgiu o fenômeno do ativismo judicial que não se confunde com o conceito de judicialização, conforme apresentado no presente trabalho. O ativismo judicial trata-se de um movimento de inovação e reconstrução das leis pela esfera judicial, através da interpretação das normas, invadindo a competência dos poderes Legislativo e Executivo.

Tal fenômeno é nocivo para a consolidação do Estado Democrático de Direito, já que o Poder Judiciário intromete-se no campo de atividade de outros poderes, quebrando o pacto democrático e a soberania do povo que escolheu os representantes para a elaboração das leis.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 371.

Entretanto, tal atividade não está restrita à jurisdição constitucional interna, podendo-se questionar se os tribunais internacionais também estão comportando-se de maneira ativista.

Diante do papel de garantidor dos direitos fundamentais em âmbito americano, a Corte IDH poderá adotar um comportamento ativista judicialmente, impondo aos Estados a adoção de medidas que invadem a soberania, já que se trata de ações relativas ao governo estatal, bem como legislativas. Além disso, indaga-se se as decisões da Corte IDH superam os limites impostos na Convenção Americana, inovando legislativamente.

As recomendações outorgadas em face da violação dos direitos humanos pelos Estados-membros impuseram a adoção de providências para garantir as normas previstas na Convenção Americana.

Ora, a Corte IDH atua com intuito de proteger o Estado Democrático de Direito, utilizando-se de instrumentos para a efetiva concretização dos direitos fundamentais. Logo, as cortes internacionais atuam como importantes órgãos de preservação e garantia dos direitos humanos previstos na Convenção.

Os Estados-membros aceitaram a jurisdição da Corte IDH para atuar perante a comunidade internacional para a consolidação dos direitos humanos previstos na CADH, não podendo se falar em intromissão na soberania estatal desses países.

Além disso, diante da atuação do tribunal americano para a garantia das normas previstas na CADH, o ativismo judicial não estaria sendo um fator influenciador no comportamento, pois o que ocorre é uma necessária intervenção judicial, com intuito de concretizar os direitos humanos em âmbito interno dos países, reafirmando o pacto democrático, já que a Convenção, onde foi prevista a jurisdição da Corte IDH, fora assinada pelos Estados-membros e tendo a jurisdição de tais órgãos sido assumida pelos mesmos. Assim, a atuação da Corte IDH está dentro dos parâmetros convencionados internacionalmente.

Referências

AMORETTI, J.; SCHIRMER, J. B.; RODRIGUES, D. S.; PERES, L. “Alerta nos presídios: medidas de urgência outorgadas ao Estado brasileiro pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos”. *Aracê Revista de Direitos Humanos*. v. 3, n. 4, 2016, São Paulo, p. 76-101.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém : um relato sobre a banalidade do mal.* São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____, Hannah. *As Origens do Totalitarismo.* São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Luis Robert. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.* [Syn]Thesis, v. 5, n.1, Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, p. 23-32.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORTE IDH: *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, julgado em 24 de novembro de 2010. Serie C Nº 219.

_____: *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de novembro de 2014.*

_____: *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de novembro de 2018.*

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 4^a ed. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade.* São Paulo: Atlas, 2013.

HIRSCHL, R. “The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide”. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, New York, University of Fordham, p. 721-754.

KELSEN, Hans. *A Jurisdição Constitucional.* 2 ed. São Paulo: Martins Fonte, 2007.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira.* São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. “Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? ”In: *Direito Constitucional: novo Direito constitucional.* Org. Clémerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, col. Doutrinas Essenciais, vol. 7. p. 1323-1346, 2015.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. “Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?”. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, Sept. 2014.

MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113- 134, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Pùblico*. v.4. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Flávia. *Temas de Direito Humanos*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de carvalho. *Direitos Humanos em Juízo: Comentários aos Casos Contenciosos e Consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SALDANHA, J. M. L.; STRECK, L. L. “Ativismo e garantismo na corte interamericana de Direitos Humanos”. In: Freddie Didier Jr.; Glauco Gumerato Ramo; José Renato Nalini; Wilson Levy. (Org.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. 1ed. Bahia: JUSPODIVM, v. 1, p. 395-428, 2013.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 6a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

SILVA, A. R.; ECHEVERRIA, A. Q. D. “Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 391-408

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 6a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. *The global expansion of the judicial power*. New York: New York University, 1995.

PARTE III
DIREITOS FUNDAMENTAIS E NOVAS TECNOLOGIAS

18. O HOMEM ENTRE O AVANÇO BIOTECNOLÓGICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE MAN BETWEEN THE BIOTECHNOLOGICAL ADVANCE AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-18>

Julie Katlyn Antunes Schramm¹

Resumo

As relações entre direito e tecnologia principalmente quando o humano se torna objeto de pesquisa e investigação, resultam em grande preocupação quanto à segurança jurídica, devendo o Estado assumir o papel de garantidor dos direitos fundamentais dando-lhe nova estrutura. Com a evolução da biotecnologia o humano se vê cercado por seus próprios interesses, tendo em vista que enquanto representante estatal pretende investigar e obter maior controle da sociedade, enquanto pesquisador objetiva avançar os conhecimentos científicos sobre si mesmo e como ser humano é dotado de direitos e garantias fundamentais. Busca-se analisar qual a ideia de justiça diante dos interesses envolvendo a informação genética, e qual a escolha racional para a possibilidade de conflito ou sopesamento jurídico. As informações genéticas nem sempre serão capazes de trazer benefícios aos seres humanos, pois os dados ao serem digitalizados podem acarretar uma série de ameaças a pessoa humana. Desta forma, a pesquisa centraliza-se em avaliar os limites constitucionais e parâmetros de proteção no ordenamento jurídico brasileiro que possam garantir a intimidade genética como um direito fundamental. O método de abordagem do tema foi o dedutivo e o método de interpretação foi o sistêmico.

Palavras-chave: Biotecnologia. Direitos fundamentais. Dados genéticos

Abstract

The relationship between law and technology, especially when the human becomes the object of research and investigation, results in great concern regarding legal certainty,

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia junto ao Centro Universitário Autônomo do Brasil, Unibrasil. Pós-graduação em Direito Penal pela Faculdade Damásio Educacional, Damásio. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUCPR.

and the State should assume the role of guarantor of fundamental rights giving it a new structure. With the evolution of biotechnology, the human being is surrounded by his own interests, considering that as a state representative intends to investigate and gain greater control of society, while a researcher aims to advance scientific knowledge about himself and how human being is endowed with rights and fundamental guarantees. We seek to analyze what is the idea of justice in the interests of genetic information, and what is the rational choice for the possibility of conflict or legal thinking. Genetic information will not always be able to bring benefits to humans, as data being digitized can pose a number of threats to the human person. Thus, the research focuses on evaluating the constitutional limits and protection parameters in the Brazilian legal system that can guarantee genetic intimacy as a fundamental right. The method of approaching the theme was deductive and the method of interpretation was systemic.

Keywords Biotechnology. Fundamental rights. Genetic data.

1 Introdução

O corpo humano digitalizado revela uma fase de tensão no Direito, pois envolvendo direitos humanos e fundamentais, acaba se tornando objeto de pesquisa e investigação, não sendo apenas o Estado interessado nas informações genéticas que derivam da pessoa-fonte. Os dados genéticos são de extrema importância para pesquisa científicas, investigação e controle do Estado, além das empresas privadas que pretendem comercializar estas informações, por esse motivo a manipulação genética apesar de ser um avanço na medicina tornou-se uma grande preocupação para o Direito.

Buscar-se-á no primeiro momento investigar o auxílio que os biobancos podem fornecer à investigação criminal, devido as informações genéticas serem capazes de individualizar a pessoa humana. Na tentativa de analisar até que ponto a intervenção estatal pode agir para buscar a verdade real em uma investigação criminal, será avaliada a previsão de obrigação na extração do material genético para compor o banco de dados, uma vez que com o avanço tecnológico o vazamento destas informações pode gerar graves danos às pessoas, cuja intimidade genética deve ser preservada.

Outrossim, serão demonstrados os direitos fundamentais envolvidos na manipulação genética em geral, principalmente pela coercitividade e intervenção estatal sobre o fornecimento obrigatório de material biológico. Desta forma, analisando o direito de punir do Estado e os direitos fundamentais da pessoa humana, quando o objeto de pesquisa e investigação é o humano digitalizado recorrer-se-á pela busca a ideia de justiça e escolha racional dentro de uma pluralidade de razões.

Com a pesquisa envolvendo direito e tecnologia, verificar-se-á características, objetivo e o âmbito de proteção da Lei Geral de Proteção de dados, também a Proposta de Emenda à Constituição nº 17 de 2019, pois ambas tratam sobre os dados pessoais, sendo que o segundo dispositivo pretende a inclusão destes dados como um direito fundamental.

Por último, doravante o suporte fático na aplicação do direito constitucional, pois a tecnologia não era tema a ser discutido na Constituição da República Federativa do Brasil, na época em que fora promulgada. Indagando-se no tocante à intervenção estatal, a proteção à intimidade genética e a privacidade de informações genéticas, sendo que a pesquisa neste tópico consistirá em verificar se são protegidos por norma e garantidas como direitos fundamentais e se há legislação que ofereça a segurança jurídica necessária.

2 Banco de dados genéticos como auxílio à investigação criminal versus direito à privacidade, dignidade da pessoa humana e consentimento para extração do DNA

As bases de dados genéticos podem ter elevada eficácia na investigação criminal, por ser o meio de prova que pode alcançar o mais próximo da autoria de um crime, sendo o DNA (ácido desoxirribonucleico) primordial na identificação humana. Contudo, estas características podem se revelar normais e/ou patológicas² e desta forma, o humano digitalizado juntamente com sua comunidade torna-se objeto de estudo e de controle do Governo, além das empresas privadas e comerciais, tais como farmácias, empresas de seguro de vida ou planos de saúde, que são interessadas na

² Zatz, Mayana. “Projeto genoma humano e ética”. Revista São Paulo em Perspectiva, v. 14, n. 3, 2000, São Paulo SP, Fundação Seade. pp. 47-52.

obtenção destas informações genéticas, o que pode resultar em uma ameaça aos direitos de personalidade e à dignidade da pessoa humana.

O banco de dados genéticos é utilizado como fonte na elucidação de crimes desde a década de 1980, quando a análise do DNA se tornou uma técnica precisa de identificação humana na investigação criminal, sendo que no Brasil a técnica é utilizada desde os anos 2000 para comparação de material genético.³

No ano de 2012 a Lei 12.654 inseriu a obrigatoriedade da coleta de material genético em condenados por crimes dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa, bem como por crimes hediondos previstos na Lei 8.072/90. A obrigatoriedade da coleta do material biológico gerou discussão no meio jurídico, de tal forma que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral sobre o tema, conforme o julgamento do Recurso Extraordinário RE 973837/MG, diante da possível violação dos direitos de personalidade e direito de não autoincriminação.

Mesmo diante da repercussão e possibilidade da violação aos direitos fundamentais em um grupo seletivo de condenados a fornecerem de maneira obrigatória o seu DNA, o atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, apresentou um pacote anticrimes para aprovação, e neste projeto há previsão da ampliação do banco de perfis genéticos (Projeto de Lei 882/2019). Contudo, uma das propostas do projeto de lei é de que todos os condenados por crimes praticados com dolo sejam, obrigatoriamente, submetidos à extração do DNA mesmo antes do trânsito em julgado, e essa determinação atingirá aqueles que já estão cumprindo pena, sendo que havendo a recusa constituirá em falta grave. Desta forma, o Projeto de Lei impõe a coleta de material genético sem o consentimento da pessoa-fonte.

Conforme o artigo 18, inciso I do Código Penal, crime doloso ocorre quando há o elemento volitivo representado pela vontade do agente ou quando ele assumiu o risco em produzir o resultado, ao passo que o crime culposo deve ser composto por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, todo crime é considerado doloso, pois a infração penal de natureza culposa somente é considerada quando expressamente prevista em lei.⁴

³ Camelo Viana Lopes, Érica. Duarte Costa, Vanessa. da Silva Sena Barcelos, Rejane, “Banco de Dados de DNA na Área Forense – Uma Realidade Brasileira”, Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics. V.2, n.4, 2013, Ribeirão Preto SP, Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos. pp. 353-364.

⁴ Greco, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017

Por estas razões, ao buscar respostas na Constituição da República Federativa e ordenamento jurídico brasileiro quanto ao consentimento para coleta de material genético, nota-se que não há tal previsão, contudo no artigo 5º, §2º da CF/88 consta a inclusão de outros direitos e garantias “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sendo assim, no Direito Internacional pôde-se encontrar um respaldo não observado por tal Projeto de Lei, o que também vale dizer que não foi observado pela Lei 12.654/12 que já prevê a obrigatoriedade do fornecimento do material genético de um grupo seletivo de condenados.

No âmbito internacional, mais precisamente, chama-se a atenção para três declarações, quais sejam, Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos e, por último a Declaração Universal da Bioética e Direitos Humanos, justamente porque estas declarações afirmam que para a manipulação do material genético deve haver respeito à dignidade da pessoa humana e principalmente o consentimento da pessoa-fonte.

É certo afirmar que a digitalização do humano, permite-se chegar a inúmeras informações genéticas, tratando-se da intimidade do indivíduo e, devendo ser amparado pelos direitos e personalidade.⁵ Certamente as informações que derivam do material biológico são de extrema importância para as pesquisas e estudos sobre epidemiologias e farmacogenética ou farmacogenômica, bem como a busca sobre os genomas e o meio em que as pessoas habitam, servindo a base de dados como um “repositório material” para futuras pesquisas.⁶

Assim, indaga-se a veracidade do objetivo real na coleta do DNA quando o Estado quer implantar um banco de dados para a população brasileira, primeiramente restringindo o número de condenados considerados “perigosos”, e em outro momento o Estado quer ampliar esse banco de dados classificando todos os condenados por crimes dolosos ao fornecimento do material biológico. Ou seja, primeiro classificou os mais perigosos condenados e agora quer atingir forçosamente todos os condenados, mas quanto a estes últimos não há necessidade do trânsito em julgado. Assim, é

⁵ Espíndola Correa, Adriana. *O corpo digitalizado*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P. 216

⁶ Idem. P. 78-79

possível observar que o objetivo estatal é a completude do banco de dados genéticos ampliando-o a todos os criminosos.

Apesar da grande contribuição dos bancos de perfis genéticos para a eficácia na resolução de crimes, não é só o Estado o interessado pela biotecnologia e digitalização do corpo humano, existem empresas com grande interesse nas informações genéticas, para sua comercialização, devendo haver um cuidado ainda maior e o sigilo destas informações. Então, de maneira coercitiva e com o objetivo de exercer o seu direito de punir, o Estado ao mesmo tempo tem maior controle da população dentro das características genéticas de diferentes grupos da sociedade, por isso indaga-se quanto ao real objetivo diante da coerção para obtenção do DNA dos condenados e ampliação do banco de dados genéticos.

Em outros países como o Japão, por exemplo, o banco de dados tem a variedade da “pesquisa da variação genética da população japonesa”, como uma forma de ampliar os estudos na medicina, sendo os dados facilmente acessíveis através da internet, da mesma forma foi realizado na Islândia, Reino Unido, Inglaterra entre outros.⁷ Nestes países a utilidade das bases de dados é descrita pelos governantes como objeto de pesquisas com a proposta de que resultará em medicamentos aprimorados, e descobertas de mutações genéticas.

As informações genéticas podem trazer revelações sobre a saúde do indivíduo que forneceu o DNA e também informações hereditárias, podendo revelar doenças existentes ou futuras que a pessoa humana poderá desenvolver, por isso deve haver a tutela jurisdicional do direito à intimidade genética, pois uma vez lançados estes dados na internet as pessoas ficarão expostas e sua privacidade ficará ameaçada.

A professora Adriana Espíndola Correa, em seu livro “O Corpo Digitalizado” explica que os dados resultantes do Projeto Genoma Humano estão disponibilizados no GenBank, sendo o seu acesso livre e gratuito⁸, e já na página inicial deste site a explicação é de que os dados são trocados diariamente pelas organizações “DataBank do Japão (DDBJ), o European Nucleotide Archive (ENA) e o GenBank no NCBI”⁹, porém a explicação é também a de que a organização pressupõe o consentimento dos indivíduos que enviaram suas sequências de DNA. Então caminhamos para o primeiro

⁷ Idem. P. 81-84

⁸ Idem. P. 80

⁹ NCBI. GenBank. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/genbank/>> Acesso em 09 de agosto de 2019.

ponto preciso desta pesquisa, qual seja, o consentimento no fornecimento do DNA para disponibilização nos biobancos e a obrigatoriedade prevista em lei e no Projeto de Lei 882/2019.

O Estado está se mostrando demasiadamente interessado no seu direito de punir, não demonstrando atenção aos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana e previstos na Constituição. Embora o DNA seja um dos meios de prova determinantes na autoria de crimes, este fornecimento obrigatório do material biológico previsto na Lei de Execução Penal, e ainda se estendendo a todos os condenados por crimes dolosos, como dispõe o projeto de lei em comento, ofende a dignidade da pessoa humana, primeiro porque classifica determinado grupo de pessoas sugerindo que estas podem voltar a delinquir, segundo porque a lei é clara em não se importar com o consentimento da pessoa determinando de imediato o seu submetimento à extração do DNA.

Por esse motivo adentramos no segundo ponto desta pesquisa investigando qual seria a escolha racional que o Estado deveria fazer para que se possam eliminar as injustiças, pois temos por esta analise dois vieses, a ampliação do banco de dados genéticos para auxiliar na investigação criminal sustentando o direito de punir do Estado ou a preservação do direito à intimidade genética do indivíduo reservando assim ao seu consentimento para coleta de material biológico. O direito de punir do Estado está insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo o princípio da legalidade a sustentação no âmbito criminal.¹⁰ Há, portanto, um conflito entre direitos fundamentais.

As instituições estatais devem buscar a justiça e o equilíbrio na sociedade para o seu desenvolvimento e não forçar os indivíduos a se submeterem aos objetivos do Estado sem prover os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Rawls afirma que a busca da justiça deve se entrelaçar e derivar da ideia de equidade, para tanto em sua “teoria da justiça como equidade” adota-se a posição original para haver imparcialidade, não sabendo ao certo qual será a posição dentro da sociedade, e os representantes ao utilizar o véu da ignorância não poderão se valer de suas ambições e do próprio benefício, pois haverá uma ignorância sobre seus interesses pessoais¹¹. Assim, para que o Estado possa exercer o seu direito de punir utilizando-se da

¹⁰ de Souza Nucci, Guilherme. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2014.

¹¹ Sen, Amartya. A ideia de Justiça. São Paulo. Companhia das letras, 2011. p. 84-85

biotecnologia, digitalizando assim o humano, deve atentar-se ao fato de que está lidando com pessoas, pois “a informação genética empurra ao limite a diluição das fronteiras entre pessoa e coisa, entre o privado e público, entre particular e coletivo, entre indivíduo e espécie”.¹²

É altamente perceptível que há uma pluralidade de razões envolvendo a informação genética como objeto de pesquisa ou de investigação criminal e controle do Estado, pois o DNA como fonte de pesquisa tanto para pesquisadores científicos quanto para indústrias farmacêuticas objetiva exercer a liberdade de pesquisa científica, já o Estado justifica que o DNA é fonte para investigação criminal utilizando-se da argumentação pública para tal fim, exercendo assim o seu direito de punir através do princípio da legalidade. Pode-se notar então que em ambos os casos se utiliza a tecnologia baseada na biologia onde o corpo humano é alvo de estudos e investigação. A obrigatoriedade no fornecimento do material biológico demonstra, portanto, o conflito dos direitos fundamentais do Estado e do indivíduo diante do desenvolvimento tecnológico e biotecnológico.

3 O avanço tecnológico e a ameaça aos direitos fundamentais

Nesta abordagem, notou-se que o choque entre direitos fundamentais se deu através da evolução tecnológica com o uso da biologia, o homem possui direitos fundamentais expressos na Carta Maior, e utilizou da pesquisa científica e meios tecnológicos para estudar o corpo humano e informações genéticas. A pesquisa científica através do DNA trouxe inúmeras contribuições e descobertas de doenças resultando no avanço para a medicina, mas não só é possível trazer benefícios para a pessoa humana, incorre o risco de ameaçar seus direitos humanos e fundamentais.¹³

Desta forma com o avanço e uso da biotecnologia, buscou-se dentro do sistema jurídico brasileiro meios eficazes para o uso correto dos dados genéticos. O resultado da pesquisa na legislação sobre direito e tecnologia nos leva até a Lei 13.709/18 Lei

¹² Espíndola Correa, Adriana. *O corpo digitalizado*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p.12

¹³ Wolfgang Sarlet, Ingo. Rodrigues Petterle, Selma, “Liberdade de pesquisa como direito humano e fundamental e seus limites: a pesquisa com seres humanos e os parâmetros protetivos estabelecidos pelo direito internacional e sua recepção no Brasil”, *Revista Espaço Jurídico*, v. 15 n.1, 2014, Chapecó SC, Universidade do Oeste de Santa Catarina. pp.13-38.

Geral de Proteção de Dados Pessoais que alterou a lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e entrará em vigor no ano de 2020.

Ao analisar a LGPD, pode-se vislumbrar que a lei estabelece um conjunto de regras que se aplicam aos dados pessoais estabelecendo limites para sua utilização seja pelo setor privado ou o setor público, trata de dados disponibilizados na internet e traz a tutela dos dados pessoais neste âmbito. Os dados pessoais são qualquer informação que se referem à uma pessoa, não são categorizados, desta forma qualquer dado pessoal pode ser protegido perante a lei, seja um dado cadastral, dados de saúde, ou dados de localização, contudo no que tange aos dados genéticos a lei os trata como dados sensíveis.

Os dados sensíveis são dados pessoais sobre a “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” e estão dispostos no artigo 5º, inciso II da referida lei. A LGPD também prevê que para o acesso aos dados sensíveis deve haver consentimento do titular ou o responsável legal. Insta ressaltar, que qualquer dado que seja associado à pessoa humana é passível de proteção, no entanto estar protegido não quer dizer mantê-lo privado, ou secreto, ou dar uma possibilidade de disposição total do que pode ser feito com estes dados, há dados pessoais que podem ser utilizados por força de lei, como é o caso dos dados genéticos para investigação criminal, mas nem por isso deixam de ser dados pessoais.

Neste ano de 2019 foi proposta uma Emenda à Constituição, PEC 17/2019, que objetiva inserir no artigo 5º da Constituição Federal complementando o inciso XII pela inclusão da proteção e tratamento de dados pessoais nos direitos fundamentais. Além disso, a PEC17/2019 também objetiva a inclusão da proteção de dados como uma das competências privativas da União para legislação, no artigo 22 da Constituição Federal.

Podemos ver que o mais próximo de os dados genéticos terem proteção constitucional está na Proposta de Emenda à Constituição, mas não como dado genético a ser expressamente protegido e sim embutido nos dados pessoais sendo considerado um dado sensível pela lei de proteção de dados, não havendo, desta forma, um suporte fático como aplicação no direito constitucional que seja capaz de estruturar

e impor limites e restrições à manipulação genética, nem para a pesquisa científica, tampouco para a investigação criminal.

4 Privacidade e Intimidade genética do humano digitalizado sob a ótica do suporte fático

No tocante a liberdade de pesquisa científica e intervenção estatal para investigação criminal através do uso de informações genéticas digitalizadas, a pesquisa consistiu em verificar se a intimidade genética e a privacidade de informações genéticas são protegidas por norma e garantidas como direitos fundamentais, e ainda se há legislação que ofereça a segurança jurídica necessária para estes dados. Desta forma, foi preciso analisar os direitos fundamentais e a aplicação do suporte fático no direito constitucional.

A Constituição de 1988 fará 31 anos em 05 de outubro de 2019, por esse motivo, vale ressaltar que a época em que fora elaborada e promulgada, a privacidade e intimidade genética não eram ameaçadas pelo avanço tecnológico como ocorre nos dias de hoje¹⁴. Por tal motivo, a Constituição Federal não foi capaz de prever expressamente as informações genéticas e dar um suporte, que neste caso, o suporte fático.

Suporte fático concreto é realização dos elementos dispostos na norma jurídica em abstrato, para a realização desta previsão há uma determinada consequência jurídica.¹⁵ Os dados genéticos como objeto de estudo e investigação resultam na colisão entre direitos fundamentais, e para avaliar a colisão ou sopesamento destes direitos deve-se analisar o suporte fático, verificando os seus componentes e fundamentação, assim “o preenchimento do suporte fático de uma norma é condição para que sua consequência jurídica possa ocorrer”.¹⁶

O âmbito de proteção dos direitos fundamentais são apenas uma parte do suporte fático, contudo para sua caracterização e configuração, é preciso a outra parte, qual seja a proteção contra a intervenção estatal. Para Alexy e Borawski o suporte fático é a soma do âmbito de proteção e intervenção estatal, de maneira que se a ação estatal

¹⁴ Afonso da Silva, Virgílio. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁵ Idem, p. 68.

¹⁶ Idem, p.69-70.

não for devidamente fundamentada deve haver uma consequência jurídica que irá cassar tal intervenção.¹⁷ Entretanto, para Virgílio Afonso da Silva, apenas estes dois elementos não são suficientes para a consequência jurídica de um direito fundamental ser acionada, devendo, portanto, incluir a ausência de fundamentação constitucional.¹⁸

O suporte fático pode ainda ser restrito ou amplo. O suporte fático restrito, é aquele em que não há uma previsão em abstrato de algumas ações, estados ou posições jurídicas, ao passo que o suporte fático amplo se concentra na “argumentação possível no âmbito da fundamentação constitucional das intervenções”.¹⁹

Desta forma a proteção da informação genética ou manipulação genética, não obteve previsão constitucional no âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais, e não havendo previsão se está diante de um suporte fático restrito. Virgílio Afonso da Silva explica que a Constituição Federal do Brasil foi escrita com base na história brasileira, tratando o histórico-genético como suporte fático restrito que à época de sua promulgação não foi previsto porque não era objeto de proteção estatal.²⁰ Entretanto, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal são diretamente afetados com o avanço biotecnológico e a ciência genética, o que resulta na necessidade de o Direito Constitucional dar nova estrutura aos princípios constitucionais, justamente por haver um novo bem jurídico a ser tutelado.²¹

Conclusão

O direito de punir do Estado e a liberdade de pesquisa científica deixou o homem dividido entre a tecnologia e os seus direitos fundamentais. O objetivo desta pesquisa foi buscar no ordenamento jurídico os direitos fundamentais envolvidos quando o Estado se interessa pela manipulação genética, pois o Estado não é o único interessado nestes dados, existem além de pesquisadores, as empresas privadas que pretendem comercializar estas informações.

¹⁷ Idem, p. 74.

¹⁸ Idem, p. 74-75.

¹⁹ Idem, p. 94

²⁰ Idem, p. 96

²¹ Fabiana Lopes Sparemberger, Raquel Berlesi Thiesen, Adriane, “O direito de saber a nossa história: Identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição”, Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v. 7 n.7, 2010, Curitiba PR, Centro Universitário Autônomo do Brasil. pp. 33-65

A manipulação genética resulta em informações preciosas para a pessoa humana, são dados que envolvem a saúde, bem-estar, histórico de doenças existentes, preexistentes e hereditárias, caracterizando o ser humano dentro da normalidade ou patologia. Sendo assim, as informações genéticas que o corpo humano digitalizado dispõe, tratam-se do mais íntimo do ser humano.

O Estado exercendo o direito fundamental da legalidade, princípio basilar no âmbito criminal, interessou-se no seu direito de punir encontrando meios para se utilizar de uma tecnologia precisa na apuração da autoria criminal, contudo, para que isso possa ocorrer valeu-se da coercitividade obrigando um grupo seletivo de condenados ao fornecimento de DNA para composição do banco de dados genéticos. Como se isso não bastasse o Estado vai além, quer implantar a obrigatoriedade no fornecimento de material genético para todos os condenados por crimes dolosos. Essa ação estatal é incompatível com as declarações no âmbito internacional.

O consentimento para manipulação genética não é previsto em lei dentro do ordenamento jurídico brasileiro, entretanto de acordo com declarações internacionais apresentadas nesta pesquisa, é necessário o consentimento da pessoa-fonte para a extração do DNA. Não sendo o Estado o único interessado nas informações genéticas, há uma certa dificuldade em compreender o seu real objetivo nos dados genéticos, pois além da investigação criminal, com estas informações poderá haver também um maior controle da população ou de determinados grupos, conforme seleção da legislação e Projeto de Lei 882/19, dando lugar a uma maior intervenção estatal.

A pesquisa envolvendo o direito e a tecnologia revelou momentos de tensão entre os direitos fundamentais envolvidos com o uso do corpo humano digitalizado, tendo em vista que o Estado tem o direito de punir, pesquisadores têm o direito à liberdade de pesquisa científica, mas o ser humano dotado de direitos e garantias fundamentais acaba se tornando objeto de pesquisa e investigação sendo tratado como coisa e não como pessoa. A pessoa humana digitalizada envolve o direito à vida, direitos de personalidade, integridade física e moral ou a não discriminação. Desta forma há uma pluralidade de razões, e o Estado deve fazer uma escolha racional, que na figura de seus representantes, farão o uso do véu da ignorância, conforme a “teoria da justiça e equidade” de John Rawls, para encontrar a melhor maneira de exercer o seu direito de punir, limitando-se para não violar os direitos fundamentais da pessoa-fonte do material genético.

Ainda que a Lei Geral de Proteção de Dados tenha cedido um espaço para os dados genéticos, os tratou como dados sensíveis, comparando-os a outras situações não menos importantes, mas que não revelam o ser humano em sua essência como ocorre com as informações genéticas. No mesmo sentido a Proposta de Emenda à Constituição nº 17 de 2019, visa incluir os dados pessoais como um direito fundamental, mas nada fala sobre a manipulação genética.

Senão, vejamos, a PEC 17/2019 busca pela inclusão dos dados pessoais como um direito fundamental, e para saber o que são considerados dados pessoais deve-se recorrer à LGPD. Esta lei prevê que os dados genéticos são tratados como dados sensíveis, e sendo assim considerados, para que sejam manipulados os dados pessoais sensíveis deve haver consentimento do titular ou responsável legal daqueles dados. Dessa forma, sempre haverá um conflito entre normas, pois a Lei de Execução Penal e o Projeto de Lei 882/19 preveem a obrigatoriedade no fornecimento de tais dados.

Além disso, o último tópico deste artigo nos trouxe uma informação que deixou esta pesquisa sem uma solução, e aberta para novos questionamentos, pois de acordo com o suporte fático restrito não há uma colisão ou sopesamento entre direitos fundamentais, o que ocorre é a não previsão legal de ações, estados ou posições jurídicas. O que nos leva a conclusão de que os dados genéticos se enquadram no conceito de suporte fático restrito, tendo em vista que enquanto a intimidade genética e consentimento para manipulação genética não forem expressamente previstos como direito fundamental, estes dados ficarão sempre à sombra dos direitos fundamentais de personalidade, integridade física, ou futuramente de dados pessoais.

Referências

Afonso da Silva, Virgílio. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

Camelo Viana Lopes, Érica. Duarte Costa, Vanessa. da Silva Sena Barcelos, Rejane, “Banco de Dados de DNA na Área Forense – Uma Realidade Brasileira”, Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics. V.2, n.4, 2013, Ribeirão Preto SP, Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos. pp. 353-364.

Espíndola Correa, Adriana. O corpo digitalizado. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

Fabiana Lopes Sparemberger, Raquel. Berlesi Thiesen, Adriane, “O direito de saber a nossa história: Identidade genética e dignidade humana na concepção da

bioconstituição”, Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v. 7 n.7, 2010, Curitiba PR, Centro Universitário Autônomo do Brasil. pp. 33-65.

Greco, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017

NCBI. GenBank. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/genbank/>> Acesso em 09 de agosto de 2019.

Sen, Amartya. A ideia de Justiça. São Paulo. Companhia das letras, 2011.

Wolfgang Sarlet, Ingo. Rodrigues Petterle, Selma, “Liberdade de pesquisa como direito humano e fundamental e seus limites: a pesquisa com seres humanos e os parâmetros protetivos estabelecidos pelo direito internacional e sua recepção no Brasil”, Revista Espaço Jurídico, v. 15 n.1, 2014, Chapecó SC, Universidade do Oeste de Santa Catarina. pp.13-38.

Zatz, Mayana. “Projeto genoma humano e ética”. Revista São Paulo em Perspectiva, v. 14, n. 3, 2000, São Paulo SP, Fundação Seade. pp. 47-52.

19. APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO À IMAGEM NA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

HORIZONTAL APPLICATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE RIGHT TO IMAGE IN REVENGE PORNOGRAPHY



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-19>

Vanessa Lopes Vasconcelos¹

Francisco Damázio de Azevedo Segundo²

Resumo

O conceito de privacidade foi relativizado com o desenvolvimento da informática, o crime de pornografia de vingança (*revenge porn*) é praticados por usuários comuns de internet. Como o nome já antecipa trata-se de um crime de vingança, praticado por parceiros, na maioria, ex-parceiro, que possuem fotos ou vídeos íntimos com outra pessoa e os publicam na internet sem autorização da pessoa filmada ou fotografada. Nos casos de pornografia de vingança a vítima tem sua vida devastada, é um crime que pode ocorrer com homens e mulheres, no entanto, existe a predominância de vítimas mulheres, constituindo também uma forma de discriminação sexual. No presente artigo tem-se como objetivo analisar o crime de pornografia de vingança e aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares. Como objetivos específicos tem-se o estudo do crime de pornografia de vingança, crime que fere o direito fundamental à privacidade, a honra e a imagem, delimitar-se-á na violação do direito à imagem, a análise das teorias de aplicação horizontal de normas de direitos fundamentais, Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, tema inicialmente debatido na Alemanha, afastado do Direito dos Estados Unidos e já aceito no Brasil.

Palavras-chaves: Direito à imagem; Pornografia de Vingança; Teoria da Aplicação horizontal dos direitos fundamentais; Direitos Fundamentais

¹ Doutoranda em Direito Constitucional Públco pela Universidade de Fortaleza, Mestra em Ciências Jurídico Constitucional pela Universidade Lisboa. Professora EBTT do Instituto Federal do Amapá.

² Mestre em Filosofia pela UFPB, Especialista e Graduado em Filosofia e Direito. Professor EBTT do Instituto Federal do Amapá.

Abstract

The concept of privacy has been made relative with the advent of the internet. The crime of revenge porn, practiced by average internet users. As the name indicates, it is a crime of vengeance, practiced by third parties, mostly ex-partners, that possess intimate photos or videos with another person, and share them online without the other person's consent. In the cases of revenge porn, the victim's life is devastated, and while this is a crime that can occur to both men and women, the victims are mainly women, which is also a way of sexual discrimination. The present article aims to analyse the crime of revenge porn, and how fundamental rights are applied to individuals. As specific objectives, one has the study of revenge porn, a crime that goes against the fundamental right to privacy and one's honour and image, we shall identify the violation of image rights, an analysis of the theories of horizontal application of fundamental rights, the theory of horizontal efficacy of fundamental rights, a theme initially debated in Germany, away from the rights of the US, and already accepted in Brazil.

Keywords: Image rights; Revenge porn; Theories of horizontal application of fundamental rights; Fundamental rights.

1 Introdução

A criação e implementação da internet no cotidiano da sociedade foi um avanço, com ela vieram a facilidade e a rapidez da informação, a barreira da distância física é facilmente resolvida por meio de mensagens, vídeo e fotos enviadas. No entanto, já se vem sofrendo com diversos crimes cometidos pela internet, desde crimes que foram aperfeiçoados pelo seu uso, desde estelionato, falsidade ideológica, furto, extorsão, até aos que possuem na internet o início de sua prática.

No presente artigo, postula-se como objetivo analisar o crime de pornografia de vingança e aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares. Como objetivos específicos tem-se o estudo do crime de pornografia de vingança, crime que fere o direito fundamental à privacidade, à honra e à imagem. O trabalho em questão delimitar-se-á na análise da violação do direito à imagem e a análise das teorias de aplicação horizontal de normas de direitos fundamentais.

Justifica-se o trabalho pois os direitos fundamentais emergem para proteger a população das arbitrariedades cometidas pelo Estado, cabendo a este uma posição abstencionista. Entre as relações privadas e as ações do Estado existe uma nítida desigualdade, devendo aquela ser protegida e esta regulada, assim é a eficácia vertical dos direitos fundamentais. Nos casos de pornografia de vingança, no entanto, é claro que ocorre a violação de direitos fundamentais praticada pela conduta dos particulares, sendo que na própria relação privada ambos encontram-se em situação de desigualdade: um o violador e a outra, a vítima, que sofre com medo de ver sua imagem-qualificação exposta.

A metodologia adotada para o presente estudo tem natureza básica ou pura, tendo como objetivo aumentar o conhecimento sobre a pesquisa. Quanto aos meios para o estudo, a pesquisa bibliográfica é o alicerce, partindo da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações de artigos científicos. Quanto à abordagem do problema é pesquisa qualitativa. Quanto aos fins: Pesquisa descritiva, buscando descrever e analisar o objeto e aos métodos de abordagem indutivo, do particular para o geral, da decisão do tribunal para a resposta ao problema.

Em um primeiro momento, far-se-á um repasse sobre o conceito de direito à personalidade como direito fundamental, incluindo entre esses direitos da personalidade o direito à imagem.

No segundo capítulo, abordar-se-á a violação do direito à imagem é o que ocorre na pornografia de vingança, da imagem-retrato e imagem-qualificação, afetando a honra, gerando graves danos.

No terceiro capítulo será abordado a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, tema inicialmente debatido na Alemanha, afastado do Direito dos Estados Unidos e já aceito no Brasil, sendo necessário o repasse pelas teorias e correntes sobre o tema.

2 Estudo dos direitos à personalidade

Os direitos de personalidade, como próprio nome já diz são personalíssimos, foram introduzidos no Código Civil de 2002³, com características de

³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 23 ago 2019.

intransmissibilidade e irrenunciabilidade, não podendo sofrer nenhum tipo de limitação mesmo que voluntária (art.11, CC/02). Diante dele, o Estado deve adotar uma postura de não intervenção, privilegiando a liberdade dos indivíduos.

Para alguns doutrinadores, o Código Civil já nasceu velho, pois não considerou os direitos de personalidade como mais importante que os de propriedade, tal como já havia feito a Constituição Federal de 1988, o Código destinou apenas um pequeno capítulo aos direitos de personalidade⁴.

Tais direitos são direitos fundamentais, ou seja, princípios constitucionais positivados numa ordem constitucional traduzindo a concepção de dignidade humana de uma sociedade⁵. São balizadores do Estado Democrático de Direito, segundo Alexy⁶, pois eles sustentam as garantias dos direitos de liberdade e igualdade, assegurando condições funcionais do processo democrático. A CRFB/88⁷ vários direitos e garantias constitucionais são fundamentos do Estado Democrático, tais como liberdade, igualdade e a dignidade da pessoa humana. Para Venosa⁸, a personalidade é um conceito básico, não é exatamente um direito, que é resguardado pela dignidade humana.

Os Direitos Fundamentais surgiram como categoria autônoma na dogmática civilista, possuindo características jusnaturalistas. O direito de personalidade como direito fundamental foi alvo de críticas que afirmavam não ser possível aceitá-lo como objeto de direitos, já que é titularidade de direitos. Refuta-se, no entanto, tal crítica sob o argumento que a personalidade é centro de imputação e pressuposto de aquisição⁹. Nas palavras de Venosa¹⁰:

⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFT, Maria Eugenia. “A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre Particulares”. In Clémerson Merlin Cléve (Org.): *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. vol. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁵ LOPES, Ana Maria D’Ávila. “Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais”. Passo Fundo: UPF, 2001.

⁶ ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. In *Revista Direito Administrativo*, n. 217, jul/set 1999, Rio de Janeiro, p. 55-66. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47413/45319> Acesso em: 23ago. 2019.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 ago. 2019.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito civil: parte geral”. São Paulo: Atlas, 2013.

⁹ SARMENTO, Daniel. “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito civil: parte geral”. São Paulo: Atlas, 2013.

Os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana. Desse modo, ninguém pode, por ato voluntário, dispor de sua privacidade, renunciar à liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos no campo de família, por exemplo.

Segundo a teoria das gerações dos Direitos Fundamentais de Vasak¹¹, seriam direitos de primeira geração, direitos de liberdade, sendo esta composta por direitos civis e políticos, classificados como libertadores do povo das mãos do Estado soberano. Com o passar do tempo, visualizaram-se os direitos de segunda geração, denominados de direitos econômicos, sociais e culturais que traziam um dever de realização por parte do Estado de promoção da igualdade material entre os indivíduos. Posteriormente, os direitos de terceira geração, vislumbravam uma ótica bem mais atual: derivado do conceito advindo da fraternidade entre os povos este tinha por objetivo a promoção de direitos como a paz e a dignidade humana.

Os direitos de personalidades são caracterizados por serem inatos, não sendo vinculado a nenhuma vontade humana; vitalícios, perene ou perpétuos, continuam mesmo depois da morte, transcendendo a própria vida; inalienáveis; absolutos, opostos *erga omnes*. Afirma que os direitos de personalidades são divididos em direito à vida, à própria imagem, ao nome e à privacidade, não sendo uma classificação exaustiva¹².

São bens imateriais, sem conteúdo patrimonial, *extra commercium extra patrimonium*, inalienáveis e perpétuos, protege a pessoa desde antes do nascimento até depois da morte, não podendo ser privada por ação Estatal ou particulares¹³.

Encontram-se no Direito à personalidade, os direitos à liberdade de ação em geral, liberdade de associação, de expressão, autonomia necessária ao desenvolvimento humano. Beltrão¹⁴ salienta que seria a “qualidade do indivíduo humano em relação com os outros homens, com o mundo exterior, consigo mesmo e

¹¹ VASAK, Karel. “Les Dimensions internationales des droits de homme: manuel destiné à l’enseignement des droits de homme dans les universités”. Unesco, 1979.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito civil: parte geral”. São Paulo: Atlas, 2013.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. “Por uma carta dos bens fundamentais”. In Seqüência, n. 60, jul. 2010, Santa Catarina, Universidade de Santa Catarina, p. 29-73. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n6op29>. Acesso em 24ago 2019.

¹⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. “Direito de Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil”. São Paulo: Atlas, 2005, p. 100.

com os valores éticos e que nesse relacionamento afirma e defende a sua individualidade e autonomia”¹⁵.

O direito à imagem tem especial proteção de acordo com o artigo 20, do Código Civil de 2002, sendo vedada sua utilização sem autorização, exceto se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, sendo demanda personalíssima, no entanto em caso de morto ou ausente, caberá a interposição pelo cônjuge, ascendentes ou descendentes.

A Constituição Federal trata do direito à imagem no artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, protegendo a intimidade, vida privada, a honra e a imagem, no 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”.

Cabendo direito de resposta e indenização quando houver dano material, moral ou à imagem, assegurando também proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona¹⁶ consideram a imagem como a “essência da individualidade humana”, sendo cabível uma resposta judicial diante de sua violação, seja por meio de sua utilização indevida ou diante do desvio de finalidade do uso autorizado. Alertam, porém, que se pode admitir a sua cessão de uso com autorização expressa do seu titular.

Na internet, com um clique pode-se visitar museus, ler livros em bibliotecas virtuais, fazer transações bancárias, conversar com parentes, amigos e até namorados, foi o que Zygmunt Bauman¹⁷, chamou de amor líquido, “relações mais banais, mais intensas e mais breves”, por detrás da tela do computador ou do celular as pessoas estão protegidas, não existe obstáculo para o contato, mas ao mesmo tempo para isso não se demanda esforço, ‘estar conectado’ exige menos esforço do que ‘estar engajado’, complementa o autor: “o outro lado da moeda da *proximidade virtual* é a *distância virtual*: a suspensão, talvez até a anulação, de qualquer coisa que transforme a contiguidade topográfica em proximidade”.

¹⁵ Ibid., p. 100

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. “Novo curso de direito civil”. São Paulo : Saraiva, 2012

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. “Amor líquido, Sobre a fragilidade dos laços humanos”. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

Além da fluidez dos relacionamentos criados e mantidos por meio da internet houve o surgimento de novos tipos penais, ou simplesmente a aplicação da internet em crimes já existentes, chamados crimes eletrônicos, digital, informático, cibernético, cybercrime, e-crime ou crime.com. Para a prática de alguns crimes virtuais não se precisa necessariamente um conhecimento técnico específico, não são crimes restritos aos *trackers* ou *hackers*, alguns dos crimes podem ser praticados por pessoas comuns, com o acesso à internet, que em segundos pratica vários crimes, dentre eles crime contra a honra, contra intimidade, privacidade e violação do direito à imagem.

3 Pornografia de vingança e a violação ao direito à imagem:

O conceito de privacidade foi relativizado com o desenvolvimento da informática, “um novo conceito de privacidade que corresponde ao direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações mesmo quando disponíveis em bancos de dados”¹⁸.

A França é o país que possui a lei mais severa, punindo com detenção e multa aquele que atentar contra a intimidade da vida privada. Nos EUA, na Suprema Corte em 1890 o juiz L. Brandies formulou o conceito de privacidade como “o direito de ficar só” (*right to be let alone*), baseado no princípio da propriedade, posteriormente afastou-se a ideia de propriedade e usou-se princípio da “inviolabilidade da personalidade”¹⁹. O direito à imagem também foi brutalmente afetado com as novas mídias e a facilidade de informação e transmissão de mensagens e imagens.

Não se falava em tutelar a “imagem-retrato”, pois para a confecção de um retrato, um busto, precisava-se necessariamente da presença física do titular da imagem, não se falava em uma imagem sem o consentimento. O direito à “imagem-qualificação” foi fruto da legislação francesa no ano de 1957²⁰. Afastou a ideia que o direito à imagem é unicamente o direito à reprodução das feições físicas do outro, indo muito além, trazendo a ideia da imagem sentimental, social, que se quer passar para os outros ou que se tem de si mesmo.

¹⁸ PAESANI, Liliana Minardi. “Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil”. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁹ Ibid.

²⁰ BELTRÃO, Silvio Romero. “Direito de Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil”. São Paulo: Atlas, 2005.

Buscar-se-á no presente trabalho analisar os crimes de pornografia de vingança (*revenge porn*), praticados por usuários comuns de internet. Como o nome já antecipa trata-se de um crime de vingança, praticado por parceiros, na maioria, ex-parceiro, que possuem fotos ou vídeos íntimos com outra pessoa e os publicam na internet sem autorização da pessoa filmada ou fotografada. O intuito do feito não é receber recompensa, é pura e simplesmente humilhar a outra parte, ferindo sua imagem e honra, gerando exposição e humilhação pública, além de ferir sua “imagem-retrato”, também fere sua “imagem-qualificação”.

Segundo a ONG Safernet²¹, no ano de 2015, o número de *sexting*²², que é o ato de trocar mensagens com texto erótico e com imagens sem roupa ou com pouca roupa, foi de 322 atendimentos, sendo ainda um número reduzido diante da realidade.

No Brasil a primeira condenação na justiça foi em 2006 no caso de Rose Leonel, que atualmente administra a ONG Marias da Internet, que teve fotos nuas publicadas em sites pornôs, enviadas por e-mails para os moradores de sua cidade, Maringá, pelo seu ex-namorado. Por anos ela lutou judicialmente para conseguir a condenação do culpado e ter suas fotos retiradas da internet. Foram quatro processos contra seu agressor, houve uma condenação para pagamento de 3 mil reais em multa, no segundo foi pena de um ano, 11 meses e 20 dias de detenção e, durante esse tempo, teria de entregar R\$ 1,2 mil mensais à ex-namorada, bem como uma medida de distância de Rose e dos filhos dela, logo depois houve, em outra condenação, a obrigação de entregar os computadores para as investigações e a última ação movida por Rose ainda corre na Justiça²³.

Nos casos de pornografia de vingança a vítima tem sua vida devastada, é um crime que pode ocorrer com homens e mulheres, no entanto, estudos feitos por *Cyber Civil Rights Initiative*, nos Estados Unidos, 90% das vítimas são mulheres,

²¹ Segundo o site da ONG <http://www.safernet.org.br/site/institucional>, ela foi criada no ano de 2005, por diversos pesquisadores que desenvolveram estudos inicialmente sobre pornografia infantil na internet no Brasil, tal objetivo, no entanto, foi ampliado, analisa-se dados de racismo, apologia e incitação a crimes contra a vida, xenofobia, neo nazismo, maus tratos contra animais, intolerância religiosa, homofobia, tráfico de pessoas e também sobre exposição íntima na internet. “SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial”.

²² “É a junção da palavra *sex* (sexo) + *texting* (torpedo), tem origem inglesa e surgiu quando a Internet nem era 3G e as pessoas enviam mensagens de texto por sms (*Short Message Service*) de caráter erótico e sexual, hoje as mensagens são fotos e vídeos por mms (*multimediamessageservice*)” (SAFERNET, 2016)

²³ BUZZI, Vitória De Macedo. “*Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro*”. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

constituindo também uma forma de discriminação sexual²⁴. As mulheres sofrem uma cobrança muito maior, advindo de uma sociedade machista, passam por várias formas de preconceito e humilhação, desestabilizando suas vidas sociais, afetivas e profissionais. Diante da publicização das fotos e vídeos da sua privacidade as vítimas assumem o papel de réus, sendo cruel e desumanamente condenadas pela sociedade.

Danielle Keats Citron e Mary Anne Franks²⁵ explicam que a pornografia de vingança é uma espécie dentre da “pornografia não consensual”. Na “pornografia não consensual” são distribuídas imagens gráficas de cunho sexual sem o consentimento do indivíduo, dividindo em imagens que foram conseguidas sem o consentimento ou desconhecimento e imagens conseguidas originalmente com conhecimento e consentimento no contexto de um relacionamento íntimo, conhecidas por *revenge porn* ou pornografia de vingança.

As autoras afirmam que a quebra da confiança e divulgação de imagens sem autorização não é algo novo, já acontecia antes, no entanto, com a internet, a propagação da informação acontece de forma bem mais rápida, gerando danos como perder a profissão e oportunidades de educação, problemas psicológicos²⁶.

No Brasil somente em 24 de setembro de 2018, foi editada a Lei 13.718/18²⁷, modificando o Código Penal em relação aos crimes sexuais, não trouxe a denominação específica sobre *revenge porn* como um crime por si só, no entanto, existe o aumento de penal do crime de divulgação de cena de sexo ou nudez sem o consentimento da vítima, novo tipo penal incluído através do art. 218-C:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

²⁴ CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. “Criminalizing Revenge Porn”. In 49 Wake Forest Law Review, 2015. p. 345-391. Disponível em <<http://digitalcommons.law.umary/1420/>>. Acesso em: 23 ago 2019.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em 24 ago 2019.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

A Lei vem para coroar a ideia que existe na relação uma desigualdade entre os envolvidos, um opressor e uma vítima, em que o opressor e violador de direito fundamental não é o Estado e sim o particular.

4 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais foram criados para proteger a população das arbitrariedades cometidas pelo Estado, cabendo a este uma posição abstencionista. Entre as relações particulares com o Estado existe uma nítida desigualdade, devendo ser protegida e regulada. Caracterizada a eficácia vertical dos direitos fundamentais, buscar-se-á analisar os casos de pornografia de vingança como agressão ao direito fundamental à imagem, pertencente aos direitos de personalidade, e sua aplicação entre sujeitos no âmbito privado.

Segundo Eduardo Ribeiro Moreira e Maria Eugenia Bunchaft²⁸, os direitos fundamentais aplicados em relações horizontais ocorrem de forma equitativa, sem relação de desigualdade, essa vinculação ocorrerá de forma plena, por não existir relação de superioridade; direta, não precisade elaboração de lei, busca-se a fonte como fonte de aplicação; irradiante, pois aplica-se em todos os ramos do direito, relações trabalhistas, de consumo, biodireito.

Ingo Sarlet²⁹ argumenta que, com a superação da ideia de Estado clássico e liberal de Direito, onde os direitos fundamentais representavam a proteção dos indivíduos contra os arbítrios do Estado, no Estado social de Direito as atividades e funções Estatais aumentaram e a sociedade começou a participar mais ativamente do exercício do poder, foi o início para reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos

²⁸ MOREIRA, op. cit.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. “A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

fundamentais. As relações de trabalho, de consumo, tutela de grupos socialmente fragilizados e vulneráveis afetam não somente particulares e Estado, como também particulares e particulares.

Eficácia horizontal, eficácia privada, eficácia externa, eficácia em relação a terceiro são sinônimos para aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, fruto da doutrina alemã, mas também aplicada no Brasil, cita-se como exemplo, direito à indenização por dano moral ou material, direitos de manifestação de pensamento, inviolabilidade do domicílio, sigilo de correspondência, direitos sociais, como já citado, empregados versus empregadores particulares³⁰.

Alexy³¹ explica que a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares já não gera polêmica, mas como (a construção) e em que extensão (colisão) essa aplicação será feita é ponto controverso. Pois, na aplicação vertical, fala-se na relação entre um titular de direitos fundamentais (o cidadão) e um não titular (o Estado), na relação entre cidadão-cidadão os dois são titulares de direitos fundamentais, geraria então, como o autor denominou, um “problema de construção” e “um problema de colisão”.

Quanto à construção, o autor cita três teorias, teoria de efeitos indiretos perante terceiros, mediata, de efeitos diretos, imediata e por último, efeitos mediados por direitos em face do Estado, teoria da imputação. Tais teorias permitem a aplicação dos direitos fundamentais entre os cidadãos, modulam, no entanto, quem será o seu destinatário no âmbito estatal, se o juiz, o legislador ou os dois, as três aceitam que o efeito dos direitos fundamentais na relação entre particulares será uma questão de sopesamento. Para ele existiria um modelo de três níveis, integrando as teorias, não sendo excluídas, as duas primeiras teorias são voltadas ao Poder Judiciário, já a teoria da imputação vincula o Poder Legislativo e o Poder Judiciário³².

O principal representante da teoria de efeito indireto, mediata, é Dürig, a teoria defende que o direito privado possui suas normas próprias, estabelecendo direitos e deveres no âmbito privado, no entanto, os direitos fundamentais, por serem "decisões axiológicas", "normas objetivas" ou "valores constitucionais", influenciam na interpretação e concretização das cláusulas gerais do direito privado, mas também pode influenciar normas de direito privado em casos especiais, podendo até ir contra o teor literal da lei. O julgador, como seu principal destinatário, também sofre o efeito

³⁰ Ibid.

³¹ ALEXY, Robert. “Teoria dos direitos fundamentais”. São Paulo: Malheiros, 2015.

³² Ibid.

dos direitos fundamentais, devendo ele interpretar as normas de direito privado de acordo com os direitos fundamentais³³.

Na teoria de efeitos diretos perante terceiros, cita-se Nipperdey como principal defensor, tem-se os direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, sendo o Estado o seu principal ofensor, não se fala em efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão-cidadão, o que ocorrerá é que os direitos fundamentais influenciarão diretamente nos direitos subjetivos privados para os indivíduos, os direitos fundamentais devem ter um efeito absoluto, o destinatário da teoria é também o juiz.

De acordo com Eduardo Ribeiro Moreira e Maria Eugenia Bunchaft³⁴, a aplicação imediata previsto no art. 5, § 1º e a garantia de imutabilidade dos direitos fundamentais trazem uma reordenação do direito civil, Direito Civil-Constitucional, cabendo agora uma postura constitucional dos indivíduos no respeito aos direitos fundamentais. Não se busca com essa afirmação um maior controle estatal perante os particulares, mas sim uma maior liberdade, que só existirá quando houver o respeito integral dos direitos humanos de terceiros, concluem os autores afirmando ser essa “a nova e correta leitura da liberdade”.

Para Ingo Sarlet³⁵ a corrente de Durig considera direitos fundamentais os direitos de defesa contra o Estado, somente caberia aplicação entre os particulares após um processo de “transmutação”, em que cláusulas gerais e conceitos abertos seriam aplicados, interpretados e integrados de acordo com os direitos fundamentais. No entanto, a Teoria de efeitos imediatos defende que os direitos fundamentais, como já dito, são absolutos e por isso o direito privado não poderia ser excluído da esfera de aplicação de todo ordenamento jurídico.

Na terceira teoria, chamada também de teoria da imputação foi proposta por Schwabe. Traz a ideia que o Estado seria também responsável pelas violações aos direitos fundamentais mesmo nas relações entre particulares. Como os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos, o Estado deve então ter condição de protegê-lo, seriam responsáveis o Poder Legislativo e Judiciário.

A teoria da aplicação horizontal dos direitos fundamentais teve sua origem na Alemanha, idealizada por Günter Dürig, na década de 50, é o entendimento ainda hoje

³³ Ibid.

³⁴ MOREIRA, op. cit.

³⁵ SARLET, op. cit. 2009.

dominante entre os juristas do país e pela Corte Constitucional³⁶.

Nos Estados Unidos, a teoria não é aceita, o país prima pela autonomia privada, acredita que os direitos fundamentais positivados são unicamente aplicados na relação particulares e Estado para limitar seu poder. Uma das poucas aplicações horizontais feitas no país foi quanto a abolição da escravidão. A *StatesAction*, que busca preservar o espaço da autonomia entre os Estados e entre particulares, foi fixada, após decisões da Suprema Corte, que os direitos fundamentais constitucionais vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares e que o Congresso Nacional não poderá editar leis regulando direitos fundamentais nas relações privadas, sendo competência exclusiva do legislador estadual. No entanto, já houve modificação quanto ao poder de legislar, cabendo a União também legislar sobre direitos humanos e, na década de 40, a Suprema Corte adotou a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares quando houvesse “*public function theory*”³⁷. Daniel Sarmento³⁸ critica a teoria do *State Action*:

Enfim, a doutrina da state action, apesar dos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que muitos dos perigos e ameaças à pessoa humana provêm não do Estado, mas de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir standards minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional.

A teoria da eficácia horizontal recebe críticas enumeradas por Eduardo Ribeiro Moreira e Maria Eugenia Bunchaft (2015), a primeira delas é que seria uma supressão do legislador e aumentaria o poder do juiz, já que a aplicação não tem previsão legal; outra crítica que iria ferir a autonomia privada e a invasão dos direitos fundamentais, dentre outras críticas.

A primeira vez no Brasil que explicitamente houve a aplicação horizontal ocorreu no RE 201.819/RJ pelo STF, de relatoria originária da Ministra Ellen Gracie no ano de 2005. O caso foi contra a União Brasileira de Compositores – UBC devido a exclusão do sócio sem direito de defesa. Gilmar Mendes, que redigiu o acórdão, ao

³⁶ SARMENTO, op. cit, 2008.

³⁷ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

³⁸ Ibid.

proferir seu voto admitiu expressamente que o caso era um exemplo claro de direitos fundamentais nas relações privadas, como exposto no trecho do acórdão:

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Os casos anteriores somente tocavam implicitamente no tema, Daniel Sarmento³⁹ relata que no Brasil a Carta de 1934 já aplicava os direitos fundamentais contra os particulares nos direitos trabalhistas. O primeiro caso de aplicação implícita depois da CRFB/88 foi contra uma fábrica de roupas íntimas que constrangia os funcionários a revistas íntimas diárias. Depois de então vários outros julgamentos trouxeram a ideia de eficácia horizontal, de forma implícita ou explícita, deixando claro sua possível aplicação no Direito Brasileiro. Como já explicado a pornografia de vingança é um crime que, dentre outros direitos fundamentais, fere o direito à imagem, como ela é praticada por um particular sendo vítima outro particular, sendo perfeitamente possível a aplicação da teoria no caso.

Conclusão

Com a evolução dos meios de comunicação surgiram novos meios de interação entre as pessoas, como as redes sociais que criam ambientes de socialização virtuais, que tendem a estreitar laços entre indivíduos, por meio do compartilhamento de informações, sejam elas mensagens de texto, áudio, fotos ou vídeos. Diretamente proporcional ao crescimento das novas vias de comunicação está o nascimento de novos crimes.

A sociedade depara-se com uma nova forma de violação de direitos da personalidade: a pornografia de vingança. A *revenge porn* tem sido cada vez mais comum em casos de mulheres, o que demonstra uma seletividade no polo passivo, que tem sua vida devastada após serem vítimas de tal crime, sofrendo danos à sua intimidade, sua honra e imagem.

³⁹ Ibid.

O problema basilar aqui existente se situa entre a liberdade e a intervenção do Estado, na viabilidade que este tem ou não em intervir nas relações privadas. A questão problema é que diante dessas novas relações, a *revenge porn* é um crime que fere a vida íntima do ofendido, analisou-se aqui o seu direito de imagem, tendo-se em vista que o conteúdo compartilhado fora feito sob circunstâncias particulares, que garantiram à vítima ter confiança.

A clara violação ao direito fundamental causada por outro particular, acarreta então uma discussão em torno dos direitos fundamentais, sendo aqui observada a sua eficácia horizontal, tendo em vista a incidência na relação privada. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, aplicado inicialmente na Alemanha, o Brasil já fez adoção explícita da teoria, deixando o STJ claro que o país é capaz de fazer tal aplicação.

A pornografia de vingança, desta forma, em razão da eficácia horizontal aos direitos fundamentais, por observar-se como uma agressão ao direito de imagem, esta garantida pelo direito de propriedade que o indivíduo fundamentalmente possui. Assim, por mais que o compartilhamento de imagens próprias tenha sido por livre arbitrariedade, contudo, fora realizada em circunstâncias que a encarceraram àquele momento, não tendo o conteúdo enviado ares públicos. Assim, diante de tal violação, a proteção à vítima e punição do agente é uma questão de garantia fundamental da própria dignidade humana.

Referências

- ALEXY, Robert. “Teoria dos direitos fundamentais”. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. “Amor líquido, Sobre a fragilidade dos laços humanos”. Rio de Janeiro: Zahar, 2004
- BELTRÃO, Silvio Romero. “Direito de Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil”. São Paulo: Atlas, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucional.htm. Acesso em 24 ago 2019.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 20 ago 2019.

_____. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em 24 ago 2019.

BUZZI, Vitória De Macedo. “*Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro*”. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. “*Criminalizing Revenge Porn*”. In 49 Wake Forest Law Review, 2015. p. 345-391. Disponível em <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1420/>. Acesso em: 23 ago 2019.

FERRAJOLI, Luigi. “*Por uma carta dos bens fundamentais*”. In Seqüência, n. 60, jul. 2010, Santa Catarina, Universidade de Santa Catarina, p. 29-73. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p29>. Acesso em 24 ago 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. “*Novo curso de direito civil*”. São Paulo : Saraiva, 2012.

LOPES, Ana Maria D' Ávila. “*Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*”. Passo Fundo: UPF, 2001.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFT, Maria Eugenia Bunchaft. “*A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre Particulares*”. In Clémerson Merlin Cléve (Org.): *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. vol. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAESANI, Liliana Minardi. “*Direito e Internet : liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*”. São Paulo : Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. “*A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. “*Direitos Fundamentais e Relações Privadas*”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. “*A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF*”. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011

VASAK, Karel. “*Les Dimensions internationales des droits de homme: manuel destiné à l’enseignement des droits de homme dans les universités*”. Unesco, 1979.

VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito civil: parte geral”. São Paulo: Atlas, 2013.

20. A CONSTRUÇÃO DE UMA REALIDADE FILTRADA PELO USO DE DADOS PESSOAIS NA ERA DIGITAL: AMEAÇA À PRIVACIDADE E AO EQUILÍBRIO DEMOCRÁTICO

BUILDING A REALITY FILTERED THROUGH THE USE OF PERSONAL DATA IN THE DIGITAL AGE: THREAT TO PRIVACY AND DEMOCRATIC BALANCE



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-20>

Inês Mota Randal Pompeu¹

Resumo

O advento tecnológico enseja inúmeras mudanças em diversos setores sociais. A primazia informacional aparece como elemento central da Sociedade do Século XXI, tem-se assim a Sociedade da Informação. Na Economia Digital a informação aparece como fonte de poder, haja vista que os dados pessoais que percorrem as plataformas digitais representam instrumentos que movem a economia. A informação transita de forma livre no ambiente aberto do mundo virtual, o que demanda reflexão sobre as possíveis consequências positivas e negativas inerentes a este processo. Os direitos fundamentais dos usuários da rede são colocados em evidência, vez que alguns deles se encontram ameaçados, como o direito à privacidade. Ademais, a efetividade da própria democracia é posta em questão, diante da possibilidade de modulação de pensamento e construção de uma realidade filtrada por meio do tratamento de dados pessoais. Por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, reflete-se sobre os avanços e desafios a respeito da proteção dos dados pessoais na Era Digital, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), com destaque para a tutela do direito fundamental à privacidade, bem como para com a salvaguarda de uma democracia legítima.

Palavras-chave: Sociedade da Informação. Dados Pessoais. Direito à Privacidade. Democracia.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2018), graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2016). Professora, advogada e pesquisadora do Centro de Estudos sobre a América Latina, Relações econômicas, jurídicas e políticas da América Latina. REPJAL

Abstract

The technological advent brings changes in various sectors of the social context. Informational primacy appears as central element of 21st Century Society, so there is the Information Society. In the Digital Economy the information appears as power source, considering that personal data that travels across digital platforms represent instruments that move the economy. Information flows freely in the open environment of virtual world, what demands reflection about the possible positive and negative consequences inherent in this process. The fundamental rights of network users are highlighted, since some of them are threatened, as the right to privacy. Moreover, the democracy effective is questioned, faced with the possibility of thought modulation and building a filtered reality through the processing of personal data. By a documental bibliographic research, it reflects about the advances and challenges regarding personal data protection in the Digital Age, as the General Data Protection Act (LGPD), highlighting the protection of the fundamental right to privacy, as well as safeguarding a legitimate democracy

Keywords: Information Society. Personal Data. Right to Privacy. Democracy.

Introdução

O advento da internet representa elemento precípua no que tange às modificações da vida humana, sob os mais variados enfoques, tanto na ótica individual como coletiva. Transformações culturais da vida humana são marcantes, novos processos de comunicação, novas formas de se relacionar socialmente, novas formas de realizar transações econômicas, dentre outros.

O intercâmbio informacional, por meio de plataformas digitais, se apresenta como elemento primordial da Sociedade da Informação. Nesta, a veiculação de dados se efetiva de forma rápida e horizontal, uma vez que se tem um mundo interligado em virtude das novas tecnologias. No mundo virtual, plataformas como *Facebook*, *Instagram*, *Whatsapp*, *Twitter*, dentre outras, aparecem como instrumentos dotados de caráter democrático, pois corroboram com a manifestação de pensamentos e opiniões.

Com isso, tais plataformas representam ferramentas de interação e aproximação do homem. Todavia, na utilização daquelas, o usuário acaba por deixar

rastros virtuais, pois fornece dados pessoais, muitas vezes, sem nem mesmo perceber. Assim, demanda-se reflexão sobre a maneira pela qual a circulação de dados pessoais ocorre, além da forma que tais dados são utilizados pelas empresas.

À primeira vista, o indivíduo pensar que está distante de tal realidade, pois se exerce uma utilização segura da rede, sem fornecer seus dados. Mas o quão comum é o fato de você estar pesquisando sobre determinado assunto e vários anúncios correlatos àquilo que fora pesquisado começar a aparecer para você? Ou mesmo o fato de você nunca ter feito contato com determinada empresa e esta lhe contactar oferecendo serviços que corroboram com seus gostos?

Assim, o presente estudo visa à análise das repercussões da circulação de dados pessoais na Era Digital, com destaque à tutela dos direitos fundamentais do usuário. Para isto, desenvolve-se pesquisa bibliográfica e documental, mediante consulta à legislação, doutrina, livros, artigos ou periódicos que abordem, direta ou indiretamente, o tema em análise. É qualitativa, quanto à abordagem, pois visa aprofundar e compreender a respectiva temática, bem como de caráter descritivo e exploratório, posto que descreverá os riscos da circulação de dados pessoais para os direitos fundamentais dos usuários e para com a própria efetivação democrática.

1 A primazia informacional na Era Digital

O avanço tecnológico presente na sociedade detém velocidade e amplitude inéditas, dando ensejo ao contexto da Quarta Revolução Industrial², ou seja, a ideia da Indústria 4.0. Nesta, as novas tecnologias informacionais aparecem como instrumentos essenciais à formação social.

Pode-se definir a internet como uma espécie de arquitetura de redes, a qual guarda conexão com o modo de organização interna de um sistema³. Ademais, há de se ressaltar que esta estruturação é marcada por uma independência referente aos computadores, na medida que todos eles teriam uma relevância equivalente para com a efetividade do referido sistema, conforme dispõe Manuel Castells⁴. Com base nisto que se pode falar na horizontalidade da rede, uma vez que o ambiente virtual é aberto.

² Schwab, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

³ Breton, P. *História da informática*. São Paulo, Universidade Estadual Paulista, 1991, p. 187.

⁴ Castells, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. 17. ed., São Paulo, Paz e Terra, 2016, p. 65.

A Sociedade do Século XXI tem como um de seus principais atributos as novas tecnologias da informação, à medida que o advento tecnológico se mostra enraizado neste contexto. Ademais, faz-se essencial elucidar que a informação aparece como protagonista, como pedra angular da contemporaneidade social. Nas palavras de Gustavo Cardoso⁵, tem-se “uma sociedade em que o intercâmbio de informação é a atividade social central e predominante”.

Com base nisto, tem-se a Sociedade da Informação. Mas que informação é esta? Qual o papel que ela desempenha? Por qual motivo ela é dotada de tamanha importância no contexto social democrático? São questionamentos que têm tomado renovados contornos e futuros incertos, conforme a presente pesquisa discorre ao longo deste artigo.

Além da primazia informacional, a qual se revela como ponto nodal do contexto ora em comento, cita-se a penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias na vida humana, o que ratifica a ideia supracitada de um sistema de redes, o qual tem a unicidade como atributo prevalecente. Todavia, esta só se faz possível diante do compartilhamento integrado de informações, pois viabiliza a composição de sistema singular. Ressalta-se que este é tido como uma organização em incessante formação e aprimoramento por todos seus usuários, os quais correspondem aos seus verdadeiros criadores.⁶

A rápida propagação informacional corrobora com a ideia de conexão mundial, como consequência das novas tecnologias, à proporção que se tem a supressão de eventuais limites que poderiam representar entraves à interação mundial. Há assim, a quebra de barreiras físicas e temporais no que tange à veiculação informacional, como elucida Pierre Lévy⁷ quando afirma que há o desprendimento do aqui e agora, ou seja, a virtualização. Neste sentido, cita-se a ideia de constituição de uma Aldeia Global⁸, como resultado do elevado grau de interconexão informacional, na qual as distâncias físicas ficam em segundo plano em detrimento da formação de uma grande “teia” de interação.

⁵ Cardoso, Gustavo. *Os media na sociedade em rede*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 93.

⁶ Castells, Manuel, op. cit., 2016, p. 123-128.

⁷ Lévy, Pierre. *O que é virtual?* Tradução de Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.^[L]

⁸ McLuhan, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. Tradução de Décio Pignatari. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

Diante das mais variadas mudanças advindas das novas tecnologias, tem-se mudanças no âmbito econômico, haja vista que o processo supracitado de virtualização também se aplica à economia, dando ensejo à economia da desterritorialização.⁹ É a ideia da Economia Informacional¹⁰, na qual a informação e o conhecimento aparecem como bens econômicos singulares e essenciais, representando atualmente a principal fonte de riqueza. Neste cenário, ressalta-se o fato de a produtividade e competitividade serem condicionados à capacidade de gerar, processar e aplicar a informação.¹¹

Plataformas digitais aparecem como importantes atores desse processo - tais como, *Facebook*, *Instagram*, *Google*, *Twitter*, dentre outras – as quais têm o condão de aproximar os sujeitos do mercado, isto é, fazer com que os ofertantes e os consumidores tenham um canal de interação¹² mais simplificado. Tal fato poderia propiciar benefícios para ambos os lados, na medida que, os consumidores poderão ter acesso a um leque mais vasto de opções de mercado, em maior velocidade e de forma mais simplificada. Tem-se então que a otimização é característica marcante da função exercida pelas plataformas digitais no mercado, no âmbito do estabelecimento de contato entre as partes da relação de consumo e, consequentemente, da economia como um todo.¹³

Dito isto, os autores Alex Moazed e Nicholas Johnson¹⁴ elencam as funções primordiais desempenhadas pelas plataformas digitais, dentre elas, pode-se destacar à referente à concepção um de *marketplace* mais fluido com o intuito de servir de atrativo tanto aos compradores quanto aos produtores, é o que denominam de *audience building*. Ademais, tem-se a função de *matchmaking*, a qual tem como escopo fazer a ligação entre o consumidor correto com seu produtor correto. Cita-se ainda a função relacionada à oferta de ferramentas e serviços, tendo como um de seus objetivos a diminuição dos custos de transação.

⁹ Lévy, Pierre, op. cit., 2011, p. 51-52.

¹⁰ Braman, Sandra. “A economia representacional e o regime global da política da informação”, In: Maciel, Maria Lucia; Albagaji, Sarita (Org.). Informação, conhecimento e poder: mudança e inovação social. Rio de Janeiro: Garamound, 2011, p. 47. 

¹¹ Castells, Manuel, op. cit., 2016.

¹² Tirole, Jean. *Economics for the common good*. New Jersey: Princeton University Press, 2017, p. 379.

¹³ Choudary, Sangeet Paul. *Platform scale: how an emerging business model helps startups build large empires with minimum investment* [edição eletrônica]. Cambridge: Platform Thinking Labs, 2015.

¹⁴ Moazed, Alex; Johnson, Nicholas L. *Modern monopolies: what it takes to dominate the 21st century economy* [edição eletrônica]. New York: St. Martin Press, 2016.

Em caráter de adendo, é interessante esclarecer que os custos de transação correspondem àqueles custos anexos a um negócio jurídico, que tem como propósito viabilizar a relação entre os pólos do negócio contratual. Neste sentido, Robert Cooter e Thomas Ulen¹⁵ afirmam que os “custos de transação são os custos das trocas ou comércio”. Logo, tem-se que os custos de transação e o valor do negócio são diretamente proporcionais, na medida que quanto mais elevado for o custo de transação, mais elevado o valor do negócio. Com isso, a partir do momento que as plataformas digitais vêm à baila com o escopo de diminuir os custos de transação, consequentemente, contribuem para a diminuição do valor do negócio como um todo.

Destarte, é importante compreender como todos estes objetivos são alcançados pelas plataformas digitais. Em outras palavras, o que viabiliza tais plataformas reduzirem os custos de transação? O que viabiliza tais plataformas conectarão os consumidores e produtores de forma correta e mais eficiente? É neste contexto que entram os dados dos usuários das respectivas plataformas. Isto é, é com base na coleta e tratamento de tais dados que as plataformas digitais alcançam êxito em suas funções supracitadas. Tem-se assim a ideia do *Big Data*, o qual se refere a vasta gama de dados coletados por mecanismos digitais, neste sentido:

A intensa utilização de redes sociais online, de dispositivos móveis para a conexão à Internet, transações e conteúdos digitais e também o crescente uso de computação em nuvem tem gerado quantidades incalculáveis de dados. O termo Big Data refere-se a este conjunto de dados cujo crescimento é exponencial e cuja dimensão está além da habilidade das ferramentas típicas de capturar, gerenciar e analisar dados.¹⁶

Outrossim, é importante salientar que dados e informações não são sinônimos no contexto ora apresentado, na medida que se pode estabelecer uma relação de matéria-prima e produto, respectivamente. Há então a necessidade de haver um processamento de dados para que sejam transformados em informação.

Conclui-se então que os dados pessoais que movimentam a economia digital. É exatamente neste contexto que se coloca em discussão a tutela de determinados direitos fundamentais, na medida que demanda reflexão acerca da possível violação de direitos fundamentais do usuário diante da coleta e processamento de seus

¹⁵ Cooter, Robert; Ulen, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa, 105.

¹⁶ Manyika, James; Chui, Michael; Brown, Brad; et al. *Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*. McKinsey Global Institute, 2011.

respectivos dados. Dessa forma, o tópico seguinte visa desenvolver análise a respeito de certos direitos fundamentais que se mostram ameaçados diante de tal conjuntura.

2 O uso de dados pessoais, o risco aos direitos fundamentais e a necessidade da autodeterminação informative

Pode-se dizer que os direitos fundamentais dizem respeito àqueles direitos imprescindíveis à natureza humana, os quais constituem um núcleo básico e intocável do indivíduo, em virtude de terem como designio o próprio atendimento de suas respectivas necessidades. Com base nisto, compreendem um conjunto de direitos que o indivíduo dispõe perante o Estado.

Ademais, é importante destacar o caráter instrumental inherente aos direitos fundamentais, tal fato guarda conexão com a ligação de tais direitos para com a dignidade da pessoa humana, a qual é definida como sendo um “valor próprio que identifica o ser humano como tal”, sendo um atributo inherente e distintivo em cada indivíduo, com o fito de garantir condições existenciais mínimas, conforme dispõe Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷.

O autor supracitado sustenta ainda que a dignidade da pessoa humana detém o potencial de atrair o conteúdo de tais direitos, posto que para haver a salvaguarda da dignidade humana tem-se a inevitabilidade de haver o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. Nesta esteira, pode-se dizer que ambos desempenham uma relação dialética, na medida que a dignidade humana representa um norte aos direitos fundamentais, guiando sua atuação e servindo de alicerce axiológico a tais direitos, ao passo que estes visam à concretização daquela.

Diante do exposto, sobressaem determinados direitos os quais estão diretamente ligados à tutela da dignidade da pessoa humana, isto é, os direitos da personalidade, os quais são direitos inerentes à própria condição humana, conforme dispõe Gustavo Tepedino¹⁸. Traduzem atributos da qualidade do ser humano. Importante, ainda, sublinhar que tais direitos visam à salvaguarda de direitos específicos: imagem, honra e privacidade, de acordo com o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

¹⁷ Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 49.

¹⁸ Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26.

Dito isto, é válido deslindar, em linhas gerais, os aspectos essenciais de cada esfera dos direitos da personalidade. O direito à imagem está relacionado à proteção do corpo humano bem como das características que individualizam o homem, além disso, frisa-se que a imagem guarda conexão com os atributos externos da pessoa, suas respectivas particularidades físicas, ou seja, por meio das quais, o indivíduo se mostra percebido.¹⁹ O direito à honra tem como escopo a preservação da dignidade e integridade moral da pessoa humana, uma vez que está ligada à reputação da pessoa perante o respectivo seio social, bem como seu próprio valor moral.

Por fim, cita-se o direito à privacidade, o qual compreende tanto a vida privada e a intimidade do indivíduo, bem como pode ser interpretado como a ideia de a pessoa ser detentora de seu próprio espaço, isento de interesse e curiosidade alheia. Há uma definição clássica a respeito do direito à privacidade, a qual pode ser compreendida como “*the right to be alone*”²⁰, isto é, o “direito de ser deixado em paz”. Conquanto, tem-se uma redefinição conceitual fruto do advento tecnológico, de modo a expandi-lo. Assim, com base nos ditames de Stefano Rodotà²¹, a esfera privada diz respeito “ao conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo”. O autor em comento afirma ainda que a privacidade requer “um tipo de proteção dinâmica, que segue o dado em todos os seus movimentos”.

Pautado no exposto, tem-se que a circulação e processamento de dados pessoais pode ensejar ameaça ao direito à privacidade da pessoa humana. Ideia esta que corrobora com a concepção ressignificada de privacidade, a qual possui conexão com uma circulação controlada de dados. Nesta esteira, demanda-se reflexão a respeito da autodeterminação informativa²². Esta pode ser concebida como a prerrogativa de o

¹⁹ Meyer-Pflug, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 87.

²⁰ Warren, Samuel; Brandeis, Louis. “*The right to privacy*”. Harvard Law Review, v. IV, n. 05, 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 20 jul. 2019. [SEP]

²¹ Rodotà, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro. Renovar: 2008, p. 92.

²² Com o fito de corroborar com a ideia em comento, cita-se que: ““o direito de acesso à informação imanta necessariamente proteção dos direitos da personalidade (entre esses, honra, vida privada, intimidade, imagem...), gerando dessa forma um limite ao acesso e difusão da informação, fundado na paridade de armas entre cidadãos e cidadãos e entre cidadãos e o Estado, objetivando a concreção do direito à autodeterminação informativa.” Sarlet, Ingo Wolfgang; Molinaro, Carlos Alberto. “*O direito à informação na organização constitucional: breves apontamentos*”. In: Sarlet, Ingo Wolfgang; Martos, José Antonio Montilla; Ruaro, Regina Linden (org). Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal. Porto Alegre: Livravia do Advogado, 2016, p. 16.

indivíduo dispor dos respectivos atos de informação, com o condão de ter poder de domínio – consentir ou não - acerca do seu uso por agências de informação gerenciadoras de banco de dados.

Em outras palavras, a autodeterminação informativa “assume-se como um direito de personalidade que defende outras das suas facetas, permitindo ao seu titular o controle da utilização das informações que lhe respeitem”, conforme salienta Catarina Castro²³. Sendo assim, evidencia-se a necessidade de reflexão sobre a temática diante dos riscos inerentes a determinadas ações por parte das agências de tratamento de dados, as quais têm o condão de traçar definições sobre a personalidade do usuário, como será tratado do tópico a seguir.

3 A realidade filtrada como ameaça democrática e a proteção dos dados pessoais

Pode-se dizer que a ideia por trás da utilização dos dados pessoais por agências de informação é no sentido de realizar uma análise populacional em larga escala, para prever a personalidade do usuário, prever o respectivo comportamento. Com isso, tem o escopo de criar uma espécie de perfil especializado para aquele indivíduo, de tal maneira que se tem a possibilidade de direcionar conteúdos de acordo com suas predileções.

Destarte, o risco da utilização de dados pessoais não se resume à questão da privacidade do indivíduo usuário da plataforma digital. É incontroverso que esta aparece ameaçada, porém, o risco é bem mais grave, vez que neste contexto da Economia da Informação, tem-se a chamada Economia da Atenção²⁴, ou seja, uma economia que compete para alcançar a maior atenção possível de seus usuários.

O risco desta disputa pela atenção do usuário da rede vai muito além do direito à privacidade do indivíduo, pois exerce um poder de influência sobre tais usuários, em função da capacidade de direcionamento de conteúdos condizentes com as respectivas preferências, conforme exposto anteriormente. Sendo assim, a ideia de manipulação com o fito de moldar pensamentos, filtros que condicionam o que aparece para o

²³ Castro, Catarina Sarmento e. *Direito da Informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 28.

²⁴ Davenport, Thomas H.; Beck, John, C. *A economia da atenção: compreendendo o novo diferencial de valor dos negócios*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2001.

usuário em suas páginas virtuais, têm o condão de mostrar aquilo que o indivíduo quer ver, diante de suas predileções traçadas no respectivo perfil. Tal fato tem por fim a criação de uma realidade filtrada, a qual tem o potencial de causar falsas sensações, bem como canalizar a opinião em um dado sentido²⁵.

Manuel Castells²⁶ assevera que a forma mais fundamental de poder está na capacidade de moldar a mente humana. As relações de poder seriam formuladas na própria mente humana, com base no processo de comunicação. Assim, para se ter poder, há de se ter controle no que concerne à comunicação e à informação veiculada. Dessa forma, o “poder na sociedade em rede é o poder da comunicação”, de modo que a comunicação se revela como fonte de poder social capaz de influenciar as decisões de *outrem* com o escopo de favorecer a vontade e valores daquele que detém o poder.

Outrossim, cita-se ainda a ideia da Era da Pós-Verdade, de acordo com a qual, o leitor, muitas vezes, ao ler uma notícia, detém a propensão de apenas querer confirmar aquilo que ele já acreditava, no sentido de tomar como verdade o conteúdo que corrobora com suas prévias ideologias. E, consequentemente, denega o conteúdo que vai de encontro àquilo. Matthew D’Ancona²⁷ assevera que na Era da Pós-Verdade, “a questão não é determinar a verdade por meio de um processo de avaliação racional e conclusiva. Você escolhe sua própria verdade”.

Diante disso, o próprio equilíbrio democrático se revela em evidente perigo, tem-se, assim, clara ameaça à democracia. Haja vista que a lisura de um processo eleitoral pode ser eivada por consequência da construção de uma realidade filtrada, na medida que se tem a possibilidade de conduzir o respectivo pensamento em direção preestabelecida, principalmente daqueles eleitores que ainda não têm opinião formada.

Com o escopo de exemplificar a referida conjuntura, cita-se caso da eleição presidencial norte-americana de 2016, a qual culminou com a vitória do republicano Donald Trump, haja vista que muito se correlaciona a respectiva eleição com a

²⁵ Com o escopo de corroborar com o contexto em comento, interessante citar a ideia de que há uma construção social da realidade, na medida que concomitantemente que o homem constrói e molda a sociedade, esta também a influencia. Isto é, tem-se uma realidade na qual o homem tem consciência e está é resultado da própria sociedade. Berger, Peter; Luckmann, Thomas. *A construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 2002.

²⁶ Castells, Manuel. *O poder da comunicação*. Tradução Vera Lucia Joyceline. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2015.

²⁷ D’Ancona, Matthew. *Pós-Verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. Barueri: Faro Editorial, 2018, p. 57.

propagação de *fake news*²⁸, além do escândalo envolvendo a empresa *Cambridge Analytica* e a rede social *Facebook*. O referido caso trouxe à tona a coleta e manipulação de dados pessoais de 87 milhões usuários da rede social *Facebook* com o escopo de conquistar o voto de eleitores indecisos.²⁹

Em caráter de adendo, cita-se que em janeiro de 2019 a *Netflix* lançou documentário intitulado *Privacidade Hackeada*, o qual narra os bastidores do escândalo supracitado. Relata como uma plataforma digital programada com o intuito de conectar as pessoas pode ter se transformado em uma verdadeira ameaça democrática. Em linhas gerais, o escândalo *Cambridge Analytica* teve origem com a criação de testes feitos no *Facebook*, os quais acabavam por coletar dados pessoais dos usuários que se submetiam ao quiz, bem como de seus amigos.

Tais dados foram fornecidos à *Cambridge Analytica*, que, com base nos dados coletados, tinham a capacidade de traçar perfis dos eleitores e, com isso, podiam criar conteúdos personalizados para aqueles eleitores que poderiam mudar de ideia quanto à escolha eleitoral. Sendo assim, tais eleitores – os quais eram denominados de “persuasíveis” – eram bombardeados com informações para que os mesmos criassesem uma visão de mundo específica e, por consequência, direcionassem seu voto a um respectivo sentido.

Nesta senda, reflete-se sobre a possibilidade de a Era da Informação estar se convertendo na Era da Desinformação. Porém, elucida-se que a acepção de desinformação no referido caso não guarda conexão com a carência de informação, na medida que o fluxo informacional se efetiva de forma célere na Sociedade Digital, mas sim a interpretação de desinformação como o fato de indivíduos estarem rodeados de informações com credibilidade questionável, veracidade deturpada ou mesmo realidade filtrada.

Diane de todos os fatos apresentados, evidencia-se a necessidade de proteção do direito fundamental à privacidade do indivíduo usuário da rede, bem como a imprescindibilidade de salvaguarda do equilíbrio democrático, para que assim haja a amenização dos efeitos negativos advindos do uso inadequado de dados pessoais na Sociedade da Informação.

²⁸ Quirós, Eduardo A. “*Fake news versus jornalismo livre e independente*”. In: Llorente & Cuenca (Direção e Coordenação). *A era da pós-verdade: realidade versus percepção*. São Paulo: Revista UNO, 2017, p. 37.

²⁹ Zanatta, Rafael. “*Fake news e o triunfo do reducionismo*”, in *Revista do Instituto Humanitas Unisinos (IHU)*, n. 520, abr. 2018, São Leopoldo, UNISINOS, p. 12-17, p. 12.

No âmbito brasileiro, cita-se como medida de enfrentamento a edição da Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A lei tem como escopo dar maior controle aos indivíduos no que tange aos seus dados coletados. A LGPD corresponde à primeira lei específica brasileira sobre a temática, uma vez que antes havia apenas disposições legislativas esparsas.

Outrossim, destaca-se que a lei em comento mostra um acompanhamento do ordenamento jurídico brasileiro no que concerne à tendência mundial sobre a proteção de dados pessoais, uma vez que a *General Data Protection Regulation* (GDPR) ou Regulamento Geral de Proteção de Dados – conjunto de regras sobre proteção de dados e identidade vigente da União Europeia - serviu de inspiração para a LGPD.

Alguns pontos sobre a LGPD merecem ser destacados, o primeiro deles é deixar claro que a lei não proíbe a utilização de dados pessoais³⁰, na medida que legitima o tratamento de dados em hipóteses específicas, as quais estão dispostas no artigo 7º da LGPD. O consentimento pelo titular, cumprimento de obrigação legal, realização de estudos por órgão de pesquisa, dentre outras.

Além disso, a lei, em seu artigo 6º, elenca um rol de princípios que devem nortear as atividades de tratamento de dados pessoais, tais como finalidade, pois deve seguir propósitos legítimo, adequação, necessidade, qualidade dos dados, transparência, segurança. Outrossim, percebe-se ampla possibilidade de prerrogativas inerentes aos titulares no que tange aos respectivos dados, tendo o direito de obter, mediante requisição a qualquer momento, informação, acesso, retificação, cancelamento, dentre outros, sobre seus dados pessoais.

Ademais, a LGPD traz em seu bojo a existência de uma autoridade competente para com o zelo relativo à proteção de dados, devendo fiscalizar, estabelecer diálogo com a sociedade. É a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a qual detém ao mesmo tempo um caráter disciplinatório, bem como esclarecedor, na medida que visa elucidar os objetivos da lei.

A LGPD representa um avanço no que concerne à salvaguarda a direitos como a privacidade, representando uma resposta a situações prejudiciais à tutela de direitos

³⁰Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
II - dado pessoal sensível: 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;

fundamentais da pessoa humana, bem como do equilíbrio democrático como um todo. Muitos desafios ainda virão, principalmente quanto à efetivação do referido diploma legislativo, na maneira pela qual as empresas irão adequar os respectivos modelos de negócio a tal realidade, o fato de algumas empresas não estarem cientes que lidam com dados pessoais, com isso acreditam que não necessitariam se adequar à lei, bem como na própria interpretação³¹ dos dispositivos da lei.

De acordo com a Medida Provisória nº 869/2018, a LGPD entrará em vigor em agosto de 2020. Este prazo aparenta ser curto se analisado sob à ótica empresarial no que concerne à sua adaptação, por outro lado, se analisado sob a perspectiva das mudanças sociais, as quais ocorrem em rápida velocidade, levanta-se o questionamento se tal prazo não seria longo demais, de tal modo de que quando a lei vier entrar em vigor, talvez já contivesse pontos defasados para com a realidade social.

Por fim, cita-se a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 17/2019, proposta pelo senador Eduardo Gomes (MDB-TO) e relatada pela senadora Simone Tebet (MDB-MS) que visa trazer a proteção de dados pessoais disponíveis nos meios digitais como direito fundamental, incluindo como uma garantia individual da Constituição Federal de 1988. A relatora assevera que a PEC – aprovada em dois turnos no Senado Federal, que agora segue para votação na Câmara dos Deputados - corrobora com o compromisso brasileiro para com a proteção de dados pessoais, assim “aproximando nosso país das melhores legislações internacionais sobre o tema”³². O que ratifica a ideia supracitada de o ordenamento jurídico brasileiro estar acompanhando a tendência mundial acerca da proteção de dados.

Conclusão

As novas tecnologias inerentes à sociedade do Século XXI propiciam a interconexão informacional em nível mundial, além disso, o advento tecnológico enseja transformações sociais em várias perspectivas, como a econômica. O que à primeira vista pode parecer positivo, pode acarretar consequências questionáveis.

³¹ A título exemplificado cita-se o artigo 21, o qual dispõe que os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo. Mas o que pode ser considerado como prejuízo? Tal dispositivo dá margem para interpretações subjetivas.

³² Agência Senado. Proteção de dados pessoais deverá ser direito fundamental na Constituição. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/02/protecao-de-dados-pessoais-devera-entrar-na-constituicao-como-direito-fundamental>. Acesso em: 26 ago de 2019.

A coleta e tratamento de dados pessoais por meio de plataformas digitais se mostram como realidade na Economia Digital, nesta a informação é poder, na medida que os dados movem a economia. Pautado nisto, cita-se a Sociedade da Informação, na qual a primazia informacional está em evidência. Tem-se de um lado a utilização de dados pessoais por agências de tratamento como mecanismo de ação presente na Economia da Informação e, do outro lado, coloca-se em evidência o acentuado risco advindo desta mesma utilização, no que tange à salvaguarda dos direitos fundamentais do usuário, em especial o direito à privacidade.

Porém, não se pode dizer que apenas o direito fundamental à privacidade se mostra ameaçado, haja vista que o problema é bem mais grave e profundo que isso, haja vista que por meio do tratamento de dados tem-se a possibilidade de estabelecer categorias pautadas no comportamento digital dos usuários e, consequentemente, criar conteúdos personalizados e direcioná-los a caminho específico de pensamento. A modulação de pensamento na rede representa clara ameaça democrática.

Dante disso, tem-se que a relevância da temática da proteção de dados pessoais é ratificada em face à dinâmica social presente da Sociedade da Informação, a qual é marcada pela presença de rastros digitais pessoais nas mais diversas plataformas, dando margem a abusos na utilização de dados e informações. O risco de utilização de seus dados contra você mesmo é uma realidade na Era Digital, o que culmina na respectiva limitação da liberdade de escolha. Assim, avanços na seara legislativa e constitucional – como a LGPD e a PEC nº 17/2019 - representam mecanismos de garantia dos direitos fundamentais diante das novas tecnologias, bem como instrumentos de salvaguarda do equilíbrio do Estado Democrático de Direito.

Referências

Berger, Peter; Luckmann, Thomas. *A construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 2002.

Braman, Sandra. “*A economia representacional e o regime global da política da informação*”, In: Maciel, Maria Lucia; Albagaji, Sarita (Org.). *Informação, conhecimento e poder: mudança e inovação social*. Rio de Janeiro: Garamound, 2011.

Breton, P. *História da informática*. São Paulo, Universidade Estadual Paulista, 1991.

Cardoso, Gustavo. *Os media na sociedade em rede*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

Castells, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura.* 17. ed., São Paulo, Paz e Terra, 2016.

Castells, Manuel. *O poder da comunicação.* Tradução Vera Lucia Joyceline. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2015.

Castro, Catarina Sarmento e. *Direito da Informática, privacidade e dados pessoais.* Coimbra: Almedina, 2005.

Choudary, Sangeet Paul. *Platform scale: how an emerging business model helps startups build large empires with minimum investment* [edição eletrônica]. Cambridge: Platform Thinking Labs, 2015.

Cooter, Robert; Ulen, Thomas. *Direito & Economia.* 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa.

D'Ancona, Matthew. *Pós-Verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news.* Barueri: Faro Editorial, 2018.

Davenport, Thomas H.; Beck, John, C. *A economia da atenção: compreendendo o novo diferencial de valor dos negócios.* Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2001.

Lévy, Pierre. *O que é virtual?* Tradução de Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

Manyika, James; Chui, Michael; Brown, Brad; et al. *Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity.* McKinsey Global Institute, 2011.

McLuhan, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem.* Tradução de Décio Pignatari. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

Meyer-Pflug, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Moazed, Alex; Johnson, Nicholas L. *Modern monopolies: what it takes to dominate the 21st century economy* [edição eletrônica]. New York: St. Martin Press, 2016.

Quirós, Eduardo A. "Fake news versus jornalismo livre e independente". In: Llorente & Cuenca (Direção e Coordenação). *A era da pós-verdade: realidade versus percepção.* São Paulo: Revista UNO, 2017.

Rodotà, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.* Rio de Janeiro. Renovar: 2008.

Sarlet, Ingo Wolfgang; Molinaro, Carlos Alberto. "O direito à informação na organização constitucional: breves apontamentos". In: Sarlet, Ingo Wolfgang; Martos, José Antonio Montilla; Ruaro, Regina Linden (org). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

Schwab, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Tirole, Jean. *Economics for the common good*. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

Warren, Samuel; Brandeis, Louis. “The right to privacy”. Harvard Law Review, v. IV, n. 05, 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Zanatta, Rafael. “Fake news e o triunfo do reducionismo”, in *Revista do Instituto Humanitas Unisinos (IHU)*, n. 520, abr. 2018, São Leopoldo, UNISINOS, p. 12-17.

21. A INCLUSÃO DIGITAL COMO NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ATRIBUÍDA AO DIREITO À EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

DIGITAL INCLUSION AS A BASIC LAW ASSIGNED TO THE RIGHT TO EDUCATION IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-21>

Camilla Martins Cavalcanti¹

Ana Carla Pinheiro de Freitas²

Resumo

Objetivou-se analisar se a inclusão digital é uma norma de direito fundamental atribuída ao direito à educação, no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Parte-se da hipótese de que, com o desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) e com as mudanças sociais advindas deste fato, a inclusão social é uma forma de atualizar o direito à educação na pós-contemporaneidade, configurando-se, assim, como um direito atribuído ou decorrente. Desta forma, o artigo dividiu-se em três tópicos. De forma introdutória, expõe-se o direito à educação como um direito fundamental positivado na Constituição Federal Brasileira de 1988. Após, contextualizou-se às evoluções tecnológicas e, consequentemente, o desenvolvimento da TIC com o surgimento da necessidade da inclusão digital. Por fim, correlacionou-se o direito social à educação com o possível direito atribuído à inclusão digital. A pesquisa contou com metodologia do tipo bibliográfica, pura, de natureza qualitativa, com fins descritivos, e exploratórios, mediante a análise legislativa e de outros artigos sobre o tema. Conclui-se que, ao incorporar o direito à inclusão digital ao direito fundamental à educação, entendendo-se, desta forma, como sendo um direito decorrente, além de equivaler para a atualização do direito no Brasil, resulta beneficamente para a concretização dos direitos sociais.

¹Mestranda em Direito Constitucional e Teoria Política da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro do Grupo de Pesquisa Administração Pública e Tributação no Brasil.

²Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Pesquisadora do REPJAAL/UNIFOR e professora dos cursos de Mestrado e Doutorado na UNIFOR.

Palavras-chave: Direito fundamental à educação. Norma de Direito fundamental atribuída. Inclusão digital.

Abstract

The objective was to analyze whether digital inclusion is a fundamental law norm attributed to the right to education in the Brazilian legal system, in the light of Robert Alexy's Theory of Fundamental Rights. It is hypothesized that, with the development of Information and Communication Technologies (ICT) and the social changes resulting from this fact, social inclusion is a way of updating the right to education in post-contemporaneity, configuring, thus as an assigned or arising right. Thus, the article was divided into three topics. In an introductory way, the right to education is exposed as a fundamental right affirmed in the Brazilian Federal Constitution of 1988. After, it was contextualized to technological developments and, consequently, the development of ICT with the emergence of the need for digital inclusion. Finally, the social right to education was correlated with the possible right attributed to digital inclusion. The research had methodology of bibliographic type, pure, of qualitative nature, with descriptive and exploratory purposes, through the legislative analysis and others articles on the subject. It is concluded that, by incorporating the right to digital inclusion into the fundamental right to education, thus being understood as a resulting right, in addition to equivalent to the updating of the law in Brazil, beneficially results in the realization of social rights.

Keywords: Fundamental right to education. Standard of fundamental right assigned. Digital inclusion.

Introdução

Por meio da Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy³, tem-se os direitos atribuídos às normas de direito fundamental e, assim, entende-se a possibilidade de muitos direitos fundamentais atribuídos ou decorrentes⁴. Por

³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴ Tendo em vista que a tradução do Alemão para o português nem sempre corresponderá fidedignamente o conceito real, o tradutor Virgílio Afonso da Silva, deixa claro que considera como sendo uma importante característica de norma jurídica elencada por Robert Alexy o fato de às normas que não se encontram expressas diretamente por enunciados da Constituição, que o autor alemão usa, a seguinte expressão em sua língua para definir: "zugeordnete Grundrechtsnorm". Virginio Afonso

consequente, a pesquisa parte da seguinte indagação: Em que medida a inclusão digital, proposta pelo inciso I do artigo 27 da lei do Marco Civil, Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014⁵, configuraria um direito decorrente do direito à educação.

Pode-se dizer que o objetivo geral da pesquisa é, além de investigar a configuração do direito à inclusão digital como direito atribuído ao direito à educação, advertir sobre a necessidade da atualização do direito para fins deste representar não apenas uma lei positivada, mas também uma possibilidade de concretude, assim sendo, a efetivação dos direitos está diretamente ligada à sua atualização diante da realidade social.

Por conseguinte, o artigo, inicialmente, aborda o direito à educação como um direito fundamental positivado na Constituição Federal Brasileira de 1988; Em seguida, é exposta a situação da contextualização das evoluções tecnológicas e, consequentemente, o desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) com o surgimento de a necessidade de um direito referente à inclusão digital. Por fim, adverte-se sobre a questão do quão é preciso, no século XXI, correlacionar o direito social à educação com seu possível direito atribuído: o direito à inclusão digital.

Para tanto, a artigo contou, com relação aos aspectos metodológicos, com uma pesquisa bibliográfica, por de meio explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos e dados oficiais, que abordam, direta ou indiretamente, o tema o direito à inclusão digital como um direito atribuído ao direito fundamental à educação.

Entretanto, no que se refere ao método, foi empregado o dedutivo, tendo em vista o fato de ser o método lógico que pressupõe que verdades gerais funcionam como premissa para serem criados novos conhecimentos. Já, quanto à utilização dos resultados, foi pura, pois se realizou com a finalidade de aumentar o conhecimento do pesquisador para uma nova tomada de posição.

Ao final, a abordagem foi qualitativa, procurando abranger as ações e relações humanas, observando os fenômenos, descobrir um fato que acontece, sua natureza e suas características; exploratória, procurando aprimorar, buscando maiores informações sobre o tema em questão e descritiva no sentido de buscar descrever,

preferiu denominar a expressão de "norma de direito fundamental atribuída" e os fenômenos a esta ligados de por "atribuição".

⁵ BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

explicar, classificar, esclarecer o problema apresentado.

Considera-se fundamental o estudo sobre tema, pois resulta numa atualização do direito com os fatores sociais na pós-contemporaneidade brasileira que, assim, com tal reconhecimento de Direito novo realizado, resultará em uma adequação efetiva do direito à realidade.

1 Direito à educação como um direito fundamental positivado na Constituição Federal brasileira de 1988

No Brasil, o direito à educação está previsto na Constituição Federal de 1988, mais especificamente, em dois artigos, sendo estes: o artigo 6º e o artigo 205⁶. No artigo 6º, a educação é configurada como um direito social. Já, na redação do artigo 205, identifica-se a educação como um direito de todos e também como dever do Estado e da família, devendo esta ter a coloração da sociedade no que diz respeito à sua promoção e ao seu incentivo.

Dimitri Dimiulis e Leonardo Martins adotam o posicionamento que, até mesmo no entendimento geral dos leigos, os titulares dos direitos fundamentais são “todos” e isso corrobora com a ideia de universalidade de tais direitos⁷. Como, no caso do artigo 6º da Constituição Federal não é evidenciado quem seria o titular, deduz-se que todos os que precisam da prestação referente à educação se enquadram como sendo titulares⁸.

No sentido de entender como os direitos sociais são também direitos fundamentais, cabe ressaltar a perspectiva de Jorge Reis Novais, quando este relata que o fato de os direitos fundamentais constitucionais terem sido, de certa forma, alargados aos direitos sociais, deve-se às responsabilidades advindas do Estado social de Direito, tendo em vista que, decorrente deste, os direitos sociais foram acolhidos como direitos fundamentais⁹.

⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 78.

⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p.69.

Bruna Silva ao tratar sobre o direito à educação diante do ordenamento jurídico brasileiro, expõe a necessidade de equiparação de os direitos sociais aos direitos fundamentais, pois, além do fato de estes já terem uma aplicabilidade mínima, têm o risco de contingenciamento diante da argumentação de que se tem escassez financeira. Assim, considera que, com a citada equiparação, os direitos sociais estarão protegidos pelo princípio da proibição do retrocesso social¹⁰.

Especificamente no que concerne ao direito à educação, entende-se que a concretização deste direito fundamental social é necessária não apenas para a viabilização do princípio da dignidade da pessoa humana, mas também para a efetivação da igualdade e para a promoção dos direitos humanos no Estado Democrático e Social de Direito¹¹.

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy fundamenta que as normas gerais de direito fundamental podem ser definidas das formas: expressa e atribuída¹². Com relação a norma de direito fundamental expressa, pode-se dizer que é a norma escrita no dispositivo referente aos direitos fundamentais presentes na Constituição. Porém, Alexy¹³ considera que este conceito gera dois problemas:

O primeiro consiste na pressuposição da existência de um critério que permita dividir os enunciados da Constituição alemã entre aqueles que expressam normas de direitos fundamentais e aqueles que não as expressam, já que nem todos os enunciados da Constituição alemã expressam direitos fundamentais. O segundo problema consiste em saber se, de fato, aos direitos fundamentais da Constituição alemã pertencem somente aquelas normas expressas diretamente por enunciados da própria Constituição alemã.

Desta forma, Robert Alexy, ao elencar os problemas mencionados, considera que não se deve limitar o conceito de direito fundamental nem o conceito de suas referidas normas, pois, com a adoção deste posicionamento, não restringirá as normas de direito fundamental apenas as normas positivadas com critérios formais e estruturais preestabelecidos¹⁴.

¹⁰ SILVA, Bruna Isabelle Simioni. *O direito fundamental à educação na ordem constitucional brasileira*. Curitiba, Centro Universitário Autônomo do Brasil, 2015, p 1-4. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia).

¹¹ SILVA, Bruna Isabelle Simioni, *ibid.*, 2015, p. 4.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65-66.

¹³ ALEXY, Robert, *ibid.*, 2008, p. 65-66.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66.

Juliana Nahas justifica o fato de o direito à educação, previsto nos artigos 6º e 205, ser um direito fundamental social por conta de esta depender de prestações positivas normativas e materiais do Estado¹⁵. Assim, considera que as sentenças jurídicas que versarem sobre a educação seriam dotadas de fundamentação racional se tiverem apoio no modelo de direitos sociais proposto por Alexy.

2 A contextualização das evoluções tecnológicas com o surgimento de a necessidade da inclusão digital social

Pierre Lévy¹⁶, evidencia que a esfera do real não se opõe à esfera do virtual, isto é, o que acontece no virtual é real e, assim, entende-se o virtual como parte do real. Luís Mauro Sá Martino ao tratar sobre Cibercultura, tecnologia e inteligência tendo como base o estudo de Pierre Lévy, considera que Lévy não tinha uma ideia isolada dos avanços digitais, pois ele acreditava no surgimento de um novo tipo de relacionamento humano, denominando este de cibercultura. Neste, por intermédio de uma comunicação fornecida através de redes conectadas por computadores ou outros meios semelhantes, os seres humanos se comunicam, no que Lévy entende como o ciberespaço¹⁷.

Pierre Lévy, em 1996, já tinha afirmado que a internet ameaçava o ensino nos moldes do sistema da época, em que se tinha um conhecimento construído pelo que era transferido do professor para o aluno. Isto é, no contexto dos avanços tecnológicos do Século XXI, muda-se a relação entre o professor que seria o “detentor do conhecimento” com o aluno que teria o aparato das mídias digitais, apesar de na afirmação parecer “ficção científica”¹⁸.

Com o entendimento de que já tem, pelo menos 20 anos das mudanças sociais advindas de uma transformação tecnológica, considera-se que a tecnologia não é quem estrutura a sociedade, mas sim a própria sociedade que detém os valores que definirão

¹⁵ NAHAS, Juliana Venturella. O direito fundamental social à educação: aplicação, ponderação e argumentação. Porto Alegre, Universidade Federal Do Rio Grande do Sul, 2018. Dissertação (Mestrado em Direito)

¹⁶ LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* Tradução. Paulo Neves. São Paulo, 2003, p.4.

¹⁷ MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teoria das Mídias Digitais: linguagens, ambientes, redes*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 27.

¹⁸ MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teoria das Mídias Digitais: linguagens, ambientes, redes*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 27.

o uso tecnológico e é diante das necessidades sociais que a inovação digital ganha forma¹⁹.

A Educação, no que diz respeito ao conhecimento e ao aprendizado, é um elemento central na sociedade de informação. Constatou-se que, parte das desigualdades socioeconômicas, são resultados das discrepâncias de oportunidades no que se refere ao aprendizado e a concretização de inovações. Porém, a educação na sociedade de informação transpassa a barreira de apenas treinar as pessoas para utilização das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), pois deve ser ensinado desde a criatividade e o protagonismo em tomar decisões até a capacidade de lidar de forma positiva com as mudanças contínuas nas áreas tecnológicas ²⁰.

Tendo em vista que as “TIC” configuram a realidade pós-contemporânea e se tornaram uma ferramenta necessária não somente para o convívio em sociedade, mas também para o desenvolvimento humano, pode-se relatar que os indivíduos que não são inclusos adequadamente ao sistema dessas tecnologias, são excluídos digitalmente e, consequentemente, não podem exercer sua cidadania de maneira plena, principalmente quando a própria Administração pública está se modernizando e implementando portais feitos para a participação cidadã, como por exemplo o da transparência ²¹.

Então, constata-se que a exclusão digital é consequência da exclusão social e isto contribui para o aumento da desigualdade social. Assim, é papel do Estado agir de forma consistente para prestar uma inclusão digital efetiva que forneça mais que o mero acesso aos equipamentos tecnológicos, combatendo assim a analfabetização digital e, assim, concomitantemente, promovendo a educação e a cidadania ²². Com relação a isto, Júlio Muniz aduz que:

¹⁹ CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (organizadores). *A Sociedade em Rede do Conhecimento à Ação Política*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005, p. 7.

²⁰ TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade de informação no Brasil*. Livro Verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

²¹ FLAIN, Valdirene Silveira. A inclusão digital como direito fundamental passível de viabilizar a participação cidadã. Santa Maria, Universidade Federal de Santa Maria, 2017, p. 25. Dissertação (Mestrado em Direito).

²² FLAIN, Valdirene Silveira, *ibid.*, 2017, p.137.

[...] o Estado ao não cumprir de forma efetiva as diretrizes constitucionais no que concerne à educação pública básica, contribui para a desigualdade de oportunidades, exclusão social e manutenção das desigualdades sociais existentes no país²³.

Inclusive, cabe relatar que Júlio Cesar Muniz, ao analisar o direito fundamental à educação sob o paradigma do binômio inclusão e exclusão social e o paradoxo do Estado democrático de direito, identificou que a educação pública que deveria ser inclusiva e igualitária, paradoxalmente, com base na atuação inadequada estatal no que diz respeito a proteção e a concretude dos direitos fundamentais sociais, colabora com a desigualdade e a exclusão social²⁴. No tocante ao direito fundamental à educação aduz que:

Numa perspectiva abrangente, sedimentou-se a ideia da educação, enquanto direito fundamental social, ou seja, um direito inerente às pessoas e que por sua magnitude foi positivado na ordem jurídica constitucional, exigindo do Estado uma postura positiva por meio de prestações que materializem não somente o acesso a tal direito, mas a sua efetividade. Nesta senda, o direito fundamental à educação conecta-se com o pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo, com a liberdade, com a formação de uma cidadania social, com a aproximação a uma igualdade de natureza material, com a dignidade da pessoa humana²⁵.

Desta forma, faz-se necessário acrescentar que o fato de existir uma iminência do fato de que pessoas, de alguma forma, tenham a privação do acesso à tecnologia é preocupante e, caso não seja prevenido isso, as desigualdades sociais só tendem a aumentar, o que nas palavras do autor é: “[...] a exclusão digital veio, portanto, somar-se ao arcabouço de misérias e humilhações sofridas por aqueles que não possuem os elementos necessários para participar da sociedade de consumo.”²⁶

Com relação a contextualização da necessidade da inclusão social por meio da inclusão digital cabe expor também que o Estado deve atuar na proteção e na promoção do princípio da dignidade da pessoa humana ao assegurar os direitos fundamentais aos seus cidadãos. Desta forma, por meio da consideração no sentido de que o direito à inclusão digital se vincula ao princípio que presa pela dignidade humana, é possível viabilizar a promoção de uma modificação benéfica na realidade

²³ MUNIZ, Júlio Cesar. Direito fundamental à educação análise sobre o binômio inclusão e exclusão social e o paradoxo do estado democrático de direito. Pouso Alegre, Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2018. Dissertação (Mestrado em Direito).

²⁴ MUNIZ, Júlio Cesar, *ibid.*, 2018, p. 123-127.

²⁵ MUNIZ, Júlio Cesar, *ibid.*, 2018, p. 126.

²⁶ CAZELOTO, Edilson. *Inclusão digital: uma visão crítica*. São Paulo: Senac São Paulo, 2008, p.17.

social²⁷.

3 A correlação entre o direito social à educação com o possível direito atribuído à inclusão digital

Na perspectiva de Rafael Xerez, em geral, a construção da norma de direito fundamental é realizada por meio de duas fases. Na primeira etapa, o intérprete ou o aplicador, construirá a norma de direito fundamental expressa através de um dispositivo de direito fundamental.²⁸

A segunda fase é configurada quando a norma de direito fundamental expressa já detiver natureza principiológica e, com isso, houver tido uma extensão semântica e estrutural. Assim, pelo intermédio de um refinamento, visando preencher a extensão citada da norma expressa, é construída a norma de direito fundamental decorrente. Com isso, através de uma norma geral expressa de direito fundamental, pode-se construir inúmeras normas de direito fundamental decorrente²⁹. Com relação a aplicação das normas decorrentes, acrescenta:

A construção da norma de direito fundamental decorrente demanda esforço argumentativo por parte do intérprete/aplicador, já que o direito nela previsto não corresponde à situação subjetiva de vantagem expressamente prevista em dispositivo de direito fundamental. É certo que uma fundamentação com base na dimensão objetiva dos direitos fundamentais gera o risco de construções irracionais de conteúdos normativos concretos a partir de princípios abstratos. A neutralização deste risco reside na fundamentação racional a ser utilizada na construção de normas jurídicas a partir do conteúdo axiológico objetivo dos direitos fundamentais, com indicação precisa das premissas utilizadas e exposição adequada da justificação da construção formulada. Uma vez analisado o processo de construção de norma de direito fundamental, enquanto norma geral dotada de estrutura de regra, resta analisar qual a função desempenhada por esta norma na construção da norma decisória resultante do exercício da atividade jurisdicional³⁰.

César Arroyo considera que o direito à internet está se transformando em um

²⁷ FLAIN, Valdirene Silveira. A inclusão digital como direito fundamental passível de viabilizar a participação cidadã. Santa Maria, Universidade Federal de Santa Maria, 2017, p. 138-139. Dissertação (Mestrado em Direito).

²⁸ XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da concretização dos direitos fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*. Salvador, Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 166. Tese. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15282/1/TeseDoutoradoRafaelXerez.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

²⁹ XEREZ, Rafael Marcílio, *ibid.*, p.166.

³⁰ XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da concretização dos direitos fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*. Salvador, Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 168. Tese (Doutorado em Direito).

direito fundamental e, além disso, “a internet é a principal base para construir a nova identidade dos direitos fundamentais”, diante das evoluções da sociedade de informação, com o desenvolvimento das tecnologias. Porém, acredita que o direito à internet deve ser composto por conteúdos fundamentais e ser assegurado pela Constituição³¹.

Quando trata do direito à internet, de maneira ampla, César Arroyo, acredita que este deve ser construído pela presença da asseguração do acesso, da liberdade, da segurança, da privacidade, do direito ao esquecimento e ao anonimato e, por fim, o controle da vigilância eletrônica. Assim, quando se trata da norma de direito fundamental atribuída proposta neste artigo, pode-se dizer que é preciso desde o acesso até a promoção da inclusão digital como forma de inclusão social³².

No Brasil, o direito à internet, foi regulamentado pela Lei do Marco, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 que, além de estipular os princípios e das garantias, trata dos direitos e os deveres referentes ao uso da Internet no Brasil. Especificamente, o artigo 7º da legislação citada relata que, para o exercício da cidadania, o acesso à internet é essencial. Já, o inciso I do 27 artigo da Lei citada, estipula que deve haver a promoção da inclusão digital, por meio de iniciativas públicas voltadas para a cultura digital que visem à internet como uma ferramenta social³³.

Assim, pretende-se defender a ideia que os artigos mencionados acima, em especial, o inciso I do artigo 27 da Lei nº 12.965 de 2014, por meio do fenômeno da atribuição, configuram uma norma de direito fundamental atribuída ao direito fundamental social à educação³⁴.

Ressalta-se que o direito à inclusão digital configura como sendo uma norma de direito fundamental atribuída à norma de direito fundamental expressa pelo artigo 6º da Constituição Federal brasileira, pois, embora à inclusão digital não esteja prevista como direito fundamental pelo ordenamento brasileiro, em meio às evoluções tecnológicas do Século XXI, é necessário, por meio do fenômeno da atribuição, colocar este como uma norma de direito fundamental atribuída.

Ao tratar a inclusão digital como direito fundamental não expresso, Leonardo Almeida destaca que a denominação “inclusão digital” foi uma apropriação da

³¹ ARROYO, César Landa. Derecho fundamental al Internet: contenido essencial. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-22, out./dez. 2018, p 1.

³² ARROYO, César Landa, op. cit., 2018, p. 3-10.

³³ BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Brasília, 2014.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Brasília, 2014.

qualificação de “inclusão social” dada pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 que visava a integração dos indivíduos que não estão em uma sociedade igualitária. Com isso, comprehende-se que ao se tratar de inclusão digital também se é trabalhada a inclusão social³⁵.

Além do já exposto, a inclusão digital funciona ainda como uma forma de otimização dos direitos fundamentais, em especial, no que diz respeito à concretização do direito dos direitos fundamentais sociais referentes à educação, à democracia, e ao exercício das liberdades de expressão³⁶.

Com base no que já foi explanado, pode-se dizer que ao estabelecer o direito à internet como fundamental, além de conferir uma atualização do direito, tem-se, consequentemente, a otimização não somente do direito fundamental à educação, mas também a concretização de princípios constitucionais, como por exemplo: o princípio da igualdade, o princípio da dignidade humana e o princípio da cidadania.

Sendo assim, por intermédio de uma política pública estatal de inclusão digital bem aplicada e eficiente, será promovida também a inclusão social, pois os cidadãos estão inseridos socialmente de acordo com o contexto das evoluções tecnológicas do período pós-contemporâneo. Desta forma, a efetivação do direito à inclusão digital como fundamental no ordenamento jurídico brasileiro resulta na efetivação de outros direitos já expressos como fundamentais pela Constituição de 1988.

É importante enfatizar que o tema referente ao fornecimento de inclusão digital pelo Estado brasileiro, em termos gerais, nem que seja apenas no aspecto voltado a prestação do acesso à internet, já foi levada para compor a pauta das Casas Legislativas do Congresso Nacional.

Em 2011, antes mesmo da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 que estabeleceu, além de os princípios e de as garantias, os direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, tramitou no Senado Federal Brasileiro, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 6³⁷ que visava alterar o art. 6º da Constituição Federal de 1988 para acrescentar o direito ao acesso à Rede Mundial de Computadores, isto é, da Internet, no rol dos direitos sociais, porém, a emenda foi arquivada ao final da Legislatura no

³⁵ ALMEIDA, Leonardo Góes de Almeida. A inclusão digital como direito fundamental não expresso. Jacarezinho, Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica).

³⁶ PAULA, Victor Augusto Lima de. O acesso à internet como instrumento otimizador de direitos fundamentais. Fortaleza, Universidade Federal Do Ceará, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito).

³⁷ BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 6 de 2011*.

dia 21 de dezembro de 2018, conforme previsão do § 1º referente ao artigo 332 do Regulamento Interno do Senado Federal³⁸.

Já, na Câmara dos Deputados, desde 2015, está tramitando outra Proposta de Emenda à Constituição: A PEC 185, esta que tem como objetivo acrescentar ao artigo 5º da Constituição, ou seja, aos direitos fundamentais dos cidadãos, o inciso LXXIX que versará sobre o direito ao acesso universal à internet. Com relação a tramitação desta PEC, esta se encontra sujeita a apreciação do plenário da Casa Legislativa citada³⁹.

É importante relatar que, apesar de no inteiro teor da PEC que tramita na Câmara dos Deputados, se ressaltar que “A inclusão digital passa integrar cada vez mais as políticas governamentais”, a proposta visa apenas garantir o acesso à internet como direito fundamental e não trata sobre o direito à inclusão digital⁴⁰.

Cabe ressaltar que a discussão da matéria para a positivação do direito pelo Poder Legislativo não exclui a responsabilidade do Poder judiciário atuar de acordo com suas devidas competências, nesse sentido, Ingo Sarlet, ao tratar “os direitos sociais como sendo direitos fundamentais no âmbito da Constituição Federal brasileira de 1988”⁴¹, afirma que os direitos sociais são judicialmente exigíveis e que, apesar das controvérsias quanto aos excessos do Poder Judiciário, questionam-se também sobre a legitimidade deste Poder para, em face dos órgãos estatais, impor os direitos sociais. Ingo Sarlet ainda expõe:

Com efeito, o reconhecimento de que os direitos sociais constituem direitos exigíveis, não transforma o Poder Judiciário no agente privilegiado do processo, pois não poderá substituir uma ampla e coerente política dos direitos fundamentais (e não apenas dos direitos sociais), e, por mais que seja correta e deva ser endossada, não pode, por seu turno, conduzir ao afastamento dos direitos sociais do crivo dos Tribunais. O que há de ser discutida e melhor equacionado, é a forma pela qual há de atuar o Poder Judiciário, visto que este – assim como seus órgãos e agentes – também se acha vinculado diretamente pelos deveres de proteção dos direitos fundamentais. Da mesma forma, como foi objeto de várias contribuições citadas neste trabalho, há que apostar mais no estudo do papel do Poder Legislativo e do Poder Executivo, assim como nos mecanismos de aperfeiçoamento do controle social em relação às políticas públicas⁴².

³⁸ BRASIL. Senado Federal. *Resolução no 93, DE 1970*. Brasília, 1970.

³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 185 de 2015*.

⁴⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados, *ibid.*, 2015.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais no âmbito da Constituição Federal. *Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Organizadores: Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva e Guido Smorto. Joaçaba: Unoesc, 2012, p.502.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang, *ibid.*, 2012, p. 502.

Com isso, pode-se concluir que é dever do Estado, por meio dos seus poderes, efetivar as normas de direito fundamental. Por atribuição, ao conceder o valor de norma de direito fundamental atribuída à inclusão social, contribuirá para a efetivação do direito fundamental à educação.

Considerações finais

Por meio deste artigo científico, conclui-se que à luz da Teoria de Direitos fundamentais de Robert Alexy, o direito à inclusão digital, por meio do fenômeno da atribuição, deve ser configurado como uma norma de direito fundamental decorrente ao direito fundamental à educação.

Com o entendimento que o desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) ocasionou mudanças comportamentais e sociais, nota-se que atribuir a inclusão social o valor de norma de direito fundamental decorrente ou atribuída é uma maneira de garantir a atualização do direito frente ao contexto pós-contemporâneo da cibercultura e, além disso, ainda funciona como meio de otimizar o direito fundamental à educação e os princípios constitucionais estipulados pelo Estado Democrático de Direito no Brasil.

Dante das evoluções no século XXI, em especial, no que diz respeito ao desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação, a inclusão digital se tornou de grande importância não somente para o desenvolvimento humano e social, mas, especificamente, para a educação.

Assim, notou-se que o direito à inclusão digital previsto pelo inciso I do artigo 27 da Lei nº 12.965/2014 seria uma norma de direito fundamental atribuída ao direito já expresso no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 que estipula o fato de que o direito à educação deve ser prestado a todos, ou seja, configura a titularidade universal do direito fundamental social à educação.

Identificou-se que a matéria, de maneira generalizada, já foi pautada no Senado Federal Brasileiro, por meio da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 6 que visava acrescentar o direito ao acesso à Rede Mundial de Computadores no art. 6º da Constituição Federal, mas foi arquivada no final da legislatura. E também é importante relatar que na Câmara dos Deputados, ainda está tramitando a PEC 185/ 2015 que visa acrescentar um inciso no artigo 5º da Constituição federal para colocar também como

direito fundamental o acesso à internet. Entretanto, trata-se apenas da Internet e não engloba a inclusão digital.

Além das considerações já expostas, conclui-se que o fato de a matéria ser discutida pelo Legislativo não exclui a responsabilidade paralela do Judiciário, tendo em vista que o Poder judiciário não deve depender do Legislativo para atuar. Assim sendo, respeitando a divisão dos poderes, o judiciário tem que agir de acordo com suas competências para garantir a efetivação do direito fundamental à educação e, assim, promover a inclusão social por meio da inclusão digital.

Referências

ALMEIDA, Leonardo Góes de Almeida. A inclusão digital como direito fundamental não expresso. Jacarezinho, Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2802247. Acesso em: 20 maio 2019.

ARROYO, César Landa. Derecho fundamental al Internet: contenido essencial. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-22, out./dez. 2018, p 1. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen>. Tradução nossa. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. Resolução no 93, DE 1970. Brasília, 1970. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em 20 maio 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 185 de 2015*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075915>. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Senado federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 6 de 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99334>. Acesso em: 20 maio 2019.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (organizadores). *A Sociedade em Rede do Conhecimento à Ação Política*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005, p. 17. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sociedade-em-rede-do-conhecimento-%C3%A0-ac%C3%A7%C3%A3o-pol%C3%ADtica>. Acesso em: 27 maio 2019.

CAZELOTO, Edilson. *Inclusão digital: uma visão crítica*. São Paulo: Senac São Paulo, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FLAIN, Valdirene Silveira. *A inclusão digital como direito fundamental passível de viabilizar a participação cidadã*. Santa Maria, Universidade Federal de Santa Maria, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=5016915. Acesso em: 20 maio 2019.

LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* Trad. Paulo Neves. São Paulo, 2003.

MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teoria das Mídias Digitais: linguagens, ambientes, redes*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

MUNIZ, Júlio Cesar. Direito fundamental à educação análise sobre o binômio inclusão e exclusão social e o paradoxo do estado democrático de direito. Pouso Alegre, Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=6314518. Acesso em: 20 maio 2019.

NAHAS, Juliana Venturella. O direito fundamental social à educação: aplicação, ponderação e argumentação. Porto Alegre, Universidade Federal Do Rio Grande do Sul, 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=7605758. Acesso em: 20 maio 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

PAULA, Victor Augusto Lima de. *O acesso à internet como instrumento otimizador de direitos fundamentais*. Fortaleza, Universidade Federal Do Ceará, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Disponível em: http://www.repository.ufc.br/bitstream/riufc/12803/1/2014_dis_valpaula.pdf. Acesso em: 21 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais no âmbito da Constituição Federal. *Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Organizadores: Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva e Guido Smorto. Joaçaba: Unoesc, 2012.

SILVA, Bruna Isabelle Simioni. *O direito fundamental à educação na ordem constitucional brasileira*. Curitiba, Centro Universitário Autônomo do Brasil, 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e democracia). Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2369821. Acesso em: 20 maio 2019.

TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade de informação no Brasil*. Livro Verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/ciooooo05.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da concretização dos direitos fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*. Salvador, Universidade Federal da Bahia, 2014. Tese (Doutorado em Direito). Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15282/1/TeseDoutoradoRafaelXerez.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

22. USING TECHNO-REGULATORY INSTRUMENTS TO PROTECT HUMAN RIGHTS: A CASE STUDY OF THE REGULATION OF NETWORK NEUTRALITY IN BRAZIL



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-22>

João Araújo Monteiro Neto¹

Abstract

This article examines the use of techno-regulatory mechanisms to protect and promote human rights in the Internet. The paper uses a case study approach and a socio-legal theoretical framework to investigate how the use of techno-regulatory instruments can enhance the protection of certain human rights on digital environments. It examines the regulation of network neutrality, a very controversial and complex regulatory topic, in Brazil, one of the first countries to establish through legal instruments the protection of Internet data packets against any sort of discrimination. Under the techno-regulatory mechanisms proposed in the Marco Civil da Internet and the Federal Decree 8.771/16 Brazil enacted a legal framework that despite some criticism protected network neutrality and enhanced its role in the promotion of digital human rights like freedom of expression and privacy. The article examines network neutrality conceptualization, its key characteristics and how this techno regulatory mechanism can be used to protect digital human rights. The paper then analyses the regulation of network neutrality in Brazil and conclude that despite some vulnerabilities the guarantee of net neutrality promotes the development of a legal environment prone to promote and protect digital human rights in Brazil.

Keywords: Network neutrality, Brazil, Human Rights, Protection

Introduction

The protection of digital human rights is one of the central topics informing the

¹ Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Bolsista de Inovação Tecnológica da FUNCAP/CE

Internet governance agenda². Reflecting over this particular issue Carr³ notes that like other “large-scale systems like the environment or global finance, Internet governance is not a single, unitary function or practice. Rather, it is a complex matrix of technical standard setting, resource allocation and legal arrangements”, coordinating the use and development of the Internet. The range of the debates held under the scope of Internet governance reflects not only the social and economic perspectives of its development, but is also influenced by the technological principles underlying its growth. The interweaving of technological and socio-economic normative principles gave rise to a set of techno-regulatory elements that ground the network of technical and social governance⁴ 5. As pointed by DeNardis⁶ (2014, 8):

Internet governance decisions involve both scientific reasoning and social considerations of power and authority. For example, the design of the Internet address space (the collection of all available Internet addresses) and the domain name space specified a technical requirement for each name and number to be globally unique. Whereas this requirement for global uniqueness has necessitated forms of centralized coordination, control of names and numbers has been a fundamental global struggle of Internet governance since 1990’s.

The network technical development was an important element impacting the network governance design. It created a group of architectural principles that would guide not only the technical development and operation of the network, but also its governance. Investigating elements influencing the network development Ziewitz & Brown⁷ listed a group of technical principles that also shaped the development of governance practices and structures: the techno governance elements of openness, interoperability, redundancy an end-to-end. The first two impact more directly Internet governance and its regulatory development. Meanwhile, openness, for

² Kurbalija J., 2016. An Introduction to Internet Governance. (7th edn), Malta: DiploFoundation.

³ Carr, M., 2015. Power Plays in Global Internet Governance. *Millennium: Journal of International Studies*. 43(2), p. 645.

⁴ Braman, S., 2010. The Interpenetration of Technical and Legal Decision-making for the Internet. *Information, Communication & Society*. 13(3), pp. 309-324.

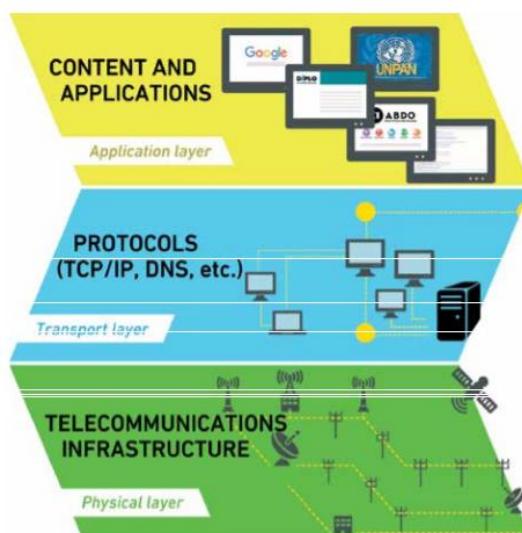
⁵ DeNardis, L., & Musiani, F., 2016. Governance by Infrastructure. In: Musiani, F., & Cogburn, D.L., & DeNardis, L., & Levinson, N.S. (eds). *The Turn to Infrastructure in Internet Governance. Information Technology and Global Governance*. 2016. New York: Palgrave Macmillan.

⁶ DeNardis, L., 2014. *The Global War for Internet Governance*. New Haven, CT: Yale University Press.

⁷ Ziewitz, M. & Brown, I., 2013. A Prehistory of Internet Governance. In *Research Handbook on Governance of the Internet*. Brown, I. (ed), 2013. Edward Elgar Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1844720>

example, as noted by Ziewitz & Brown⁸ “has come to denote the absence of centralized points of control - a feature that is assumed to make it easy for new users to join and new uses to unfold”. It is deeply connected to the rise of the open culture associated with Internet policy-making and the open Internet policies, coalitions, initiatives or structures being rooted in early technical movements like open software and open standards. It became an element that represented a technical and governance approach committed to concepts of distributed authority and democratic participation that are so close to the way that the Internet governance ecosystems were structured and are operated.

The Internet’s multi-layered structure implicates the existence of three interconnected layers (the physical layer - telecommunication infrastructure; the transport layer – standards and protocols; and the application layer - content). Figure 1 illustrates a set of distributed governance and regulatory regimes that need to be highly coordinated to avoid disruptions or harm to its normal development and use. The decision, for example, to implement a new transport protocol can contribute to reducing the costs of infrastructure use but also to the violation of digital rights such as those regarding privacy.



(Fig. 01)

One clear example of this techno-legal normative interpenetration process and also of the power relations involved in Internet governance policy making can be observed in the discussions about the regulation of network neutrality. Envisaged as a

⁸ Ziewitz, M. & Brown, I., 2013. A Prehistory of Internet Governance. In Research Handbook on Governance of the Internet. Brown, I. (ed), 2013. Edward Elgar, p. 15.

technical element grounded in Internet design, its socio-economic implications are so extensive that they assume a techno-regulatory rationality. It is able to shape not only the ways in which the Internet evolves but also its economic and social nature. One of the central topics of the current Internet governance agenda is network neutrality. In a general definition, network neutrality is the guarantee that data packages transiting through the Internet will be treated in an isonomic way not being discriminated or degraded. Legislation in the United States restricts the “ability of broadband ISPs, insofar as they provide “Internet access service,” to treat IP packets differently on the basis of their content or to charge content providers for transmitting those packets to the ISPs”⁹. In a more legally developed approach, it is defined in the Brazilian governance framework as the obligation that “the party responsible for the transmission, switching or routing has the duty to process, on an equal basis, any data packages, regardless of content, origin and destination, service, terminal or application”¹⁰.

The emergence of topics like network neutrality and its techno-social-normative nature highlights not only the peculiarities surrounding the practical aspects of Internet governance and regulation, but also reinvents and exposes past and recent developments of Internet governance scholarship. As noted by Kleinwächter¹¹ “20 years ago, Internet governance was a technical issue with some political implications. Today, Internet governance is a key political issue with some technical components”, which calls for closer collaboration among code-makers and law-makers, both nationally and globally”. Moreover, the implications of regulating aspects of Internet technical elements, particularly the ones related to how the information is transmitted, routed or commuted has increasingly impacted the exercise of digital rights of its users, particularly, the ones related to freedom of expression and privacy.

One important element highlighting the implications of this regulatory approach can be noticed not only by observing the effort of the Internet Engineering Task Force – IETF to publish guidelines establishing “Privacy Considerations for Internet Protocols – RFC 6973 or to create a research group like the Human Rights

⁹ Nuechterlein, J. E., & Weiser, P. J., 2013. *Digital Crossroads: Telecommunications Law and Policy in the Internet Age*. Cambridge: The MIT Press, 198.

¹⁰ Article 9 of the Lei nº. 12.965/2014, the Marco Civil da Internet.

¹¹ Kleinwächter, W., 2018. Towards a holistic approach for Internet related public policy making: Can the Helsinki process of the 1970s be a source of inspiration to enhance stability in cyberspace? The Global Commission on the Stability of Cyberspace (GCSC). GCSC thought piece January 2018. The Hague: Centre for Strategic Studies.

Protocol Considerations Research Group (HRPC) that is chartered to investigate whether standards and protocols can enable, strengthen or threaten human rights and already proposed guidelines promoting the protection of rights like freedom of expression and freedom of assembly. It can also be perceived in the development of legal frameworks regulating key aspects of Internet functional elements like the network neutrality.

I Network neutrality contextualisation

The techno-regulatory concept of network neutrality has its origins in the technical set of principles underpinning the early architectural functionality of the Internet that promoted the free circulation of data . Observing the influence of these architectural elements, particularly the principles of openness and end-to-end in the development of better policies to promote innovation and competition in telecommunications, Tim Wu¹² coined the expression “network neutrality.” The concept “describes the normative goal that all data should move across the Internet without being subject to discrimination based on origin or type”¹³. Despite its controversial conceptual perspective¹⁴ , the idea gained traction with different stakeholders particularly in academia and civil society. It became deeply associated with the promotion and protection of economic development, innovation and competition and a core element supporting freedom of expression, speech and access to information¹⁵.

Network neutrality, given its techno-regulatory nature, is an important example of the increasing intersection between the technical and the political¹⁶. This technical decision to not treat data packages on the Internet differently has important economic and social effects. Telecommunications companies and Internet service providers (ISPs), position themselves against, or in favour of, network neutrality according to

¹² Wu, T., 2003. Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, (2) [Online] Available at: <https://ssrn.com/abstract=388863> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388863>

¹³ Hoskins, G. T., 2018. Draft Once; Deploy Everywhere? Contextualizing Digital Law and Brazil’s Marco Civil da Internet. *Television & New Media*, 19(5), pp. 431–447. <https://doi.org/10.1177/1527476417738568>

¹⁴ Zhu, K., 2007. Bringing Neutrality to Network Neutrality. *Berkeley Tech. Law Journal*. 22. pp. 615.

¹⁵ Nunziato, D., 2009. *Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*. Stanford: Stanford University Press.

¹⁶ Latour, B., 1994. On Technical Mediation. *Common Knowledge* 3 (2): 29-64.

the policy issue under discussion. When the topic concerns innovation and competition, they are completely against network neutrality. Using an economic approach, telecommunications companies and ISPs agree that the inability to charge consumers according to the type of data that they are using creates a levelling of the field that is unfair, as those consuming less data bandwidth share the costs with those consuming more. However, when they want to promote “intermediaries’ non-liability” they use network neutrality as a key supporting element as they cannot inspect data packages, so they cannot know the content and consequently cannot be held liable.

In practice, network neutrality means that an Internet service provider (ISP) like SKY broadband must not filter or deteriorate the data packages transmitted by and for its customers nor could it charge its customers a different rate because they are using streaming services like Netflix or Amazon TV. It is important to note that the rationality supporting the network neutrality and the need to protect the data packages flow in the network from unjustified and unfair filtering or deterioration is an important element promoting not only privacy, but also innovation¹⁷ (Zittrain, 2008).

Assuming that the network will not discriminate data traffic and that all data packages will be transported under the same conditions not suffering any technical deterioration or economic discrimination being for example delayed or overcharged, developers and innovators can develop experimental applications and services without being technically or financially limited. This is a key element supporting the high level of innovation and usability of the Internet and its associated applications^{18 19 20}. The equal treatment of data packages in the Internet promoted by the respect to the network neutrality supported the development of applications offering innovative services of voice over IP (Skype), instant messaging (WhatsApp) and video streaming (Netflix, Amazon TV and YouTube TV). The network neutrality also shapes directly the economic use of the network as ISPs could not charge more for customers using online services and accessing content that demands more data routing, switching and processing by the ISP. It also reinforces in a technical-normative way the protection of

¹⁷ Zittrain, J. L., 2008. *The Future of the Internet -- And How to Stop It*. Yale University London: Penguin.

¹⁸ Lessig, L., 2001. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House.

¹⁹ Van Schewick, B., 2007. Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation. *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 5. pp 329.

²⁰ Frischmann, B. M., van Schewick, B., 2007. Network Neutrality and the Economics of an Information Superhighway: A Reply to Professor Yoo. *Jurimetrics*. 47. pp. 383 – 427.

privacy, as if the ISP can filter or deteriorate data package traffic, it will have to inspect the data package and at least will have access to metadata that could provide access to users' sensitive information like location and destination of the data package, which could, for instance, expose certain customers that at a particular moment were streaming the likes of pornographic or sensitive content.

This complex environment led to network neutrality policies becoming one of the most intense battlefields in Internet governance both nationally and internationally. For more than a decade, network neutrality "has been at the centre of contentious Internet policy debates in North America and Europe" ²¹, and until today, despite being gradually recognised and being protected in the European Union (Regulation EU 2015/2120) and countries like Brazil, India and Canada (Global Net Neutrality Coalition, 2018), it recently returned to the centre of the international Internet governance agenda. In 2015, the U.S. government decided to enact regulations protecting and championing network neutrality. Under "President Obama's Plan for a Free and Open Internet" ²² the Federal Communication Commission (FCC) voted on the Open Internet Order and reclassified ISPs as common carriers under Title II of the U.S. Telecommunications Act. One consequence of this decision was that ISPs were unable to legally implement technical and economic measures to manage a user's Internet traffic. However, this position has changed drastically under Donald Trump's administration. In December 2017, the FCC repealed the Open Internet Order, damaging the regulatory elements promoting the protection of network neutrality in the U.S., thereby causing alarm for contrasting regulatory models. While it is still too early to understand the operational consequences of the FCC's decision as it is still pending implementation and is under judicial scrutiny in several law suits, it is important to note that the policy change sparked not only international criticism, but also some unexpected regulatory developments regarding the protection of network neutrality in the U.S.. On 6th March 2018, for example, Washington Governor Jay Inslee signed the first state net neutrality bill (New York Times, 2018) and spearheaded a movement of more than 27 states which followed the same strategy.

²¹ Ly, A., & MacDonald, B.H. & Toze, S., 2012. Understanding the net neutrality debate: Listening to stakeholders. First Monday, [Online]. Available at:

²² [The Obama White House] (2014, November 10). President Obama's Statement on Keeping the Internet Open and Free [Video File]: <https://www.youtube.com/watch?v=uKcjQPVwfDk>

II The regulation of network neutrality in Brazil

The network neutrality debate in Brazil followed a similar path the same path, with some interesting nuances. Despite being one of the most controversial topics debated during the Marco Civil da Internet drafting process²³, which led the Brazilian media to highlight the topic as a key factor delaying the process in parliament²⁴, network neutrality had not attracted much interest or debate in Brazilian academia until the final moments of the bill's approval. During his investigation of network neutrality regulation in Brazil,²⁵ Ramos noted that until 2014 there had been no information about the topic "network neutrality" in the CAPES thesis repository.

However, this lack of research interest did not prevent the development of regulatory instruments dealing with instrumental aspects of network neutrality in the country. The network neutrality regulatory process can be traced back to 1995 and the enactment of the Norma 004 by the Ministry of Communications. As mentioned in the second chapter, this landmark regulatory instrument classified the Internet as a value-added service and not a telecommunications service. This measure promoted Internet development in Brazil in various ways, but its main impact was the creation of an open market for Internet services and ISPs in particular. At that time, the regulatory framework conditioned telecommunications services to be developed exclusively under a state monopoly regime that could only be commercialised by private actors under an extremely complex and bureaucratic regime. In contrast, value-added services were free to be explored commercially by private actors independently of state authorisation which led to the creation of a variety of small- and medium-sized local and regional ISPs in the country.

Another crucial element of this inaugural regulatory instrument was inserted in provision 5.4. It established that "institutions exploring telecommunications services when providing access to the public telecommunications network for provision of Internet connection services must not practice any discrimination against Internet

²³ Solagna, Fabricio., 2015. A Formulação da Agenda e o ativismo em torno do Marco Civil da Internet. MPhil thesis. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

²⁴ Cruz, Francisco Carvalho de Brito., 2015. Direito, Democracia e Cultura Digital: A experiência da elaboração legislativa do Marco Civil da Internet. MPhil thesis, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

²⁵ Ramos, Pedro Henrique Soares., 2015. Arquitetura da Rede e Regulação: A neutralidade da rede no Brasil. MPhil. Escola de Direito de São Paulo, p. 16.

service provider's activities”²⁶. This rudimentary protective provision is understood as the first regulatory mechanism to establish protection against data discrimination in the country ²⁷. It also set the foundational elements indirectly grounding the development of a broader and technically more adequate protective regime.

The regulatory process advanced further in 1997. The new telecommunications regulatory framework, the Federal Law 9.472/1997, established in its Article 3, III, a protective provision determining that telecommunications users must not face discrimination when accessing and using telecommunications services, including added-value services. While the provision was mainly directed at traditional telecommunications services like telephony, the overall understanding was that the protection against discrimination in data traffic applied to the entire telecommunications ecosystem. It was only in 2005 that a more structured and formal position protecting network neutrality was developed. Under pressure to establish a regulatory position about Internet applications offering voice-over IP services (VOIPS), ANATEL enacted an administrative regulation determining that ISPs could not prohibit or discriminate against data traffic generated by VOIPS. This decision refocused the protection against discrimination from the traffic generated by ISPs to the traffic created by end-users and shaped the development of a more user-centred policy framework.

The regulation of network neutrality shifted again in 2007. At that time, the discrimination of data packages on the Internet had become a prominent topic in the Brazilian telecommunications regulatory context. Concerned about possible negative effects of the deployment of news services and applications based on high-speed broadband and the convergence of companies simultaneously providing telecommunications and Internet connection services, ANATEL began to enact instruments regulating data discrimination. The Resolution 477/07 of 2007 and the Resolution 614/13 of 2013 were established to regulate the Serviço Móvel Pessoal (SMP) (Personal Communication Services – PCS) and the Serviço de Comunicação Multimídia (SMC) (Multimedia Communication Service). The new ruling established in both regimes the prohibition of discriminating financially and technically against

²⁶ Ministry of Communications, Norma 004, 1995

²⁷ Ramos, Pedro Henrique Soares., 2015. Arquitetura da Rede e Regulação: A neutralidade da rede no Brasil. MPhil. Escola de Direito de São Paulo.

the data flow generated by Internet end-users discriminate financially and technically the data flow resulting generated by Internet end-users.

In an attempt to create a more structured regulatory approach, ANATEL launched in 2011 a public consultation to receive contributions about the regulation of network neutrality. Consultation n. 45 aimed to collect inputs about a new regulatory instrument to SMC services that would directly shape economically and technically the flux of data packages on the Internet and affect the protection or not of network neutrality. The document proposed important provisions regulating network neutrality and caused strong debate, causing particularly strong opposition from the telecommunications industry. Under pressure, ANATEL decided to change the regulatory proposition, indicating that the issue would be better regulated in the Marco Civil da Internet context. It is important to note that the Brazilian parliament at that time was taken by surprise over the high stakes surrounding the Marco Civil da Internet bill and particularly the conflicts arising around network neutrality, a topic it had completely ignored in the past²⁸ ²⁹.

Having previously been ignored by the Brazilian parliament, network neutrality has become an important governance topic. Since 2009, it has gradually received more attention from the governance system, as evidenced when CGI.br enacted the Resolução RES/2009/003/P establishing the “principles for the governance and use of the internet” in Brazil. This soft law instrument setting principles to guide Internet governance and use, established that “filtering or traffic privileges must meet ethical and technical criteria only, excluding any political, commercial, religious and cultural factors or any other form of discrimination or preferential treatment” (CGI.br, RES/2009/003/P.). Following the influence of CGI.br governance principles, network neutrality protection was elevated to one of the three pillars of the Marco Civil da Internet process and was included in the proposal from an early stage.

The Projeto Lei 2126/2011 protected network neutrality in two different provisions. It proposed a layered framework embracing elements to guide the general interpretation of Internet regulation and more objective provisions framing the network neutrality concept and its application. Initially the bill proposed in section IV of Article 3 the preservation of network neutrality as a general principle guiding the

²⁸ In Ramos.

²⁹ In Hoskins.

use and governance of Internet in Brazil. The classification of network neutrality as a principle evidences two interesting aspects of the bill. Firstly, it indicated the relevance of the actors involved in the Marco Civil da Internet drafting process. Network neutrality was driven to the same level of importance of social and legal values as freedom of expression and privacy as the key principles proposed to guide Internet use in Brazil. Secondly, strategically noted as a principle, network neutrality would later assume an important role in shaping not only the concrete application of the law in courts, but also future policy and regulatory developments that should follow the protective principle proposed. The second protective layer proposed was placed in Article 9. Located in the section regulating ISP, the provision established that “the party responsible for the transmission, switching or routing has the duty to process, on an isonomic basis, any data packages, regardless of content, origin and destination, service, terminal or application”³⁰. Under this non-discriminatory approach the regulatory model proposed in the bill authorised degradation or discrimination of data traffic only in cases where the measure was technically necessary to maintain the levels of quality of the service provided.

After a polarised political process with the involvement of key actors³¹, particularly during the debate about network neutrality, the Marco Civil da Internet was approved, enacting the two-layered frame presented earlier. The Marco Civil da Internet established network neutrality among the guarantees of freedom of speech, communication and expression; protection of privacy and personal data; the preservation of stability, security and functionality of the network; the liability of agents according to their activities; the preservation of the participative nature of the network; and the freedom of business models promoted on the internet, as principles disciplining the use and governance of the Internet in Brazil (Federal law Brazil 12.965/2014, Article 3).

The law also made provision to technically establish (despite the need of further regulation) an intermediary level of protection to network neutrality. Notwithstanding the criticism of some actors that advocated the establishment of a more enforceable set of provisions³², the political consensus built at the time led to an intermediary

³⁰ Brasil, Projeto de Lei 2126/2011

³¹ In Paap.

³² Marques, C. & Perin Filho, L. A. & Rielli, M. & Tresca, L., 2015. Análise “Marco Civil da Internet: seis meses depois, em que pé que estamos?”. Artigo 19. [Online] Available at: <http://artigo19.org/blog/2015/01/23/analise/>

solution. In its Article 9 the law established the techno-normative boundaries of network neutrality in the country mainly by fixing the prohibition of “discriminating” data packages traffic and listing the possible exceptions to this regime. The elements grounding the implementation and operation of this regime, however, were left to be established in a complementary decree:

Art. 9 - The party responsible for the transmission, switching or routing has the duty to process, on an isonomic basis, any data packages, regardless of content, origin and destination, service, terminal or application.

§ 1 - The discrimination or degradation of traffic shall be regulated in accordance with the private attributions granted to the President by means of Item IV of art. 84 of the Federal Constitution, aimed at the full application of this Law, upon consultation with the Internet Steering Committee and the National Telecommunications Agency, and can only result from:

I - technical requirements essential to the adequate provision of services and applications; and

II - prioritization of emergency services.

The Marco Civil da Internet clearly stated that it needed further regulation in two elements of its core protective framework: network neutrality and privacy. Trying to avoid the collapse of the Marco Civil da Internet the Brazilian Ministry of Justice, using an enhanced version of the drafting process used to create the Marco Civil da Internet started in January of 2015 a public process to develop in an open, transparent and collaborative way a decree regulating the law. Coordinated by the Secretary of Legislative Affairs (SAL) of the Ministry of Justice the process was divided in two phases. During the first, taking place between January and April of 2015, interested actors could visit the campaign’s website and provide suggestions and comments in four specific areas: network neutrality, connections records, privacy and a general topic for others non-categorised considerations.

After all contributions were systematised the final version was reviewed and consolidated in Decree 8.771/2016. The regulatory decree reinforced the protective provisions of the Marco Civil da Internet and characterised the discrimination or degradation of Internet traffic as exceptional measures only to be enforced in cases listed in the Decree (Articles, 1, 2 and 3 of Decree 8.771/2016). The protection of network neutrality can only be waived in the following cases: a) to guarantee to the adequate provision of Internet-based services; b) the management of security

incidents; and c) the provision of emergency services (Articles 4 and 5 the Decree 8.771/2016).

The development of different layers of protection to the network neutrality in Brazil, despite the unclear set of rules allowing the flexibilization of the net neutrality in the country contributed significantly to the enhancement of digital rights like privacy and freedom of expression, particularly by creating mechanisms to protect the data flow as will be discussed in the next session.

Final Considerations

The enactment of provisions recognising the protection to network neutrality in Brazil was a significant contribution to the promotion of digital human rights in the country. While there is still concerns about the lack of control of the situations legally allowing the flexibilization of net neutrality, particularly when it is connected to the possibility to degrade data package's traffic in order to avoid network congestion and the disruption of services and applications one key provision set on the Marco Civil da Internet.

Although, the existing framework still not perfect, the duty to process, on an isonomic basis, any data packages, regardless of content, origin and destination, service, terminal or application, attributed to the ones transmitting, switching or routing data over the Internet when combined with the prohibition to block, monitor, filter or analyse the content of data packets fixed on section 3 of article 9 of the Marco Civil da Internet create a significant protective layer to digital rights in distinctive ways. For instance it does not authorise actors involved in the Internet data flow operation to analyse the content of data packages what at the same time contributes to protect freedom of expression, freedom of access to information and the user's privacy as ISPs cannot determine what type of media or contented the user is accessing or transmitting.

This is an important feature supporting not only the importance of protecting network neutrality, but also the need to better understand and use techno-regulatory instruments to enhance digital rights protection.

References

- Braman, S., 2010. The Interpenetration of Technical and Legal Decision-making for the Internet. *Information, Communication & Society*. 13(3), pp. 309-324.
- Carr, M., 2015. Power Plays in Global Internet Governance. *Millennium: Journal of International Studies*. 43(2), p. 645.
- Cruz, Francisco Carvalho de Brito., 2015. Direito, Democracia e Cultura Digital: A experiência da elaboração legislativa do Marco Civil da Internet. MPhil thesis, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- DeNardis, L., 2014. *The Global War for Internet Governance*. New Haven, CT: Yale University Press.
- DeNardis, L., & Musiani, F., 2016. Governance by Infrastructure. In: Musiani, F., & Cogburn, D.L., & DeNardis, L., & Levinson, N.S. (eds). *The Turn to Infrastructure in Internet Governance. Information Technology and Global Governance*. 2016. New York: Palgrave Macmillan.
- Frischmann, B. M., van Schewick, B., 2007. Network Neutrality and the Economics of an Information Superhighway: A Reply to Professor Yoo. *Jurimetrics*. 47. pp. 383 – 427.
- Hoskins, G. T., 2018. Draft Once; Deploy Everywhere? Contextualizing Digital Law and Brazil's Marco Civil da Internet. *Television & New Media*, 19(5), pp. 431–447. <https://doi.org/10.1177/1527476417738568>
- Kleinwächter, W., 2018. Towards a holistic approach for Internet related public policy making: Can the Helsinki process of the 1970s be a source of inspiration to enhance stability in cyberspace? The Global Commission on the Stability of Cyberspace (GCSC). GCSC thought piece January 2018. The Hague: Centre for Strategic Studies.
- Kurbalija J., 2016. *An Introduction to Internet Governance*. (7th edn), Malta: DiploFoundation.
- Latour, B., 1994. On Technical Mediation. *Common Knowledge* 3 (2): 29-64.
- Lessig, L., 2001. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House.
- Ly, A., & MacDonald, B.H. & Toze, S., 2012. Understanding the net neutrality debate: Listening to stakeholders. *First Monday*, [Online]. Available at: Marques, C. & Perin Filho, L. A. & Rielli, M. & Tresca, L., 2015. Análise “Marco Civil da Internet: seis meses depois, em que pé que estamos?”. Artigo 19. [Online] Available at: <http://artigo19.org/blog/2015/01/23/analise-marco-civil-da-internet-seis-meses-depois-emque-pe-que-estamos/>

Nuechterlein, J. E., & Weiser, P. J., 2013. Digital Crossroads: Telecommunications Law and Policy in the Internet Age. Cambridge: The MIT Press, 198.

Nunziato, D., 2009. Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age. Stanford: Stanford University Press.

Papp, A. C., 2015. Em nome da Internet: os bastidores da construção coletiva do Marco Civil. Livro produzido como Trabalho de Conclusão de Graduação em Jornalismo na Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/USP). São Paulo. [Online] Available at: issuu.com/annacarolinapapp/docs/em_nome_da_internet. [Accessed 23 March 2015].

Ramos, Pedro Henrique Soares., 2015. Arquitetura da Rede e Regulação: A neutralidade da rede no Brasil. MPhil. Escola de Direito de São Paulo.

Solagna, Fabricio., 2015. A Formulacao da Agenda e o ativismo em torno do Marco Civil da Internet. MPhil thesis. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

The Obama White House] (2014, November 10). President Obama's Statement on Keeping the Internet Open and Free [Video File]. Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=uKcjQPVwfDk>

Van Schewick, B., 2007. Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation. Journal on Telecommunications and High Technology Law, 5. pp 329.

Ziewitz, M. & Brown, I., 2013. A Prehistory of Internet Governance. In Research Handbook on Governance of the Internet. Brown, I. (ed), 2013. Edward Elgar Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1844720>

Ziewitz, M. & Brown, I., 2013. A Prehistory of Internet Governance. In Research Handbook on Governance of the Internet. Brown, I. (ed), 2013. Edward Elgar, p. 15.

Zittrain, J. L., 2008. The Future of the Internet -- And How to Stop It. Yale University London: Penguin.

Zhu, K., 2007. Bringing Neutrality to Network Neutrality. Berkeley Tech. Law Journal. 22. pp. 615.

Wu, T., 2003. Network Neutrality, Broadband Discrimination. Journal of Telecommunications and High Technology Law, (2) [Online] Available at: <https://ssrn.com/abstract=388863> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388863>

23. O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: A CONSEQUÊNCIA LÓGICA DA SUPERUTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS VIRTUAIS

RECOGNITION OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AS A FUNDAMENTAL RIGHT: A LOGICAL CONSEQUENCE OF THE OVERUSE OF VIRTUAL SOCIAL MEDIA



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-23>

Fernanda Velo Lopes¹

Resumo

É evidente que o cidadão enfrenta constantes transformações provocadas pela inovação digital no ambiente profissional, social, psicológico e político, acomodando as novas tecnologias às práticas cotidianas. Também é certo que tal inovação acarretou intensas mudanças no modo como o cidadão utiliza as redes sociais virtuais para comunicação, entretenimento e diversão. É nesse contexto que se insere a problemática do artigo: a superutilização das redes sociais virtuais, como Facebook, Instagram, Whatsapp, Twitter e Youtube, impõe uma série de motivações que justificam a regulamentação do direito ao esquecimento como um direito fundamental. Para tanto, o presente artigo objetiva expor os motivos pelos quais tal normatização se faz necessária, destacando aqueles que dizem respeito ao elevado número de internautas brasileiros, ao letramento digital e a ineficácia do Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil, do Marco Civil da Internet e da Lei de Proteção de Dados para tutelar os usuários que, porventura, desejam que determinada situação seja esquecida na esfera digital. Além disso, o artigo propõe o reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito fundamental a partir dos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, seja para garantir a efetividade do instituto ou para apenas assegurá-lo ao cidadão comum.

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), bolsista CAPES/PROSUP, especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro de Estudos Jurídicos do Paraná, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Redes sociais. Normatização. Direito fundamental.

Abstract

It's evident that citizens face constant transformations caused by digital innovation in the professional, social, psychological and political environment, accommodating new technologies to daily practices. It's also true that such innovation has brought about intense changes in the way citizens use virtual social networks for communication, entertainment and leisure. It's in this context that the problem of the article is inserted: the overuse of virtual social networks, such as Facebook, Instagram, Whatsapp, Twitter and Youtube, imposes a series of motivations that justify the regulation of the right to forget as a fundamental right. Therefore, this article aims to expose the reasons why such standardization is necessary, highlighting those that concern the high number of Brazilian Internet users, digital literacy and the ineffectiveness of Statement nº 531, of the VI Day of Civil Law, Marco Internet Civilian and the Data Protection Act to protect users who may want a situation to be forgotten in the digital sphere. In addition, the article proposes the recognition of the right to forget as a fundamental right from the teachings of Virgílio Afonso da Silva, either to guarantee the effectiveness of the institute or just to assure it to the common citizen.

Keywords: The right to be forgotten. Social media. Standardization. Fundamental right.

1 Introdução

É evidente que a ascensão da *internet* promove, diariamente, inúmeras modificações, melhorias e avanços para a sociedade e que, aos seus usuários, são disponibilizadas plataformas digitais para a exposição de opiniões, imagens, fatos, notícias e informações variadas. Ocorre que tal avanço, por mais positivo que pareça em um primeiro momento, pode ser prejudicial ao próprio usuário da internet e, principalmente, das redes sociais virtuais. Isso porque à grande parte da população não é oferecido o denominado letramento digital², o que impede que os internautas

² SILVA, Helena e col. “Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania”. *Ci. Inf.*, v.34, n.1, 2005, Brasília. p. 28-36. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19652005000100004&script=sci_abstract&tlang=pt>. Acesso em: 25 ago. 2019.

saibam que todas as ações *on-line* geram consequências, sejam elas na esfera jurídico-criminal, jurídico-civil, social, profissional e até mesmo pessoal.

Partindo dessa análise, é possível que um determinado cidadão comum queira retirar de circulação, por exemplo, uma postagem que ele mesmo fez em sua página do Facebook, sob o argumento de que não mais compactua com as ideias de outrora ou porque seu conteúdo foi determinante para não ser selecionado para uma vaga de emprego. O sujeito poderá simplesmente deletar a publicação mas, como bem sabido, não será suficiente para livrá-lo das consequências e dos impactos negativos, justo porque a tecnologia presente nos aparelhos eletrônicos e a inteligência artificial utilizada nas redes sociais, eternizarão aquela opinião.

Pois bem. O instituto jurídico que poderia amparar os internautas em casos semelhantes seria o direito ao esquecimento, que muito embora destacado no Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil³ não atinge o resultado pretendido. Além disso, outras normativas que regulamentam as relações entre a sociedade em rede e os usuários da internet, tais como o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, também são insuficientes para a garantia dos direitos de personalidade dos internautas.

Por esse motivo, o presente artigo propõe o reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito fundamental, já que a consequência principal da superutilização das redes sociais é a necessidade de legalização desse instituto para assegurar aos usuários das redes sociais virtuais segurança e garantias jurídicas.

Sendo assim, em um primeiro momento serão expostos os motivos pelos quais o direito ao esquecimento merece concretização na internet, tais como o elevado número de brasileiros usuários das redes sociais virtuais Facebook, Whatsapp, Instagram, Twitter e Youtube, a ausência do denominado letramento digital e a ineficiência da legislação já existente. Ao final, o artigo pretende, à luz dos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva⁴, demonstrar que o direito ao esquecimento pode e deve ser reconhecido como um direito fundamental.

³ BRASIL. Centro de Estudos Judicícios do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 25 de ago de 2019.

⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo. Malheiros. 2009.

2 A necessidade de regulamentação do direito ao esquecimento

A simples defesa de que o instituto do direito ao esquecimento merece reforço legislativo não é suficiente para que essa seja, de fato, a resposta do ordenamento jurídico para os internautas brasileiros. Seria necessário expor uma série de motivos que justifiquem a proposta apresentada nesse artigo, já que há evidente déficit na sua regulamentação. Para tanto, as justificativas pontuadas nos dois tópicos seguintes demonstrarão as razões sociais e legislativas para o reconhecimento do direito ao esquecimento como direito fundamental.

2.2 Motivação social

O primeiro destaque que esse tema merece é justamente aquele que diz respeito às posições ocupadas pelo Brasil nos rankings dos países que mais possuem usuários nas redes sociais mais famosas do mundo. O estudo realizado pelo site Cuponation⁵ informou que o 8,28 milhões dos usuários ativos da plataforma Twitter são brasileiros e que, por tal motivo, o Brasil ocupa o 6º lugar no ranking dos países que mais possuem clientela. Em relação à rede social Facebook, também de acordo com o Cuponation⁶, o Brasil ocupa o 3º lugar, com mais de 130 milhões usuários, perdendo as duas primeiras posições para Índia e Estados Unidos. O que significa que de cada 10 brasileiros conectados à internet, 8 deles utilizam a rede social Facebook.

Quanto ao aplicativo de bate-papo Whatsapp, não há um ranking mundial atualizado, porém, os aproximados 77 milhões de usuários brasileiros ativos⁷ nessa plataforma já são suficientes para causar espanto. Acerca dessa plataforma, são relevantes os dados apresentados pelo Blog do Whatsapp⁸: 55 bilhões de mensagens eram enviadas por dia, 4,5 bilhões de fotos e 1 bilhão de vídeos compartilhados diariamente, naquele ano.

⁵ BRASIL está entre os dez países com mais usuários no Twitter. **Cuponation**, 2019. Disponível em: <<https://www.cuponation.com.br/insights/twitter-2019>> . Acesso em: 25 ago. 2019.

⁶ USUÁRIOS do Facebook. **Cuponation**. 2019. Disponível em: <<https://www.cuponation.com.br/insights/facebook-users>> . Acesso em: 25 ago. 2019.

⁷ NUMBER of mobile phone messaging app users in Latin America from 2014 to 2019, by country (in millions). **Statista**, 2019. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/545260/number-of-mobile-messaging-users-in-select-countries-latam/>> . Acesso em 25 ago. 2019.

⁸ CONECTANDO um bilhão de usuários todos os dias. **Blog do Whatsapp**, 2017. Disponível em: <<https://blog.whatsapp.com/?page=2>> . Acesso em 25 ago. 2019.

Por fim, ainda que o departamento de imprensa da plataforma Youtube não forneça o número de usuários de cada país, a *We Are Social*, em parceria com a *Hootsuite*, finalizaram uma pesquisa⁹ sobre tal índice, e constataram que 95% dos usuários de internet brasileiros usam essa plataforma para diversas finalidades. A mesma pesquisa constatou¹⁰ que a plataforma Instagram é utilizada por 69 milhões de brasileiros, sendo eles 59% mulheres.

É evidente que todos esses números apontam para uma mesma conclusão: o número de brasileiros usuários de redes sociais é significante e impossível de ser afastado quando em análise a necessidade de ofertar segurança jurídica a todos esses cidadãos.

Nesse ponto se faz relevante esclarecer que a pretensão do artigo não é discorrer sobre o direito ao esquecimento destinado às figuras públicas, famosas, digitais influencers¹¹, como foi o caso das celebridades¹² Xuxa Meneghel, Carolina Dieckmann, Barbara Streisand, dentre outras. Ao contrário disso, o direito ao esquecimento aqui abordado faz referência ao cidadão comum, que não possui reconhecimento nacional pela função social ou profissional que desempenha, mas que utiliza¹³ as redes sociais virtuais para reunir amigos e familiares, participar de grupos de interesses comuns, ou até mesmo para promover uma mobilização política, tal como vivenciado no Brasil nas últimas eleições presidenciais.

Um sujeito, usuário do Twitter ou do Facebook, por exemplo, publicou em sua página pessoal, no ano de 2013, uma opinião acerca da união homoafetiva. Hoje se arrepende, exclui aquela publicação, mas sabe que alguns de seus seguidores fizeram capturas de tela e praticamente eternizaram a imagem – que relacionava seu nome àquela opinião -. Como, efetivamente, esse usuário poderá garantir que aquelas

⁹ DIGITAL 2019 Brazil (January 2019) v01, slide 33. **Data Reportal**, 2019. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/DataReportal/digital-2019-brazil-january-2019-v01>>. Acesso em 25 ago. 2019.

¹⁰ DIGITAL 2019 Brazil (January 2019) v01, slide 34. **Data Reportal**, 2019. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/DataReportal/digital-2019-brazil-january-2019-v01>>. Acesso em 25 de ago. de

¹¹ Personalidade que influencia o comportamento das pessoas que assistem aos conteúdos que publica nas redes sociais virtuais.

¹² As celebridades mencionadas são algumas daquelas que pleitearam judicialmente a exclusão de determinada ação passada que pudesse influenciar negativamente suas vidas e a opinião pública, cuja fundamentação principal percorria as esferas do direito ao esquecimento. Uma delas, inclusive, virou nome da Lei 11.340/06 (Lei Carolina Dieckmann), em razão da repercussão nacional do caso.

¹³ SPADACCINI DE TEFFÉ, Chiara; BODIN DE MORAES, Maria Celina. “Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet”. **Pensar**, v. 22, n. 1, 2017, Fortaleza, Universidade de Fortaleza. p. 108-146. Disponível em:<<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6272>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

capturas de tela serão excluídas dos aparelhos celulares de terceiros? E se a reprodução dos *printscreen* gerar desconforto de ordem pessoal ou profissional ao sujeito, quais são os direitos que lhe assistem?

O mesmo poderá ocorrer com qualquer um dos aproximados 77 milhões de usuários do Whatsapp que tiveram suas conversas pessoais compartilhadas individual ou coletivamente. Ou com a adolescente que enviou fotos íntimas para o namorado e que, por algum motivo, foram compartilhadas com outros usuários do aplicativo. São milhões de brasileiros que ainda não possuem apoio legislativo e que estão distantes do que deve ser considerado como uma solução, mas que, até então, serve apenas como um dos motivos sociais para a regulamentação do direito ao esquecimento: o letramento digital.

As novas tecnologias, a superutilização das redes sociais para variados fins, a inteligência artificial e vários outros fatores influenciaram para o reconhecimento de uma era em que a informação e a comunicação seriam palavras-chaves na sociedade informacional. Nem o próprio Estado ficou imune de novas obrigações, vez que o ciberespaço renovou “(...) as condições de vida pública e aumentando a responsabilidade dos Estados e dos cidadãos¹⁴”.

Muito se discutiu, logo no início dessa avalanche tecnológica dos anos 2.000, sobre inclusão social. Os experts em ciência da informação Helena Silva, Othon Jambeiro, Jussara Lima e Marco Antônio Brandão bem lembraram – diante da publicação de um artigo brilhante acerca da inclusão digital - do denominado Livro Verde da sociedade da informação, o Socinfo¹⁵. O Livro Verde, tal como traz em sua apresentação¹⁶, “contém as metas de implementação do Programa Sociedade da Informação e aponta que suas ações serão variáveis entre o incentivo à pesquisa e desenvolvimento, a ampliação do acesso, meios de conectividade, entre outros¹⁷. O que se conclui da análise pormenorizada desse documento é que se fazem necessárias,

¹⁴ SCHORN RODRIGUES, Márcio; RIBAS DO NASCIMENTO, Valéria. “A sociedade informacional em xeque: princípio da publicidade versus direito à intimidade e a lei 12.527/11”. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, 2013, Curitiba, Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. p. 181-195. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/380>>. Acesso em: 25 de ago. 2019.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Sociedade da informação no Brasil : livro verde. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <<https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/livroverde.pdf>>. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

¹⁶ Ibid., p. 3.

¹⁷ Ibid., p.3.

além de promover o efetivo acesso aos serviços disponíveis na rede, a informação e a conscientização do cidadão quanto do uso da tecnologia, de modo que a universalização dos serviços não fique restrita ao manuseio ou habilidades da internet e dos aparelhos eletrônicos, mas que seja abrangente ao ponto de capacitar o cidadão para o uso responsável e sensato¹⁸ das mídias.

Sobre o assunto, Marcelo Buzato, traz o conceito de letramento digital¹⁹, que bem traduz o que a sociedade realmente precisa: além de acesso aos aparelhos e dispositivos ofertados por governos, empresas e escolas, o cidadão precisa ter avaliar, filtrar e criticar as informações que a relação sociedade-tecnologia trazem diariamente para suprir interesses e necessidades sociais e próprios.

Em outras palavras, a prática sugerida por Marcelo Buzato é justamente aquela que ensinará ao usuário que toda ação tem uma consequência, que toda foto compartilhada pode não ter o destino pretendido, que toda postagem pode ser interpretada de inúmeras maneiras, inclusive daquela que não era a desejada. Ensinará ao cidadão que a tecnologia é benéfica, mas também maléfica, caso não seja adequadamente utilizada. Demonstrará que nem todas as informações veiculadas são verdadeiras, que seus dados podem não estar protegidos integralmente, que sua vida regressa pode ser exposta em um clique e que a tecla *printscreen* do teclado pode ser um verdadeiro terror. Letramento digital deve ser uma habilidade indispensável no Brasil, porque educar os usuários de todas aquelas redes sociais seria suficiente para que fossem expostos os limites e as responsabilidades de cada um e, só então, fosse totalmente dispensável a concretização do direito ao esquecimento na internet.

Aqui vale um simples exercício: no Brasil, existem mais de 130 milhões de usuários do Facebook, 77 milhões de usuários no Whatsapp e 8,28 milhões de usuários no Twitter. Todos esses brasileiros utilizam, indiscriminadamente, tais aplicativos como forma de aprimorar as relações interpessoais, profissionais, sociais e até mesmo políticas. Todos eles compartilham informações diariamente, sem responsabilidade, sem saber das consequências positivas e negativas da utilização desenfreada das redes sociais, sem o letramento digital. Muitos deles precisarão ser esquecidos algum dia,

¹⁸ SILVA, Helena e col. “Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania”. Ci. Inf., v.34, n.1, 2005, Brasília. p. 33. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19652005000100004&script=sci_abstract&tlang=pt>. Acesso em: 25 ago. 2019.

¹⁹ BUZATO, Marcelo. “Letramentos digitais e formação de professores”. Anais do III Congresso Ibero-Americanano Educared. 2006. São Paulo. CENPEC. p.81 - 86. Disponível em: <https://www.academia.edu/1540437/Letramentos_Digitais>. Acesso em: 25 ago 2019.

mas o direito ao esquecimento, do modo como é operado atualmente, não será suficiente para ampará-los.

É nesse interim que se insere a motivação legislativa, porque atualmente não existe um fundamento jurídico legal que caracterize o direito ao esquecimento como um direito, de fato.

2.2 Motivação legislativa

Superados os argumentos sociais que conduzem à normatização do direito ao esquecimento, se faz importante salientar a motivação orientada pela ausência de normas que regulamentem o direito ao esquecimento ou que simplesmente garantam ao internauta brasileiro o direito de ser esquecido.

Pois bem. Um usuário de internet que não tenha senso e responsabilidade para utilizar as redes sociais virtuais, bem como para filtrar as informações que recebe, será, certamente, um futuro integrante do polo ativo de uma ação judicial que pleiteará que determinada situação seja excluída do meio digital. Demanda essa que será pautada pelo direito ao esquecimento, pelo singelo direito do usuário ser, literalmente, esquecido. Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro não possui um aparato legislativo capaz de assistir o internauta que deseja ter um fato pretérito retirado de circulação. Três serão os principais e mais recentes exemplos de normativas que até possuem proximidade com o direito ao esquecimento, mas que não garantem, infelizmente, sua efetividade.

Ainda que tópico da doutrina e jurisprudência estrangeira há alguns anos, o direito ao esquecimento apenas ganhou apreciação do sistema jurisdicional brasileiro em março de 2013²⁰, quando realizada a VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Nesta ocasião, fora editado o Enunciado nº 531, o qual reconheceu, genericamente, o direito ao esquecimento entre os direitos da personalidade ao expor em seu conteúdo que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Seria essa normativa de grande valia

²⁰ BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. “**A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento**”. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 25 ago 2019.

para o objetivo desse trabalho, mas, de acordo com a própria justificativa apresentada²¹ na edição do aludido Enunciado:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Ou seja, o Enunciado aborda os aspectos da ressocialização do ex-detento, servindo o direito ao esquecimento como base para discutir a utilização dos de fatos pretéritos veiculados na internet e que possam impedir sua readequação do sujeito à coletividade. Ainda, os Enunciados editados pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal prestam, de acordo²² com o ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar Junior, apenas como referência-base para a doutrina e decisões judiciais, bem como para impulsionar o direito brasileiro às novas diretrizes.

Outro elemento normativo que poderia regulamentar o direito ao esquecimento, mas assim não o faz, é o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). Por ora, a referida legislação não abrange o direito ao esquecimento, mas apenas elenca como um dos seus princípios a proteção da privacidade²³, dos dados pessoais e da vida privada, bem como assegura indenização decorrente da violação de tais preceitos. Além disso, o MCI obriga²⁴ o provedor a retirar conteúdo considerado danoso, quando

²¹ BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 25 ago 2019.

²² ENUNCIADOS são base para julgados e doutrina, avaliam coordenadores de Jornada. **Conselho da Justiça Federal**. Brasília – DF. 22 de mar. De 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/marco/enunciados-sao-base-para-julgados-e-doutrina-avaliam-coordenadores-de-jornada>>. Acesso em 25 ago. 2019.

²³ 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 República Federativa do Brasil], Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019.

²⁴ A seção III da Lei 12.965/2014 (MCI) expõe as responsabilidades do provedor pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Os artigos elencados nessa seção (do artigo 18 ao 21) apontam quais são os procedimentos a serem tomados, sejam eles judiciais ou extrajudiciais, bem como as limitações de tais responsabilidades.

acompanhado de uma decisão judicial, assim como o obriga a retirar fotos, vídeos, ou materiais contendo cenas sexuais e de nudez quando notificado extrajudicialmente pela vítima. Entretanto, os artigos inerentes a essas responsabilidades estão associados apenas aos conteúdos danosos – lesivos à intimidade da pessoa ou que contenham cenas de nudez ou atos sexuais - gerados por terceiros, o que não é valioso para o direito ao esquecimento da forma como aqui é proposto.

Isso porque o defendido nesse trabalho é o reconhecimento do direito ao esquecimento como direito fundamental para aquele sujeito que, independentemente de atos próprios ou de terceiros, deseja ter uma postagem, uma foto, um vídeo, uma conversa, uma opinião, removida do ambiente digital, porque lhe causa transtorno em alguma esfera de sua vida. Desse modo, o Marco Civil da Internet não regulamenta integralmente o direito ao esquecimento, porque é restrito à postagens, publicações e divulgações realizadas por terceiros, afastando a possibilidade do internauta em excluir as publicações que ele próprio realizou.

A novidade legislativa que incorpora alguns direitos e deveres da sociedade em rede e sua relação com os internautas, é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)²⁵ que, em linhas gerais, protege os dados pessoais, os dados pessoais sensíveis, os dados anonimizado e o banco de dados. Mas, assim como observado no Marco Civil da Internet, a LGPD não garante ao cidadão que determinado fato, publicação, foto, arquivo, vídeo seja excluído da esfera digital e do ciberespaço, por se tratar de conteúdo ofensivo e prejudicial à sua intimidade.

Por fim, ainda que a breve análise das três normativas – Enunciado, Marco Civil da Internet e Lei Geral de Proteção aos Dados Pessoais – tenha sido realizada superficialmente, é possível constatar que nenhuma delas é suficiente para garantir ao internauta o direito de ser esquecido.

3 O direito ao esquecimento como direito fundamental

Diante de todos os argumentos aqui colacionados - número exacerbado de brasileiros conectados à rede, a falta de letramento digital em todos eles e a ausência

²⁵ BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.** Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019.

de normativa eficaz-, não pairam dúvidas de que a normatização do direito ao esquecimento é imprescindível para a adequação da sociedade às novas tecnologias e à superutilização das redes sociais.

A manifestação de pensamento, seja ela expressa na internet, na televisão, nos jornais ou em outros veículos de informação, é protegida no ordenamento jurídico brasileiro através do direito à liberdade de expressão²⁶ (que atua como um garantidor de opinião²⁷, avaliação, julgamento sobre qualquer assunto) e da liberdade de informação²⁸, compreendida como um direito individual de feição coletiva²⁹, que permite o sujeito de receber ou difundir informações ou ideias, de informar, de se informar e de ser informado, que fornece subsídios para a formação de opiniões acerca dos mais variados assuntos.

Em outro panorama se encontram os direitos da personalidade à honra, à vida privada e à imagem, que possuem duplo caráter constitucional: classificados como direitos fundamentais, pois protegem os “indivíduos e as minorias, impedindo que o critério da maioria converta-se num princípio absoluto, desviando a função legitimadora da soberania popular³⁰”; e, ao mesmo tempo, como direitos da personalidade, já que imprescindíveis à personalidade do indivíduo, próprios do ser humano e existentes desde o seu nascimento³¹. Ocorre que as liberdades, por desfrutarem do status de direitos fundamentais, atendendo à máxima da proporcionalidade³² quando em confronto com os direitos da personalidade, devem ser limitadas por eles próprios, dando início à “um dos problemas nucleares a desafiar a dogmática sobre os direitos fundamentais”³³. E é em razão dessa situação ímpar que

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Artigo Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo. Malheiros, 2005. P. 247

³⁰ FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre.1996

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

³² BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.p. 137

³³ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.p. 137.

o presente artigo se encaixa: muitos consideraram que o direito ao esquecimento apenas pode ser garantido quando do sopesamento entre garantias constitucionais.

Mas o que se defende nesse artigo é justamente a possibilidade de normatizá-lo com base nos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, construindo o suporte fático do direito ao esquecimento garantido ao sujeito que pretende ter um fato pretérito excluído do ciberespaço.

Inicialmente é importante destacar que normas de direito fundamentais possuem uma certa estrutura que as define. Para Virgilio³⁴, a estrutura seria orientada pela seguinte equação: Suporte fático = âmbito de proteção (aquilo que é protegido) + intervenção estatal (aquilo contra o qual é protegido) + fundamentação constitucional (a ausência de fundamentação é consequência jurídica do direito fundamental)³⁵

Desse modo, o suporte fático do direito ao esquecimento seria igual à soma do âmbito de proteção (direitos fundamentais da personalidade), à intervenção estatal (Estado limita as liberdades de expressão e informação) e à fundamentação constitucional (restrição constitucional mediante decisão judicial determinando a exclusão da postagem/publicação).

O autor também destaca ser imperioso responder a quatro questionamentos: “(1) o que é protegido? (2) contra o quê? (3) Qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) O que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?”³⁶. Considerando que o artigo pretende demonstrar a possibilidade de tornar o direito ao esquecimento como um direito fundamental, as respostas aos questionamentos levantados por Virgilio da Silva seriam: (1) os direitos fundamentais de personalidade. (2) liberdade de informação (3) exclusão do fato pretérito veiculado no ciberespaço (4) necessária a intervenção estatal, na figura do Poder Judiciário, mediante decisão judicial, para a exclusão efetiva da publicação.

Os argumentos utilizados para tornar o direito ao esquecimento como um direito fundamental possui outro estágio, de acordo com as ideias de Virgilio Afonso da Silva: a definição do que é protegido passará, ainda, por um sopesamento de

³⁴ SILVA, Virgilio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo. Malheiros. 2009. p 71

³⁵ SILVA, Virgilio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo. Malheiros. 2009. p. 74

³⁶ SILVA, Virgilio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo. Malheiros. 2009. p 71

condutas “(...) situações e concretas antes de decidir pela sua proteção definitiva ou não”³⁷ ou por uma restrição baseada na regra da proporcionalidade, onde “dois ou mais princípios – com suporte fático amplo – se chocam”³⁸, através de uma regra infraconstitucional.

Ainda que o conteúdo e a argumentação do autor sejam suficientemente boas para apoiar a formulação de um direito fundamental ao esquecimento, o conteúdo completo e detalhado servirá de temática central de outro artigo científico.

Conclusão

Incontestável, ao final de todo esse percurso, que o ordenamento jurídico brasileiro é falho e incompleto quando em discussão a relação entre os cidadãos e a sociedade informacional, especialmente no que tange à superutilização das redes sociais, pois quanto mais aprofundados os indivíduos nas plataformas tecnológicas, mais atrasado fica o direito para ampara-los em casos extremos.

Os números que demonstram a posição do Brasil nos rankings mundiais e a quantidade de brasileiros usuários das redes sociais, foram propositalmente incluídos nesse trabalho para que o leitor se atente à grande enxurrada de demandas que o judiciário atenderá quando, como já mencionado, os sujeitos requerem que certa publicação, imagem, foto, vídeo ou postagem seja desvinculada de seu nome, em homenagem à sua honra, à sua intimidade.

Não só por isso o direito ao esquecimento deve ser regulamentado, mas também porque falta para a população brasileira o denominado letramento digital, porque as escolas, as empresas e até o mesmo governo disponibilizaram, à uma pequena parcela da população, acesso à rede, aos dispositivos eletrônicos, à internet e também às redes sociais. Mas caíram na infelicidade de não letrar o sujeito, de não ensiná-lo quais são os limites da utilização do Facebook, do Whatsapp e de todos os outros meios de comunicação. Esqueceram de informar que para a ação, mesmo que virtual, haveria uma consequência positiva ou negativa.

³⁷ SILVA, Virgilio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo. Malheiros. 2009. p 109

³⁸ SILVA, Virgilio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo. Malheiros. 2009. p 142

Coincidência ou não, o país passou – e passa - por uma série de situações infelizes desde a última campanha presidencial, decorrentes da superutilização das redes sociais virtuais e da falta de letramento digital: o compartilhamento desenfreado de notícias e informações, muitas delas falsas, atingiram em cheio relações familiares, amorosas e até mesmo profissionais; os discursos transfóbicos motivaram os transexuais a pleitearem a exclusão de dados e publicações (fotos, postagens, vídeos) das suas redes sociais por medo. E o direito ao esquecimento, mais uma vez, não está normatizado e pronto para servir de argumento para uma série de internautas. Daí a urgência.

Referências

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1989.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. “**A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento**”. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 25 de ago de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Artigo Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL está entre os dez países com mais usuários no Twitter. Cuponation, 2019. Disponível em: <<https://www.cuponation.com.br/insights/twitter-2019>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Sociedade da informação no Brasil : livro verde**. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <<https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/livroverde.pdf>>. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

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 República Federativa do Brasil], Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet**

no Brasil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BUZATO, Marcelo. “**Letramentos digitais e formação de professores**”. Anais do III Congresso Ibero-Americanoo Educared. 2006. São Paulo. CENPEC. p.81 - 86. Disponível em: <https://www.academia.edu/1540437/Letramentos_Digitais_e_Forma%C3%A7%C3%A3o_de_Professores>. Acesso em: 25 ago 2019.

CONECTANDO um bilhão de usuários todos os dias. Blog do Whatsapp, 2017. Disponível em: < <https://blog.whatsapp.com/?page=2>>. Acesso em 25 ago. 2019.

DIGITAL 2019 Brazil (January 2019) v01. Data Reportal, 2019. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/DataReportal/digital-2019-brazil-january-2019-v01>>. Acesso em 25 ago. 2019.

ENUNCIADOS são base para julgados e doutrina, avaliam coordenadores de Jornada. Conselho da Justiça Federal. Brasília – DF. 22 de mar. De 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/marco/enunciados-sao-base-para-julgados-e-doutrina-avalam-coordenadores-de-jornada>>. Acesso em 25 ago. 2019.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre.1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUMBER of mobile phone messaging app users in Latin America from 2014 to 2019, by country (in millions). Statista, 2019. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/545260/number-of-mobile-messaging-users-in-select-countries-latam/>>. Acesso em 25 ago. 2019.

SCHORN RODRIGUES, Márcio; RIBAS DO NASCIMENTO, Valéria. “**A sociedade informacional em xeque: princípio da publicidade versus direito à intimidade e a lei 12.527/11**”. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14, 2013, Curitiba, Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. p. 181-195. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/380>>. Acesso em: 25 de ago. 2019.

SILVA, Helena e col.” **Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania”.** Ci. Inf., v.34, n.1, 2005, Brasília. p. 28-36. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19652005000100004&script=sci_abstract&tlang=pt>. Acesso em: 25 ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo. Malheiros, 2005.

SILVA, Virgilio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo. Malheiros. 2009.

SPADACCINI DE TEFFÉ, Chiara; BODIN DE MORAES, Maria Celina. “**Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet**”. Pensar, v. 22, n. 1, 2017, Fortaleza, Universidade de Fortaleza. p. 108-146. Disponível em:<<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6272>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

USUÁRIOS do Facebook. Cuponation.2019. Disponível em: <https://www.cuponation.com.br/insights/facebook-users>. Acesso em 25 ago. 2019.

24. OLVIDO VS. VERDAD: EL IMPACTO DEL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL EN LA PRESERVACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA SOBRE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS Y ACTOS DE CORRUPCIÓN EN INTERNET



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-24>

Juan Carlos Díaz Colchado¹

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad delimitar el contenido del derecho al olvido digital y del derecho a la verdad en su dimensión objetiva, como derecho a la preservación de la memoria histórica, y analizar el conflicto que surgiría cuando actores políticos y empresariales involucrados en graves violaciones a los derechos humanos y graves casos de corrupción busquen evitar que la ciudadanía tenga acceso a la verdad a través de las fuentes de información que obran en internet.

Palabras clave: Derecho al olvido digital, derecho a la verdad, memoria histórica

Introducción

Con el avance del internet y la mayor difusión de informaciones relativas a la vida privada de las personas o a hechos de público conocimiento (blogs, portales de investigación, redes sociales), los derechos fundamentales clásicos de libertad y privacidad se han visto reconfigurados. En dicho sentido, hoy los límites de la libertad de expresión e información se ven redimensionados (la denominada “postverdad” o “fake news” son un problema que amerita un claro tratamiento jurídico). De igual manera, la protección de la intimidad personal en el mundo digital ha dado origen al surgimiento del derecho a la protección de datos personales. En dicho avance, a propósito de un caso discutido en el ámbito europeo (Google contra España), ha surgido un nuevo derecho: el derecho al olvido digital.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP (Perú), miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDF-PUCP). Agradezco a los miembros del GIDCYDF-PUCP los comentarios y aportes recibidos a una versión preliminar del presente trabajo.

Si bien la discusión en torno a sus alcances y ámbito protegido sigue abierta en el ámbito académico, el mismo se viene expandiendo. Incluso la Autoridad Nacional de Datos Personales peruana (2016, numeral 5.10 de sus fundamentos) invocó la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014) para justificar su decisión en un caso seguido por un ciudadano peruano contra Google.

Por otro lado, el derecho a la verdad, de origen jurisprudencial por la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988, párrafo 177), se ha configurado como un derecho a conocer el paradero de las víctimas de desapariciones forzadas y con los años y los casos ha evolucionado. Ahora, no solo comprendería el derecho de las víctimas a conocer la verdad de lo sucedido en los casos de desapariciones forzadas o violaciones al derecho a la vida en contextos de conflictos armados internos (dimensión subjetiva), sino también la preservación de la memoria histórica sobre los hechos vinculados a graves violaciones a los derechos humanos, dado que resulta necesario que las generaciones futuras conozcan lo que sucedió para evitar que esos hechos no vuelvan a repetirse (dimensión objetiva).

Este derecho también ha sido impactado por el auge y desarrollo del internet, en la medida que los hechos vinculados a graves violaciones a los derechos humanos ahora tienen en internet una vitrina de primer y privilegiado orden, pues la información está a disposición de todos los usuarios de la red.

Por ello, pueden originarse controversias en las cuáles los implicados en graves violaciones a los derechos humanos o sus familiares, pasados algunos años, quieran que los datos personales que los vincularían con esos hechos sean borrados u olvidados. Con ese fin pueden emplear el derecho al olvido digital para que los motores de búsqueda, *Google* por ejemplo, impidan el acceso a la memoria histórica mediante el empleo de los criterios de búsqueda asociados a sus datos personales, ello en aras de proteger la intimidad personal, familiar e inclusive el honor de los involucrados.

Asimismo, en los últimos años en Latinoamérica, a partir de los grandes casos de corrupción vinculados al caso Lava Jato, quizás resulte conveniente la ampliación del ámbito de protección del derecho a la verdad de modo tal que además de las graves violaciones a los derechos humanos, incluya, en su ámbito de protección, los casos de gran corrupción, pública y privada.

Por ello, el derecho al olvido digital podría convertirse en una herramienta de doble filo que podría poner en riesgo la conservación de la memoria histórica de países

que han vivido diversos conflictos armados con secuelas de graves violaciones a los derechos humanos y graves casos de corrupción que implican a políticos, funcionarios y autoridades judiciales de todos los niveles, así como a grandes empresarios (para la gran corrupción política y económica en Perú, ver: Pari 2017 y Durand 2018; para la corrupción judicial: Pásara 2019). En dicho sentido, resulta oportuno abordar como problema de investigación la siguiente cuestión: ¿El derecho al olvido digital justificaría la supresión de datos personales que impidan identificar a los autores e implicados en graves violaciones a los derechos humanos y graves casos de corrupción que conforman la memoria histórica de un país?

El abordaje de la problemática indicada tiene el siguiente punto de partida: ambos derechos no tienen reconocimiento positivo –en un texto constitucional, ni en un tratado de derechos humanos- sino que se han incorporado a los catálogos de derechos nacionales por vía jurisprudencial, al menos así ha sucedido en el Perú, con lo cual la delimitación de sus contenidos es una cuestión en sí problemática. De ahí que resulte conveniente, delimitar un marco teórico desde la teoría de los derechos fundamentales, aunque sucinto y con ayuda de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, luego establecer el contenido protegido de ambos derechos, a fin de identificar aquellos mandatos que derivan de ese contenido y que se contrapondrían en un eventual conflicto. Finalmente, resolver el conflicto delimitado, a partir de la metodología que identifiquemos como más adecuada.

Las teorías de los derechos fundamentales y su recepción por el Tribunal Constitucional peruano

Como es ampliamente conocido, en el Derecho Constitucional, en general, se han desplegado múltiples esfuerzos para abordar el estudio de los derechos fundamentales, tanto en lo que respecta a su fundamento, concepto, estructura analítica, su contenido, así como las formas de solución de sus conflictos o tensiones (sobre ello: Nogueira 2003 y Bastida *et al* 2004). En el ámbito peruano, en particular, han tenido difusión –por la cercanía cultural- la doctrina española que en cierta medida es reflejo de la doctrina alemana. En dicho sentido, el tratamiento doctrinal de los derechos fundamentales en el Perú ha transitado por la influencia de ciertos autores españoles, como Ignacio de Otto (1988, pp. 95-171), en cuanto a la determinación de lo que se entiende por contenido esencial de un derecho

fundamental, y Gregorio Peces-Barba (2004), en lo que respecta al concepto de derecho fundamental; y también de algunos autores alemanes, en un primer momento Peter Häberle (1997), en lo referente a la tesis de la doble dimensión subjetiva y objetiva o institucional de los derechos, y luego Robert Alexy (2008), por la postulación del principio de proporcionalidad y, en particular, el test de ponderación que forma parte del mismo, para resolver conflictos entre derechos.

No obstante, realizar un abordaje de los distintos autores y de su influencia en la jurisprudencia constitucional ameritaría un trabajo de mayor alcance, por lo que dado los límites del presente documento y para efectos del análisis que aquí se aborda, se ha elegido aquella perspectiva teórica que, a partir de Juan Cianciardo (2000), ha difundido en Perú el profesor Luis Castillo, conformando dos tipos de aproximaciones a la teoría general de los derechos fundamentales: el conflictivismo y el no conflictivismo (2005, pp. 99-129). Estas aproximaciones sobre los derechos fundamentales son, en último término de carácter metodológico, pues suponen que frente al contenido y los conflictos de derechos se debe asumir una determinada concepción y un método para resolverlos. Aunque desde una perspectiva estructural, ambas posiciones, comparten que un derecho se puede identificar como una relación jurídica, en la que es posible identificar un titular del derecho y un sujeto obligado por el contenido de ese derecho (aproximaciones estructurales de este tipo, a partir de la jurisprudencia constitucional, puede verse en Landa 2017).

Según la descripción brindada por Castillo (2005, pp. 99-129) los conflictivistas asumen como paradigma que el contenido de los derechos es ilimitado y que está en permanente expansión (interpretación amplia y no restringida), por lo que un derecho puede entrar en tensión o colisión con el contenido expandido de otro derecho fundamental. Frente estas situaciones, lo que se propone –desde el conflictivismo– son dos métodos: jerarquización o ponderación. Desde la primera perspectiva habría derechos que valen más que otros, a pesar que todos tienen el mismo rango dentro del ordenamiento, lo que los diferenciaría serían los fundamentos que los justifican. Esta es la postura de la llamada teoría de las libertades preferentes (preferidas) o democrático-funcionales, que postulan que en un modelo democrático las libertades de expresión e información siempre tienen prevalencia frente a otros derechos o fines constitucionales.

Por otro lado, la ponderación implica que, desde que se admiten restricciones o limitaciones a los derechos, esto supone sacrificar el contenido constitucional de un derecho. Como sabemos la ponderación no es más que una etapa dentro de la metodología que supone el principio de proporcionalidad que se emplea para resolver los conflictos entre derechos y que supone la realización de un examen de tres niveles: idoneidad, necesidad y ponderación. Tales pasos suponen determinar si una medida (ley, sentencia, acto administrativo, acción privada) que lesiona o limita un derecho cumple una finalidad legítima que la justifique (sino la tuviera se consideraría arbitraria) y si es idónea o adecuada para lograr tal fin (idoneidad); luego de superado este primer examen, se debe determinar si no existen medidas alternativas a la que es analizada que siendo igual o más de idóneas lesiona en menor medida el derecho lesionado. Solo si la medida objeto de análisis supera este paso, se realiza el examen de ponderación a través de la denominada ley de la ponderación según la cual cuanto más intensa es la afectación de un derecho, tanto más importante debe ser la satisfacción del otro (Alexy 2010, pp. 15; en el mismo sentido Bernal 2006, pp. 62 y ss.).

En la aproximación de Castillo, ambas posturas –la jerarquización y la ponderación- suponen negar el contenido normativo constitucional de los derechos ya que:

No se toma en serio a la Constitución porque este modo de asumir los derechos fundamentales justifica el sacrificio y restricciones de un contenido que de existir es contenido constitucional. Como se argumentó antes, el hecho de que la restricción de la parte no esencial de un derecho fundamental sólo se justifica por la salvación de un derecho o bien constitucional, hace que ella tenga rango constitucional. Así la restricción del contenido no esencial que es contenido constitucional significará la restricción de la Constitución. La Norma fundamental, por tanto, deja de ser plenamente normativa. Asimismo, si se parte de que el ejercicio del contenido constitucional de un derecho fundamental (en su parte esencial o no esencial), requiere el sacrificio del contenido constitucional de otro derecho fundamental (en su parte no esencial), significará que ambos contenidos son contradictorios, si no lo fuesen sería posible el ejercicio armoniosos y conjunto de ambos, sin necesidad de restricciones ni sacrificios de uno de ellos. Pues bien, si son contradictorios habrá que asumir que la Constitución se contradice y que no es posible interpretarla como si de una unidad se tratase, como lo exige el principio de interpretación unitaria de la Constitución (2010, pp. 101-102).

De ahí que, frente a estas posturas, se propone la perspectiva no conflictivista o armonizadora del contenido de los derechos fundamentales. En esta propuesta, no hay conflictos entre derechos, sino entre pretensiones, entre intereses, los derechos, en el

plano normativo, estarían en armonía. Con lo que, de cara a un caso concreto, lo que el juez constitucional debe realizar es delimitar el contenido de los derechos y establecer en el caso concreto cuál es el interés que representa un ejercicio legítimo de un derecho, es decir, si la pretensión formulada ante el juez tiene cobertura normativa, y cuál interés no la tendría, a fin de ser descartado en la solución de la controversia.

Por lo que, frente a la jerarquización o ponderación como metodologías, se propone la delimitación del contenido del derecho fundamental, pues este es limitado, delimitable e ilimitable (Castillo 2005, p 129). El contenido de un derecho es limitado porque viene establecido en el texto constitucional, es delimitable porque en función de las concretas circunstancias de un caso se puede establecer el contenido y es ilimitable porque dicho contenido, una vez delimitado, es resistente a la acción del legislador.

A partir de estos postulados tenemos que el contenido del derecho es algo que ya está prefijado en la Constitución y que en función a los casos solo se va estableciendo si una pretensión se subsume en ese contenido, con lo cual, para delimitar ese contenido. Esta operación se realiza teniendo presente estos pasos: 1) acudir a la Constitución que reconoce el derecho en cuestión (interpretación literal); 2) luego, acudir a otras disposiciones relacionadas con la que reconoce el derecho (interpretación unitaria o sistemática), 3) acudir a las disposiciones de tratados internacionales que reconocen el derecho (criterio de la cláusula internacional), 4) acudir al bien humano que fundamenta el derecho (interpretación teleológica); y 5) acudir a las circunstancias concretas del caso (concordancia práctica), siendo que luego de esto, dado que el contenido se fija en función a las circunstancias del caso, deberá acudirse a la razonabilidad y proporcionalidad para fijar el alcance del derecho, no para jerarquizarlos o establecer cuál prevalece sobre el otro, sino para equilibrar los intereses, más no los derecho, en juego (Castillo 2014, pp. 151-153).

Particularmente consideramos que la aproximación armonizadora, en la propuesta de Castillo, no es del todo correcta pues introduce un elemento de las teorías conflictivistas –la ponderación- que contradice sus propios puntos de partida.

Ahora, si se observa la práctica del Tribunal Constitucional se advierte que, con los años, ha tenido diversas posturas en torno a las teorías antes enunciadas y ha tomado conceptos de ambas, para quizás, presionado por las circunstancias optar por posiciones intermedias o matizadas.

En dicho sentido, en las sentencias de los casos Caja de Ahorro y Crédito de San Martín (Tribunal Constitucional 2002) y en Wilo Rodríguez (Tribunal Constitucional 2003) pareció acercarse a las tesis de los derechos preferentes al afirmar que la libertad de expresión e información, por un lado, y el derecho de acceso a la información pública de otro, tenían la condición de libertades preferidas. No obstante, inmediatamente introdujo matices a estas afirmaciones iniciales al indicar que tal condición en modo alguno significaba que tuvieran un mayor valor frente a otros derechos, con lo que se descarta una posible jerarquización, sino que tal condición supone una inversión de la carga de prueba respecto de la necesidad de las restricciones a los derechos anotados, o en todo caso una mayor exigencia de justificación de tales limitaciones.

De acuerdo con lo indicado, en la sentencia del caso Caja de Ahorro y Crédito de San Martín sobre las libertades de información y expresión se señaló que:

13. (...) ellas no sólo constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. También se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública. Desde esa perspectiva, ambas libertades "tienen el carácter de derechos constitutivos por autonomía para la democracia. Constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad" (Erns Wolfgang Böckenforde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Edit. Trotta, Madrid 2000, pág. 67); o, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. (OC 5/85, de 13 de noviembre de 1985, Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 70).

Por ello, tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública.

14. Esta condición de las libertades informativas requiere que, cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales. Lo anterior no implica que ambas libertades tengan que considerarse como absolutas, esto es, no sujetas a límites o que sus excesos no sean sancionables. Con anterioridad, este mismo Tribunal Constitucional ha señalado que, con carácter general, todos los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio. Pero, cuando ello se haga, tales límites no pueden afectar el contenido esencial de ellos, pues la limitación de un derecho no puede entenderse como autorización para suprimirlo. (Tribunal Constitucional 2002).

En tanto que en el caso Wilo Rodríguez sobre el derecho de acceso a la información pública se señala lo siguiente:

(...) al igual que lo afirmado respecto de las libertades de información y expresión, a juicio del Tribunal, cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, éste tiene la condición de libertad preferida. Esta condición del derecho de acceso a la información no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición. Y, en ese sentido, que una colisión de éste con otros derechos fundamentales se resuelva en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de libertad preferida. Evidentemente ello no es así. Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales. De ahí que, ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica.

No obstante, tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no sólo se encuentren sujetos a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, *prima facie*, de la presunción de constitucionalidad.

Esta presunción de inconstitucionalidad de la ley que lo restringe se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que sólo manteniendo tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que, si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado. (Tribunal Constitucional 2003, fundamento 11)

Como puede advertirse, se opta por la tesis de los derechos preferentes, pero no para indicar que tal prevalencia suponga una jerarquización, sino una mayor carga de justificación sobre la medida que los limita.

En el mismo sentido, en la jurisprudencia constitucional está más asentado el empleo del principio de proporcionalidad (y de la ponderación) como metodología para resolver conflictos entre derechos fundamentales. Entre los numerosos casos resueltos con esta metodología, podemos citar el caso de la prohibición de dragas en la minería, en donde para determinar si un decreto legislativo que prohibía su uso era constitucional o no. En este caso, en el análisis se indicó que los derechos en conflicto eran, por un lado, el medio ambiente que justificaba la medida de prohibición de uso de las dragas y, por otro lado, la propiedad como derecho afectado porque la medida legislativa establecía el decomiso y posterior destrucción de estos aparatos.

Sobre el análisis de idoneidad, se entendió que la medida sí era adecuada para la protección del medio ambiente, dado que prohibiendo su uso, los lechos de ríos y lagunas ya no se verían impactados por el uso de esta maquinaria; en relación con el examen de necesidad se concluyó que no existía otra medida alternativa que siendo igual de idónea que la prohibición de uso de dragas protegiera con el mismo grado de eficacia al medio ambiente; finalmente en relación con el análisis de ponderación, se indicó que:

(...) debe tenerse en consideración la protección del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado y el derecho a la salud de las poblaciones aledañas, ya que, como se ha advertido, el objetivo de la norma es evitar el impacto negativo de las dragas en el ecosistema. En este caso, el Poder Ejecutivo ha determinado que, debido al impacto generado en el ambiente por el uso de las dragas, su utilización debe ser fuertemente restringida, en tal sentido, si bien se trata de una restricción intensa o grave al derecho propiedad, la protección del ambiente, y de la salud de la población aledaña a los lugares donde se realiza este tipo de actividad es también elevada. Ello no solo por los daños presentes sino también por el peligro de afectar el ecosistema irremediablemente, ante ello, se opta por evitar la utilización de tal método de extracción de minerales. Debe considerarse, además, que el impacto por la utilización de las dragas no solo afectaría a las poblaciones actuales, sino que eventualmente afectaría las generaciones futuras. Así, la intensidad del daño que causan las dragas justifica la intensidad de su prohibición. (Tribunal Constitucional 2012, fundamento 22)

En la jurisprudencia constitucional pueden encontrarse muchos otras sentencias donde se aplica esta metodología (Tribunal Constitucional 2005b y 2014, entre otras). Por otro lado, pareciera también que en la jurisprudencia se hubiese

hecho eco la denominada tesis armonizadora. En esa dirección, la sentencia del caso Anicama Hernández señala que:

21. Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (Häberle, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad de la Constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto.

22. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental. (Tribunal Constitucional 2005a).

De lo que puede advertirse que, algunos elementos de la tesis armonizadora o delimitadora de los derechos parecen haber sido recogidos por el Tribunal Constitucional.

Lo cierto es que, si bien sería deseable que el Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional adopte una postura y que como tal la mantenga por coherencia argumentativa, no es menos cierto que como órgano judicial, su función no es elaborar una teoría de los derechos fundamentales, sino resolver las controversias que se le presentan y que para ello toma aquello que bien puede coadyuvar en el ejercicio de su función para mejorar la calidad de la justificación que desarrolla.

No obstante, de las citas textuales de sus sentencias, se puede advertir que el Tribunal admite que los derechos entran en conflicto y que más allá que pueda haber una concreción o delimitación previa de contenidos, siempre emplea el principio de proporcionalidad (y la ponderación) para resolverlos.

Ahora siguiendo al Tribunal, antes de proceder a analizar el conflicto que se presentaría entre los derechos al olvido digital y la verdad, correspondería delimitar previamente sus contenidos, esto es los mandatos que se derivan de uno y otro derecho.

El contenido constitucional de los derechos al olvido digital y a la verdad en su dimensión objetiva como memoria histórica: el aporte de la doctrina y la jurisprudencia

La irrupción de internet en la vida de las personas implica diversos riesgos, sobre todo por la sucesiva sobreexposición de información de carácter personal que circula en internet. El derecho al olvido digital, que se incorporó a partir de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014, párrafo 94) y que ha sido recogido en la experiencia peruana por su Autoridad Nacional de Datos personales (2016, numeral 5.3), surge como una salvaguarda frente a la exposición de la persona ante la búsqueda de informaciones que le atañen a través de sus datos personales en motores de búsqueda por parte de terceras personas. Esta protección técnicamente se traduce en el bloqueo de los datos personales del titular, de modo que ya no sea posible que el interesado, a través del motor de búsqueda, obtenga información o el acceso a las fuentes que contienen información sobre la persona afectada. No obstante, esta aproximación más acotada, también se ha señalado que:

El objetivo detrás de este reconocimiento [del olvido en el ámbito digital como derecho] es el de favorecer la posibilidad de toda persona a construir su vida sin el peso del pasado, considerando que muchas veces no se reporta una utilidad social que justifique las consecuencias negativas asociadas a la publicidad de un hecho, sobre todo cuando el paso del tiempo ha mermado el interés público que alguna vez recayó sobre el mismo (Leturia 2016, pp. 108).

En este último sentido, se parte de una aproximación amplia del olvido, según la cual por el paso del tiempo ciertas informaciones que, siendo ciertas, carecen de interés o relevancia, por lo que estaría justificada la supresión de dicha información del entorno digital, de modo que ya no sea accesible ni disponible a terceros. Ejemplos de esto tenemos los antecedentes judiciales de una persona luego de cumplida la condena, o su participación en hechos de relevancia pública recogida en diarios, archivos periodísticos, libros, entre otros (Leturia 2016, pp. 98-103). De ahí que se

afirme que este derecho facultaría a su titular pedir la eliminación de los datos personales de la publicación del motor de búsqueda y de las plataformas que contienen las publicaciones originales (las fuentes) (Osorio 2019, p. 172).

Al respecto, lecturas amplias del derecho al olvido deberían descartarse, dado que podría negar el ejercicio de otros derechos, como el de las libertades de expresión e información (un aporte sobre este conflicto en Manzanero & Pérez 2015, pp. 249-258), así como, en lo que al presente trabajo interesa, la verdad y la memoria histórica.

Sobre el particular, debe distinguirse entre el acceso y la disponibilidad de la información en internet. Los motores de búsqueda facilitan el acceso, dado que con la indexación de distintas páginas web se facilita el acceso a la información que contienen, pero el que la información pueda ser más accesible no la hace igualmente disponible, puesto que cada página web que contiene esa información, con solo alojarla, la coloca a disposición del interesado, pero cada web-master podría establecer sus propios protocolos de seguridad y restricciones a la información que alojada. Por ello, si se afirma que el olvido digital permitiría la cancelación de la información de los motores de búsqueda y la supresión de las fuentes de información, se postularía un ámbito de aplicación muy amplio del derecho. Para establecer dicho ámbito y su contenido, debemos revisar brevemente los fundamentos que se han elaborado para justificarlo.

En lo que respecta a su fundamentación se ha señalado que habría tres líneas de argumentación: a) considerarlo como un derecho autónomo; b) derivarlo como una proyección del derecho a la intimidad; y c) derivarlo a partir del derecho a la protección de datos personales (Mieres 2014, p. 12).

Si se asumiera la tercera perspectiva, no tendría sentido hablar de un derecho al olvido digital, pues, el derecho a la protección de datos personales otorga a su titular los denominados derechos ARCO: actualización, rectificación, cancelación y oposición de datos personales alojados en bases de datos. A partir de estas, el olvido sería una suerte de mixtura entre las dos últimas facultades –cancelación y oposición-, en el sentido que facultaría a su titular a exigir a un operador de base de datos cancelar sus datos personales y al mismo tiempo oponerse a una nueva manipulación de los mismos. Esta es la orientación seguida en España a partir de la reciente Ley orgánica 3/2018 de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales del 05 de diciembre de 2018, en donde se incluye este derecho en el de supresión:

El derecho al olvido se regula como una derivación del derecho de supresión ejercido frente al responsable del tratamiento. El derecho al olvido solo procede en aquellos casos en que el tratamiento de los datos depende, exclusivamente, del consentimiento o en aquellos casos en que los datos de carácter personal resulten innecesarios para el fin que justificó el tratamiento (...) (Zurilla 2019, p. 116; en sentido similar Amat 2019, p. 100).

Esta aproximación pierde de vista que el derecho al olvido digital, actúa solo en el entorno de internet, y los derechos ARCO abarcan a todo tipo de base de datos (físicos y virtuales). De igual manera, teniendo en cuenta el contexto del caso que lo incorporó en el Perú, este derecho no buscaría la cancelación de datos personales en bases de datos o en las fuentes de la información, sino que los motores de búsqueda dejen de hacer tratamiento de datos personales cuando éste afecte los derechos de su titular (Autoridad Nacional de Datos Personales 2016, numeral 5.3). Aunque se han sostenido posiciones maximalistas en este sentido, ya que este derecho comprendería también el derecho a ser olvidado, permitiendo que se borre o elimine información de la persona una vez que ha transcurrido un período de tiempo más o menos razonable, incluso aquella que se ubica en bibliotecas públicas (Silberleib 2016, pp. 126, 133-134).

No debe perderse de vista que este derecho impide que otro usuario de la red acceda a información que está alojada en una base de datos a través de un motor de búsqueda –que facilita la ubicación y el acceso a información contenida en otras bases de datos-. De ahí que entender el derecho al olvido digital a partir del derecho a la protección de datos personales quizás sea insuficiente.

Asumir que el olvido digital es una proyección del derecho a la intimidad personal o familiar en el entorno de internet, no se ajustaría en estricto a su ámbito de aplicación y finalidad. Ello porque la intimidad o privacidad busca que las personas puedan controlar en sentido amplio qué información –considerada íntima o privada– puede ser de acceso o no para terceras personas. En el caso peruano, el Tribunal Constitucional (2016, fundamentos 12-14) entiende que la Constitución de 1993 protege la intimidad de forma autónoma y a través de otros derechos como el secreto bancario, la reserva tributaria y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas; con lo cual, el olvido digital sería una nueva proyección de la intimidad aunque en el entorno de internet.

No obstante, este nuevo derecho presupone que la información no está siendo controlada por la persona titular de la información, dado que “entre más “digitalicemos” nuestras vidas, menos es el control tenemos sobre nuestra

información” (Cortés s/f, p. 10), porque esta se encuentra alojada en bases de datos o servidores que almacenan grandes cantidades de información sobre las que el titular de esa información no ejerce, en principio, ningún control (como las publicaciones de un blog, de un diario digital o, incluso, de una red social). De ahí que, el olvido digital, que tiene un ámbito de aplicación más acotado, dificulta el acceso de terceros a esas fuentes de información a través de la desindexación –o prohibición de tratamiento– de los datos personales que permiten la búsqueda de esas otras fuentes de información por terceras personas.

En atención a lo indicado, el derecho al olvido digital debería ser tratado como un derecho autónomo y distinto de los analizados y que, según la casuística, irá perfilando otros contenidos. Por lo pronto, su ámbito de aplicación estaría limitado al internet y la búsqueda de información que se efectúe a través de motores de búsqueda. Con lo cual su contenido faculta a su titular para que los motores de búsqueda ya no realicen búsquedas de información a partir de los datos personales del afectado. En términos prácticos, se trata de que el motor de búsqueda suprima o cancele los datos personales del afectado que se almacenan en sus bases de datos y, asimismo, dejen de efectuar tratamiento de esos datos.

Ahora, sobre el derecho a la verdad, cabe indicar que su origen, podría ubicarse en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando esta cuestionó la inacción y falta de interés del Estado en desarrollar las investigaciones correspondientes frente a la desaparición forzada de la víctima del caso:

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado (1988, párrafo 177)

Este derecho ha tenido un tránsito de avances y retrocesos en la jurisprudencia interamericana (al respecto, González-Salzberg 2008, pp. 441-462), pero a lo que este trabajo interesa, cabe resaltar el reconocimiento de sus dimensiones individuales y colectivas (Fajardo 2012, pp. 26 y 27).

Su primer ámbito, se traduce, en lo esencial, en el derecho de las víctimas y de sus familiares a conocer lo que sucedió –la verdad– en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, lo que conlleva que se desarrolleen investigaciones conforme al debido proceso, se ubique a las víctimas o sus cuerpos, se desclasifiquen documentos, entre otros. En cambio, su dimensión colectiva conlleva que la sociedad tenga “(...) el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2014, párrafos 15 y 67 *in fine*). De esta manera, el derecho a la verdad se constituye como una garantía contra la impunidad, con la finalidad de “(...) mantener la memoria de la sociedad acerca de las graves violaciones de los derechos humanos cometidas, a fin de evitar su repetición” (González-Salzberg 2008, p. 445).

En el ordenamiento peruano, este derecho se incorporó en la sentencia del caso Villegas Namuche de quien no se tenía (y aun no se tiene conocimiento) de su paradero desde el año 1992 en que, según sus familiares, salió a trabajar y no regresó. De acuerdo a las circunstancias posteriores a su desaparición, existía la sospecha de que esta se debiera a operativos militares desarrollados en el marco de la guerra de baja intensidad contra el terrorismo, desplegada en aquél año por el gobierno de Fujimori.

En este caso, el Tribunal Constitucional incorporó el derecho a la verdad, fundándolo en la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos, la cláusula de los derechos no enumerados, así como en el respeto de los derechos a la dignidad, la vida y la libertad, estableciendo que su dimensión individual garantizaba el derecho a que se investiguen los hechos de graves violaciones a los derechos humanos y de que se informe el paradero de las víctimas de desaparición o de sus restos para que puedan ser velados por sus familiares (2004, fundamento 19). En términos subjetivos, se ha afirmado que el derecho a la verdad, como derivado del bien humano a la justicia frente a las violaciones de derechos humanos, tendría como contenido esencial: a) un derecho a participar en procesos judiciales y extrajudiciales para la búsqueda de la verdad; b) un deber estatal de lucha contra la impunidad, con lo cual, se deben remover todos los

obstáculos que impidan el acceso al conocimiento de lo que sucedió (desclasificar documentos o derogar leyes de auto-amnistías u obediencia debida, por ejemplo); c) un deber de hacer justicia, para lo cual, además de la búsqueda de la verdad, debe brindarse justicia, esto es sancionar a los responsables; y d) un deber de reparación para las víctimas (Castillo 2013, pp. 120-122). En tanto que su dimensión colectiva:

(...) es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no sólo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos (Tribunal Constitucional 2004, fundamento 18, subrayados del autor).

A partir de esta dimensión colectiva, se podría sostener que el derecho a la verdad no solo comprendería el derecho a que la sociedad toda conozca lo sucedido, sino también que esa verdad se preserve, a través de la memoria histórica del país (documentos oficiales, bibliotecas, sentencias judiciales, bases de datos virtuales, publicaciones digitales, etc.), de modo tal que se garantice que lo sucedido no se repita.

Por otro lado, si bien este derecho ha surgido como una garantía frente a las graves y masivas violaciones a los derechos humanos, su contenido, dado el carácter expansivo de los derechos (Nogueira 2003, p. 76; Aguilar 2016, p. 43-56), podría ser ampliado y garantizar que las sociedades latinoamericanas conozcan y preserven la verdad de lo sucedido en los últimos años en relación con los graves hechos de corrupción, de los que se va tomando conocimiento gracias a las investigaciones judiciales, en las que están implicados eminentes figuras políticas –expresidentes incluidos– de los países latinoamericanos y grandes empresarios, donde el caso Lava Jato es paradigmático en dicho sentido. Un argumento en dicho sentido, es la íntima conexión que se va elaborando entre corrupción y derechos humanos, en el sentido de

que la corrupción *per se* constituye una grave violación a los derechos humanos y un impedimento para la plena satisfacción de los derechos fundamentales de las personas (Peters 2018, pp. 23-79); así como en la progresiva construcción de un derecho fundamental a vivir en una sociedad libre de corrupción (en Perú puede verse García-Cobián 2018, pp. 33-47; y desde una perspectiva interamericana Martinon 2016, p. 30).

Con lo que para optimizar su ejercicio, en clave objetiva, debería garantizarse el conocimiento de esos graves hechos de corrupción por parte de la sociedad y la preservación de tal conocimiento, a fin de evitar, de un lado, la impunidad y, de otro, la repetición de casos de corrupción.

Delimitados preliminarmente los contenidos de ambos derechos, el olvido digital y la verdad y su dimensión objetiva como conservación de la memoria histórica sobre hechos de graves violaciones a los derechos humanos y graves de corrupción, es posible formular un escenario en el cual, los implicados en los hechos indicados – políticos, empresarios, entre otros– frente a la accesibilidad de informaciones que los vinculen con esos hechos en el entorno digital, podrían en ejercicio de su derecho al olvido digital buscar que las autoridades administrativas y/o judiciales ordenen a los operadores de motores de búsqueda que supriman sus datos personales, de modo tal que se impida a cualquier persona el acceso a las fuentes de información a través de dichas herramientas. Este escenario, por ahora hipotético, es el que motiva este trabajo y que se abordará en el punto siguiente.

El conflicto y su solución a través del principio de proporcionalidad

El Tribunal Constitucional en su práctica sobre los derechos fundamentales tiene una visión a la que podría denominarse mixta, dado que toma herramientas conceptuales de la aproximación no conflictivista de los derechos –con la delimitación previa de sus contenidos- y luego aplica, a partir de la perspectiva conflictivista, el principio de proporcionalidad para resolver las tensiones o controversias que involucran la concurrencia de los derechos fundamentales en el contexto de un caso.

Frente al escenario de conflicto descrito al final del acápite previo, correspondería aplicar el principio de proporcionalidad, aunque cabe precisar que el mismo se ha formulado en términos hipotéticos, lo cual resulta de relevancia, habida cuenta que la metodología a emplear es mucho más eficaz en el contexto de un caso

real, dadas las particularidades que el mismo podría presentar. No obstante, el análisis que se presenta debe considerarse como una primera aproximación a un conflicto que con los años podría presentarse, porque el Perú ha vivido situaciones de graves violaciones a los derechos humanos (1980-2000) y también graves casos de corrupción que están siendo investigados (a partir del caso Lava Jato que involucra a expresidentes y grandes empresas constructoras brasileñas y peruanas), siendo que importantes actores políticos y empresariales estuvieron y están involucrados en ambos tipos de sucesos.

En lo que respecta a la medida lesiva del derecho, debemos identificarla con la obtención de resultados de motores de búsqueda que indexan una serie de fuentes mediante los datos personales de los involucrados: tesis, revistas y diarios digitales; libros y bibliotecas virtuales; webs de instituciones, archivos y bases de datos públicas y privadas; entre otros.

De modo tal que frente a dicha acción, el titular de los datos personales, o algún familiar con legítimo interés, podría ejercer el derecho al olvido digital y solicitar se supriman esos datos, de modo tal que el motor de búsqueda ya no pueda arrojar esas listas de fuentes de información que existen en la web. Si bien dicha medida puede ser adecuada o idónea para optimizar el ejercicio del derecho al olvido digital y otros que puedan invocarse (como el honor o la protección de la intimidad), no es menos cierto que inciden en la accesibilidad de la información sobre aquellos hechos, afectando con ello el derecho a la verdad en su dimensión objetiva.

Ahora bien, dado que el derecho a la verdad garantiza la conservación de la memoria histórica y el acceso a las fuentes de información que la contienen, el acceso a dichas fuentes es un elemento esencial para optimizar y posibilitar su ejercicio. En cambio, para garantizar el derecho al olvido no hay medida más idónea –es más, es la única forma en que se ejerce– que suprimir e impedir que los motores de búsqueda efectúen tratamiento de los datos personales del afectado con la búsqueda de dicha información, por lo que, no habría otra medida que siendo igual de idónea para garantizar el derecho al olvido afecte en menor grado el derecho a la verdad.

En lo que respecta al test de proporcionalidad en sentido estricto, se requeriría las circunstancias de un caso específico para aplicar la ley de la ponderación de Alexy (cuanto más intensa la lesión o intervención en un derecho –la verdad- tanto más importante debe ser la realización del derecho que se le opone –el olvido digital–), no

obstante, es posible hacer algunas precisiones. En primer lugar, debería descartarse una lectura utilitaria del conflicto, en el sentido de que deben prevalecer los intereses colectivos involucrados en la protección del derecho a la verdad, en detrimento de la protección del olvido digital en tanto derecho individual.

Asimismo, la relevancia pública del afectado debería jugar un rol en la asignación de las intensidades de intervención o realización y los pesos que se asignen a los derechos en tensión. De modo tal que, el olvido digital cederá si es que se trata de una persona que estuvo dentro de los aparatos de poder o ejerció el poder político y estuvo involucrado en los hechos de violaciones a los derechos humanos o corrupción. Lo mismo, al menos no podría afirmarse como regla, en relación con actores privados empresariales. Pero, estos aspectos subjetivos del conflicto, tendrían que analizarse en el marco de un caso concreto y en función a condiciones objetivas de los personajes involucrados (su grado de participación en los hechos).

En relación con los hechos recogidos en las fuentes de información también podrían establecerse ciertos grados de protección, dado que si estamos frente a hechos recogidos en fuentes de información oficial (por ejemplo, el acceso a los informes de las comisiones de la verdad, a sentencias judiciales, libros de historia oficiales, entre otros), no podría descartarse que se permita el tratamiento de los datos personales para facilitar el acceso a dichas fuentes. Pero podría tenerse una perspectiva distinta si se trata de información no oficial o no oficializada que alojan información derivada de otras fuentes (noticias de diarios que dan cuenta de investigaciones o de informaciones que no se ajustan a los resultados de investigaciones fiscales y procesos judiciales).

Finalmente, en estos escenarios de conflicto entre los derechos aludidos, se debe descartar lecturas amplias del derecho al olvido digital, en el sentido de que comprendería la facultad de suprimir las propias fuentes de información que se encuentran en internet, dado que ello, afectaría gravemente el derecho a la verdad en su dimensión colectiva, pues ya no se buscaría solo impedir el acceso a la memoria histórica, sino suprimirla, lo que desde luego debe descartarse desde todo punto de vista.

Conclusiones

El presente trabajo, que se inserta en uno de los tantos escenarios de intersección entre los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías, tuvo por

objeto afrontar un escenario, hipotético por el momento, pero que con el paso de los años puede dar lugar a una serie de controversias derivado del ejercicio de un nuevo derecho: el olvido digital, frente a un derecho ya asentado por la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por parte del Tribunal Constitucional: el derecho a la verdad en su dimensión colectiva que, vía la protección de la memoria histórica, propugne que no solo se conozcan los hechos de graves violaciones a los derechos humanos y graves casos de corrupción que involucran a las élites políticas y empresariales del país, sino también que dicha verdad se conserve y esté a disposición de cualquier persona y de la sociedad toda.

De ahí que aquellos involucrados en esos hechos, pasados algunos años, a partir de su derecho al olvido digital, podrían pretender que se supriman sus datos personales y que los motores de búsqueda no puedan brindar el acceso a las fuentes de información sobre los mismos, impidiendo con ello el acceso a la verdad, alojada en distintas fuentes de información -públicas y privadas- que obran en internet.

Por ello, era necesario delimitar adecuadamente sus contenidos y ponerlos en relación a partir del principio de proporcionalidad, para establecer algunos criterios que permitan solucionar el conflicto entre los derechos mencionados, tal y como se ha efectuado en el presente trabajo. Si bien, la aproximación realizada ha sido hipotética, pues no tenemos ni conocemos de algún caso real que permita realizar un mejor análisis, lo desarrollado puede considerarse como un primer intento, que debería ser abordado con mayor profundidad en futuros trabajos.

Referencias

Libros

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal. Segunda edición. Madrid: CEPC.

Bastida, F., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M. A., Aláez, B. & Sarasola, I. F. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.

Cianciardo, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S. A.

Durand, F. (2018). *Odebrecht, la empresa que capturaba gobiernos*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP

Häberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Traducción de César Landa. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Nogueira, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: UNAM.

Pari, J. (2017). *Estado corrupto. Los megaproyectos del caso Lava Jato en Perú*. Lima: Planeta

Pásara, L. (2019). *De Montesinos a los Cuellos Blancos. La persistente crisis de la justicia peruana*. Lima: Planeta.

Peces-Barba, G. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

Silberleib, L. (2016). El derecho al olvido y la persistencia de la memoria. En *Información, Cultura y Sociedad: Revista del Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas*, 35, pp. 125-136.

Colaboraciones en libros colectivos

Alexy, R. (2010). La fórmula del peso. En Grández, P. & Carbonell, M. (coords.). *La ponderación en la teoría del derecho contemporánea*. Lima: Palestra Editores, pp. 13-36.

Amat, P. (2019). La protección de las personas físicas en relación al tratamiento de sus datos personales. Condiciones para el ejercicio de sus derechos en el marco de la normativa comunitaria y española. En Chipana, J. (coord.). *Derecho y nuevas tecnologías. El impacto de una nueva era*. Lima: Editorial Themis, pp. 73-107.

Castillo, L. (2013). Derecho a la verdad. En Álvarez, M. & Cippitani, R. (coords.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma/Perugia/México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey/Università degli Studi di Perugia, pp. 118-126.

De Otto, I. (1988). La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución. En Martin-Retortillo, L. & De Otto I. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Cuadernos Civitas, pp. 95-171.

García-Cobián, E. (2018). Lucha contra la corrupción y derechos fundamentales en el Perú: ¿transitar del principio constitucional de proscripción de la corrupción a un derecho fundamental a vivir libre de corrupción? En Landa, C. (edit.). *Derechos*

Fundamentales. Actas de las III Jornadas de Derechos Fundamentales. Lima: Palestra Editores, pp. 33-47.

Osorio, M. (2019). Derecho al olvido y la protección de datos personales. En Chipana, J. (coord.). *Derecho y nuevas tecnologías. El impacto de una nueva era.* Lima: Editorial Themis, pp. 167-172.

Peters, Anne (2018). Corrupción y derechos humanos. En Tablante, C. & Morales, M. (eds.). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos.* México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, pp. 23-79

Zurilla, M. (2019). La protección de datos en el ordenamiento jurídico español (nuevas perspectivas tras la LO 3/2018 de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales). En Chipana, J. (coord.). *Derecho y nuevas tecnologías. El impacto de una nueva era.* Lima: Editorial Themis, pp. 109-125.

Artículos en revistas

Aguilar, G. (2016). Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, 146, pp.13-59.

Bernal, C. (2006). La racionalidad de la ponderación, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77, pp. 51-75.

Castillo, L. (2014). El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales, *Foro Jurídico*, 13, pp. 143-154.

Castillo, L. (2005). ¿Existen los conflictos de derechos fundamentales? *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, 12, pp. 99-129.

Fajardo, L. (2012). Elementos estructurales del derecho a la verdad. En *Civilizar, Ciencias Humanas y Sociales*, 12 (22), pp. 15-32.

González-Salsberg, D. (2008). El derecho a la verdad en situaciones de post-conflicto bélico de carácter no-internacional. En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 12, pp. 435-468.

Leturia, F. (2016). Fundamentos jurídicos del derecho al olvido ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales? En *Revista Chilena de Derecho*, 43(1), pp. 91-113.

Manzanero, L. & Pérez, J. (2015). Sobre el derecho al olvido digital: una solución al conflicto entre la libertad de información y el derecho de protección de datos personales en los motores de búsqueda. En *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 32, pp. 249-258.

Martinon, R. (2016). Corrupción y derechos humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, 10, pp. 8-33.

Documentos digitales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014). *El derecho a la verdad en las Américas*. s/l: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

Cortés, C. (s/f). *Derecho al olvido: entre la protección de datos, la memoria y la vida personal en la era digital*. Documento producido por la Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet –ILEI– del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información –CELE– de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina. Recuperado de <https://www.palermo.edu/cele/cele/pdf/DerechoalolvidoiLEI.pdf>

Mieres, L. (2014). *El derecho al olvido digital*. Documento de trabajo 186/2014. s/l: Fundación Alternativas. Recuperado de https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_arquivos/eod97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf

Jurisprudencia

Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (2016). *Resolución Directoral 026-2016-JUS/DGPDP*, de fecha 11 de marzo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de mayo (Fondo).

Tribunal Constitucional (2016). Sentencia del Exp. N° 0009-2014-PI/TC de fecha 4 de marzo.

Tribunal Constitucional (2014). Sentencia del Exp. N° 0011-2013-PI/TC de fecha 27 de agosto.

Tribunal Constitucional (2012). Sentencia del Exp. N° 316-2011-PA/TC de fecha 17 de julio.

Tribunal Constitucional (2005b). Sentencia del Exp. 045-2004-PI/TC de fecha 29 de octubre.

Tribunal Constitucional (2005a). Sentencia del Exp. 01417-2005-PA/TC de fecha 8 de julio.

Tribunal Constitucional (2004). Sentencia del Exp. N° 2488-2002-AA/TC de fecha 18 de marzo.

Tribunal Constitucional (2003). Sentencia del Exp. N° 1797-2002-HD/TC de fecha 29 de enero.

Tribunal Constitucional (2002). Sentencia del Exp. N° 0905-2001-AA/TC de fecha 14 de agosto.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014). *Sentencia de la Gran Sala del 13 de mayo en el asunto C-131/12: Google Spain S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González.*

25. ¿ES COMPATIBLE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CON LA POLITICAL CORRECTNESS?



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-25>

Jorge León Vásquez¹

I Introducción

Un sistema de derechos fundamentales se caracteriza porque cada uno de los derechos que lo integran son elementos que contribuyen a su unidad y coherencia. Cada uno de ellos tiene una importancia determinada y definida, sobre todo, por los ámbitos vitales que protegen. Pero, como en todo sistema, hay piezas que son imprescindibles, sin los cuales los demás elementos no pueden estructurarse coherentemente. Se trata de derechos que le dan sentido al sistema. Este rol lo cumplen, por ejemplo, la dignidad del ser humano, el derecho a la vida, la igualdad y la libertad personal. Estos llegan a convertirse, inclusive, en presupuestos de los demás derechos.

Por razones no solo históricas en el surgimiento y desarrollo de los derechos fundamentales, sino también por exigencias de la modernidad, la libertad de expresión paulatinamente se ha convertido en un elemento clave del sistema de derechos. Todas las libertades de comunicación se fundan en la libertad para expresar opiniones, ideas, informaciones, etc. Esto explica por qué, en algunos sistemas jurídicos como el norteamericano, por ejemplo, en un momento determinado la libertad de expresión ha llegado a tener una posición preferente. No llama la atención, por eso, que el ex juez norteamericano, *Benjamin Cardozo*, en su momento haya afirmado que “[d]e la libertad de expresión se puede decir que es la matriz, la condición indispensable de casi cualquier otra forma de libertad” (2008, pág. 417).

Para la democracia misma, la libertad de expresión es un elemento que hace que una democracia sea tal y no otra cosa. En otras palabras, la libertad de expresión es un elemento constitutivo de la democracia. Esto se refleja, por ejemplo, también en el

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Hamburgo-Alemania. Profesor de Derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Docente investigador del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF, PUCP).

hecho de que uno de los estándares para medir la calidad de una democracia en un país determinado sea justamente la libertad de expresión.² De ahí que no puede haber democracia sin libertad de expresión, ni tampoco libertad de expresión sin democracia. La democracia no se agota en el acto (secreto) del voto en la elección de representantes, tampoco en el debate en el Parlamento (L. Michael/M. Morlok, 2008, pág. 126). Gracias a la libertad de expresión la democracia se convierte también en un valor constitucional, en el presupuesto para el libre intercambio plural y tolerante de ideas y opiniones.

II Las transformaciones de la libertad de expresión

Los derechos fundamentales son el resultado de procesos históricos, sociales y culturales concretos. Cada derecho fundamental es reflejo de su época. Esto no quiere decir, sin embargo, que los derechos no puedan evolucionar al compás de los nuevos tiempos (L. Michael/M. Morlok, 2008, pág. 44). Es más, *deben* hacerlo. Los ámbitos de protección de cada derecho por eso deben ser flexibles, deben tener la virtualidad de expandirse según aparezcan nuevas amenazas o nuevas formas de intervención en los derechos fundamentales. La interpretación constitucional en esto es clave. Esto aplica también, por supuesto, para la libertad de expresión.

La libertad de expresión tal como la conocemos hoy ha sufrido profundas transformaciones. Concebida inicialmente en Inglaterra como una garantía de la libertad de palabra en los debates parlamentarios, con la invención de la imprenta tuvo que superar todavía la barrera de la censura previa y luego los rigores del régimen de los libelos. Con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa, la libertad de expresión adquiere otro nivel de relevancia: “[e]l libre intercambio de ideas es imprescindible para adquirir la formación suficiente y conocer la etiología de los problemas. También para poder alcanzar la verdad” (Gallard, 2016, pág. 241 y ss.).

En la actualidad la libertad de expresión sigue asegurando el libre intercambio democrático de ideas o debate de opiniones (*demokratischer Meinungskampf*) y la crítica, pero han cambiado los medios, así como los objetivos. La libertad de expresión hoy no se realiza en gran medida ya a través de los medios tradicionales (libros, diarios,

² Véase, por ejemplo, <https://freedomhouse.org/report/methodology-freedom-world-2018>, visitado el 28.8.2019.

revistas impresas), tampoco necesariamente a través del contacto personal o en espacios públicos físicos (por ejemplo, lugares abiertos, plazas, calles, etc.). La libertad de expresión se “ha mudado” esencialmente al ciberespacio, especialmente mediante el uso de la internet y las redes sociales (*social media*).

De otro lado, ni siquiera es necesario ya que uno mismo exprese las ideas y opiniones. Algo (no alguien), puede hacerlo por nosotros. La tecnología digital ofrece en esto muchas posibilidades. Por ejemplo, programas informáticos como *Simple TTS Reader* tienen la capacidad para reproducir oralmente textos escritos. Esto puede generar problemas complejos como, por ejemplo, en relación con discursos y frases injuriantes u ofensivas. ¿A quién se le debe atribuir responsabilidad por ello? Muchas veces no está dentro de las posibilidades en la internet poder identificar al autor del texto escrito. Otro problema también sería, si frente la prohibición de reproducir audios, se configura propiamente una censura. ¿Quién podría considerarse afectado por su prohibición? ¿El autor del texto escrito, el que quiere subir a una plataforma digital el archivo, o quien tiene interés en reproducirlo?

También los objetivos de la libertad de expresión ahora son distintos. La búsqueda de la verdad, aunque sea valiosa en sí misma, no es algo que inspire necesariamente la libertad de expresión (piénsese, por ejemplo, en los *Fake News*) (Hufen, 2017, pág. 413). Parte del ámbito de protección de la libertad de expresión es que todos deben poder decir con libertad lo que piensan, aun cuando las opiniones no estén apoyadas en fundamentos verificables y al margen de si ellas son valiosas o disvaliosas, verdaderas o falsas, políticas o apolíticas, razonables o irrazonables, acertadas o equivocadas, racionales o emocionales (Th. Kingreen/R. Poscher, 2017, pág. 176).³

Redes sociales como *Twitter*, *Facebook* o *Instagram* hacen que la libertad de expresar ideas y opiniones se caractericen por su espontaneidad y sin un propósito específico. No se busca convencer a nadie, sino muchas veces solo expresarse. Atrás van quedando también los largos discursos, el convencimiento al auditorio, etc. Inclusive el debate político cada vez más se traslada o continua en los medios digitales, porque es ahí donde la exposición de ideas tiene mayores posibilidades de difusión. El ámbito de protección de la libertad de expresión debe extenderse también a estos nuevos medios de expresión (Th. Kingreen/R. Poscher, 2017, pág. 178). En ese sentido,

³ BVerfGE 61, 1 (7).

las tecnologías digitales ofrecen muchas posibilidades para la expresión e intercambio de ideas y opiniones.

Sin embargo, el traslado al ciberespacio del ejercicio de la libertad de expresión expone también a esta a nuevos peligros. Si antes la censura por parte del Estado era el principal enemigo de la libertad de expresión, hoy principalmente son actores privados. *Google* y *Facebook* tienen sus propias reglas de regulación y censura de contenidos. Pero también otras amenazas surgen de la propia sociedad y de los grupos. Por ejemplo, ¿la *political correctness* puedes ser considerada una amenaza para la libertad de expresión?

III *Political Correctness* y Libertad de expresión

La *political correctness* parece ser el “ambiente espiritual de nuestro tiempo” (Ballester, 2012, pág. 171) y, aunque no existe una definición unánime de ella, puede decirse que es un tipo de lenguaje o un hecho social que pretende evitar ofensas sobre grupos socialmente estigmatizados por razones de raza, género, religión, cultura y orientación sexual⁴. Sin embargo, algunos consideran que esta finalidad original se habría perdido. Pretendería ahora, como afirma el cardenal Joseph Ratzinger, “imponer un solo modo de pensar y de hablar” (Poole, pág. pp. 212.) o generar la autocensura y la expulsión arbitraria de la vida pública del “disidente que, sin instigar a la violencia, osa desafiar la ideología dominante” (Bazán, 2015, pág. 152 y ss.).

Estas advertencias nos llevan a preguntarnos hasta dónde la corrección política puede realmente convivir con la libertad de expresión. La libertad de expresión, por un lado, garantiza a cualquier persona la posibilidad de formarse de manera libre, abierta y amplia las opiniones que deseé, cada quien elige y define los temas sobre los cuales desea formarse una idea, inclusive cuando “la opinión podría no corresponder con lo políticamente correcto” (Wölfel, 2003, pág. 297); de otro lado, garantiza también el poder expresarlas sin censura (*dimensión positiva*) o, simplemente, de no manifestarlas (*dimensión negativa*). Este aspecto, el de no expresar y no difundirlas se subsume dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión; nadie puede ser obligado a dar a conocer sus opiniones si el titular del derecho no lo desea.

⁴ Cfr. <https://www.britannica.com/topic/political-correctness>, visitado el 22.8.2019.

En los últimos años, sin embargo, se puede observar que, cada vez más, algunos temas generan una especial sensibilidad (como la raza, la religión, la migración, la homosexualidad, el género, etc.) y sobre los cuales, ciertamente, todos pueden asumir una posición, tener una idea, pero muchas veces se prefiere no expresarlas o difundirlas. Ahora bien, si la corrección política genera como consecuencia que el titular del derecho no exprese sus opiniones, podría concluirse que entre la libertad de expresión y la corrección política no habría incompatibilidad alguna, pues no expresar las ideas forma parte de su ámbito de protección.

Sin embargo, esto no sería del todo exacto, pues el presupuesto de las dimensiones positiva y negativa de la libertad de expresión es la decisión libre. Por el contrario, la corrección política no ofrecería libertad para decidir, simplemente actuaría sobre el sujeto constriñendo su ámbito de actuación; el titular del derecho no expresaría sus opiniones, no tanto por una decisión considerada voluntaria, sino por temor a que dichas expresiones sean consideradas políticamente incorrectas (*autocensura*).

Planteados en estos términos la conclusión parecería clara: existiría una incompatibilidad entre la corrección política y la libertad de expresión, en tanto que la primera anularía uno de los ámbitos de protección garantizado por esta. ¿Pero realmente esto es así?

Desde nuestro punto de vista, esta incompatibilidad solo se presentaría bajo una concepción errónea de la corrección política; es decir, bajo la idea que, distorsionando su intención inicial (evitar ofensas y discriminaciones a grupos socialmente marginados), pretende imponer un pensamiento único, sin lugar a las disidencias e, imponiendo al final, la autocensura. Una tal concepción de la corrección política nada tiene que hacer, como es evidente, en una democracia constitucional plural y tolerante.

Nosotros apelamos más bien a un retorno a la idea original de la corrección política, a su esencia, en el sentido de buscar también en el lenguaje y en los hechos sociales herramientas que coadyuven en la lucha contra la discriminación. La corrección política, en el leguaje, es el intento de hacer más justos los cambios sociales. No es tan cierto que la corrección política sea ineficaz para ello. Como se dice en los Estados Unidos de Norteamérica, *Words create Worlds* (las palabras crean mundos).

Muchas veces la discriminación comienza con el lenguaje o ayuda a mantener una situación de discriminación ya instalada en la sociedad.

Por eso, quien crea que la corrección política (entendida rectamente) afecta la libertad de expresión o el derecho a la crítica, yerra. Aquella no debilita a estos. Ella solamente asegura que cualquier debate permanezca libre de toda discriminación. Esto es algo que toda Constitución debe garantizar. En términos de derecho constitucional, la corrección política debería significar consideración y empatía, el respeto por el otro. Estas son su fortaleza y su justificación. Ella aclara que los sentimientos y la situación del otro debe ser tomado en serio, aun cuando personalmente uno no comparta ello. Por ejemplo, no se requiere apoyar a la “estrella de género” para respresar los sentimientos de las personas que están detrás de ella.⁵

En la década de los noventa, algunas universidades británicas y estadounidenses crearon los denominados “espacios seguros” (Cox, 1994, pág. 195), en los que un profesor, una universidad o un grupo de alumnos no toleraba expresiones o acciones en contra de los movimientos homosexuales o transgénero, luego esto se extendió a todos los individuos marginados, para que pudieran reunirse y compartir esas experiencias de marginación; se consideró que esta medida fomentaba la inclusión, aumentaba la sensibilidad y establecía parámetros para determinar cómo y dónde las “conversaciones difíciles” podían tener lugar. (Ramírez, 2018, pág. 43).

No puede decirse, pues, que la corrección política (entendida rectamente), sea incompatible o anule la libertad de expresión. Formas radicales o que desnaturalizan la corrección política, por ello, no deben ser admitidas ni protegidas por el derecho constitucional.

IV Political Correctness: ¿“límite no escrito” de la libertad de expresión?

Según una encuesta de mayo de 2019, realizada en Alemania por el *Institut für Demoskopie Allensbach* para el diario *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*, sobre los “límites de la libertad”, el 63% de los entrevistados prefiere no expresar sus opiniones en público sobre determinados temas considerados “difíciles”. Así, el 71% prefiere no hablar sobre los refugiados; el 66%, sobre los musulmanes y el islam; el 63%, sobre los judíos; el 58%, sobre Hitler y el Tercer Reich; el 47%, sobre los homosexuales; el 37%,

⁵ Interesante, sobre este aspecto, la discusión en: <https://www.fluter.de/political-correctness-pro-und-contra>, visitado el 28.8.2019.

sobre el “tercer sexo” y el 15%, sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Asimismo, el 63% reclama que los políticos hablen claro y llamen a las cosas por su nombre; el 57% considera irritante que cada vez más se les diga cómo comportarse y qué está permitido decir; el 41% señala que la *political correctness* es exagerada; y el 35% afirma que lo que realmente piensa solo lo puede decir en su círculo privado.⁶

El resultado es que, cada vez más, el ejercicio de la libertad de expresión se reduce a la esfera privada o a los círculos más íntimos, donde se pueden expresar las ideas sin moderaciones y sin temor a ser juzgados por sus opiniones. Con ello, podría plantearse la cuestión de si la corrección política se erige ahora como un límite no escrito de la libertad de expresión. Esto merece todavía algunas reflexiones.

Todos los derechos fundamentales están sometidos a determinados límites. La libertad de expresión no es una excepción a esto. La existencia de una intervención no significa necesariamente la existencia de una vulneración al derecho fundamental, toda vez que la intervención podría estar justificada por la propia Constitución, por la ley o sobre la base de una ley. La doctrina distingue, por otro lado, entre límites escritos y no escritos. Límites escritos son aquellos determinados por las reservas de ley ordinarias o cualificadas. Límites no escritos son, en especial, los derechos fundamentales de terceros u otros bienes jurídicos de rango constitucional.

Admitir que la corrección política es un límite no escrito de la libertad de expresión implicaría otorgar a aquella jerarquía constitucional o la calidad de valor constitucional. Pero en la medida que la corrección política no es propiamente una categoría jurídica y, por lo menos en el Perú, no está consagrada explícitamente en una ley, no podría ser considerada un límite no escrito de la libertad de expresión. Sin embargo, la situación puede ser diferente en otros países. Por ejemplo, *Klaus Adomeit* (2009, pág. 98) considera que, en Alemania, la Ley General de Igualdad de Trato (*das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*) ha elevado muchas exigencias de la corrección política al nivel de un deber jurídico, además de exponerlo al control judicial.

En estricto, sin embargo, la corrección política no puede ser un límite de la libertad de expresión. Se trata de un instrumento, no de un fin en sí mismo que merezca protección constitucional. Límite sería, en todo caso, el derecho al trato igual o a no ser discriminado, pero no la corrección política. Que en los hechos la corrección

⁶ Cfr. https://www.ifd-allensbach.de/fileadmin/user_upload/FAZ_Mai2019_Meinungsfreiheit.pdf, visitado el 22.8.2019.

política se comporte como un límite a la libertad de expresión no la valida como tal. Precisamente, una de las distorsiones de la corrección política que debe ser corregida constitucionalmente es su desnaturalización: convertirse en un límite de facto, un mecanismo de autocensura o de imposición de un pensamiento único (sobre esta discusión, (Brugger, 2003, pág. 77 y ss.)).

Esto no quiere decir evidentemente que la libertad de expresión deba ser garantizada ilimitadamente. Por el contrario, tendría que ser también ponderada con otros valores de la Constitución. Esto ya era claro para *Rudolf Smend*, cuando afirmaba que los derechos fundamentales hallan sus límites en “los valores de la sociedad, en el orden y la seguridad públicos, en los derechos fundamentales y libertades de los otros que concurren” (Smend, 1928, pág. 52). Si la libertad de expresión debe garantizarse esto solo podría serlo hasta el punto que no se abandone su “efecto puramente espiritual”. Quien pasa de la palabra a la acción abandona, en principio, el ámbito de protección de la libertad de expresión (Masing, 2012, pág. 587).

Comentario final

Libertad de expresión y corrección política no están necesariamente en contraposición. Esta, como forma de lenguaje o hecho social, puede contribuir a revertir estereotipos y formas de discriminación normalizadas socialmente. Pero debe advertirse que una concepción radical de la misma o que no deje espacio a la tolerancia y a la apertura, también puede ser incompatible con una sociedad abierta y una democracia constitucional que se asienta en el libre intercambio de opiniones y la crítica. Mientras la corrección política tenga como finalidad asegurar que cualquier debate permanezca libre de toda discriminación, mientras signifique consideración, empatía y respeto por el otro, no existen razones para cuestionar su compatibilidad con la libertad de expresión. Debemos recordar que las Constituciones democráticas no consagran dicotomías: es posible la realización de la igualdad a través de la libertad y a la inversa.

Lima, 29 de agosto de 2019.

Bibliografía

Poole, F. J. (s.f.). *Nueva izquierda y cristianismo*. Encuentro.

Cardozo, B. N. (2008). *Law is justice. Notable Opinions of Mr. Justice Cardozo, 1870-1938*. New York: The AD PRESS Ltd.

Gallard, J. C. (2016). Análisis de los orígenes de la libertad de expresión como explicación de su actual configuración como garantía institucional. *Iuris Tantum, Revista Boliviana de Derecho*, 236-256.

Bazán, J. L. (2015). Discurso del odio, corrección política y libertad de expresión. *Nueva revista de política, cultura y arte*(152), 162-176.

Ballester, M. (2012). Lo políticamente correcto o el acoso de la libertad. *Cuadernos de pensamiento político*(34), 171-201.

Cox, C. (1994). "Political correctness" and freedom of speech in British Universities. *Minerva*, 32(2), 193-195.

Wölfl, T. (2003). „Vernunft statt Freiheit!“ — Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner. *Zeitschrift für Rechtspolitik*(36), 297.

Ramírez, R. M. (Junio de 2018). ¿Existe todavía el derecho a la libertad de cátedra? Dos corrientes polémicas en la academia norteamericana contemporánea. *Revista de Derecho*(1), 31-50.

Adomeit, K. (2009). Bedrohte Freiheit? Die Hochschulen, das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und die „Political Correctness“. *Forshung & Lehre*(2), 98-100.

Smend, R. (1928). Das Recht der freien Meinungsäußerung. *VVDStRL*, 6-97.

Masing, J. (Juni de 2012). Meinungsfreiheit und Schutz der verfassungsrechtlichen Ordnung. *Juristen Zeitung*(12), 585-592.

Hufen, F. (2017). *Staatsrecht II. Grundrechte*. München: C.H. Beck, 6. Aufl.
Th. Kingreen/R. Poscher. (2017). *Grundrechte. Staatsrecht II*. Heidelberg: C.F. Müller, 33. Aufl.

L. Michael/M. Morlok. (2008). *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos.

Brugger, W. (2003). Schutz oder Verbot aggressiver Rede? Argumente aus liberaler und kommunaristischer Sicht. *Der Staat*, 42(1), 77-109.

PARTE IV

DIREITOS SOCIAIS: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS EM FACE DO DESENVOLVIMENTO E DA SUSTENTABILIDADE

**26. O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL AO TRABALHO DECENTE:
A EXASPERAÇÃO DO DISCURSO REFORMISTA PELO NOVO GOVERNO
FEDERAL INSTAURADO A PARTIR DE 2019 NO BRASIL E O
CONSEQUENTE DISTANCIAMENTO DO PACTO GLOBAL EM SEU
OBJETIVO 8 DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) DA ONU**

*HUMAN AND FUNDAMENTAL LAW TO DECENT WORK: THE EXASPERATION
OF THE REFORMIST SPEECH BY THE NEW FEDERAL GOVERNMENT
ESTABLISHED FROM 2019 IN BRAZIL AND THE CONSEQUENT DISTANCE OF
THE GLOBAL COMPACT ON ITS UN SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOAL 8*



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-26>

Rodrigo Teixeira Matos¹

Resumo

Com o advento do novo governo federal instaurado a partir de 2019, avulta-se a exasperação do discurso reformista no Brasil (movimento que desabrochou a partir da promulgação e vigência da Lei nº 13.467/2017 que trouxe mudanças com espeque central na ampliação da liberdade das empresas na direção do trabalho - e de suas relações - de acordo com suas necessidades, ao passo de que as alterações legislativas implementadas buscam reduzir os custos das empresas e ampliar a liberdade na determinação das condições de contratação, uso e remuneração da força de trabalho), sob o viés de um estágio avançado de precarização do trabalho em prol do capital (originando ocupações mais inseguras e deixando os trabalhadores em condições de maior vulnerabilidade), denotando-se, ainda, o empreendimento governamental de fragilização de instituições públicas e privadas (com *munus* público) com atuação nas relações de trabalho e na promoção de políticas públicas, em violação ao direito humano e fundamental ao trabalho decente e, também, como situação contrária ao princípio da vedação do retrocesso social, inclusive, em contrariedade a instrumentos internacionais de direitos humanos, com particular distanciamento do pacto global e o objetivo 8 de desenvolvimento sustentável (ODS) da ONU.

Palavras-chave: Trabalho; Reforma; ONU; OIT; ODS.

¹ Mestrando em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela PUC/PR, Graduado em Direito e Pós-Graduado em Direito do Trabalho pela mesma instituição e Advogado Trabalhista.

Abstract

With the advent of the new federal government established in 2019, the exasperation of the reformist discourse in Brazil is undermined (a movement that flourished from the enactment and enforcement of Law number 13.467/2017 that brought changes with a central focus on the expansion of freedom of companies to work - and their relationships - according to their needs, while the legislative changes implemented seek to reduce business costs and increase freedom in determining the conditions for hiring, using and remunerating under an advanced stage of precarious work in favor of capital (resulting in more insecure occupations and leaving workers in conditions of greater vulnerability), also denoting the governmental undertaking of weakening public and private institutions. (with public munus) working in labor relations and in the promotion of public policies. violations of the human right and fundamental to decent work and, also, as a situation contrary to the principle of the prohibition of social backwardness, even contrary to international human rights instruments, with particular distancing from the global pact and development Sustainable Development (SDG).

Keywords: Labor; Reform; UN; ILO; SDG.

Não bastasse a eclosão do movimento reformista no Brasil frente ao direito do trabalho (direito ao trabalho) de maneira acentuada com a promulgação e vigência da Lei nº 13.467/2017 (alterações legislativas implementadas que buscam reduzir os custos das empresas e ampliar a liberdade na determinação das condições de contratação, uso e remuneração da força de trabalho), remonta maior preocupação, ainda, os numerosos e frequentes discursos proferidos, de forma institucionalizada, pelo novo governo federal instaurado no Brasil, a partir de 2019, de forma contrária à proteção dos trabalhadores e de toda a construção legal histórica alcançada a *duras penas*, no afã de transmutar o “liberalismo yankee” para “terras tupiniquins” de forma literal.

Ao que parece, o atual governo federal remonta *ipsis literis a* doutrina neoliberal propaganda em idos dos anos 70/80 (instaurando fortemente a partir da década de 90), em prol de um “favorável” afastamento da participação do Estado na economia, mediante a adoção de um conjunto de ideias políticas/econômicas capitalistas, na busca pela total liberdade de comércio (livre mercado) sob a

justificativa de garantir-se o crescimento e desenvolvimento econômico e social do Estado.

Não é de hoje que se denota do “movimento de globalização” (sem esquecer-se da potencialização da instauração da hegemonia capitalista) o crescente surgimento e desenvolvimento de conglomerados produtivos transnacionais, com a “imposição” pela adoção de políticas estatais cada vez menos intervencionistas (sobre todos os aspectos), impactando diretamente nos processos produtivos e nas relações laborais, ao passo de se tratar reiteramente sobre a flexibilização das relações trabalhistas (sob todas as suas espécies e vertentes, a exemplo da terceirização e do trabalho em tempo parcial - “part-time”, dentre várias outras formas) avançando-se a um estágio que busca desregulamentar os direitos trabalhistas, com a implementação de reformas trabalhistas, com a mitigação de direitos sociais em detrimento do capital. Como dito por Joaquín Herrera Flores:

De um modo sutil mas contínuo, assistimos durante as últimas décadas à substituição dos direitos obtidos (garantias jurídicas para acesso a determinados bens, como emprego ou as formas de contratação trabalhista) por aquilo que agora se denominam “liberdades” (entre as quais, se destaca a liberdade de trabalhar, que, como tal, não exige políticas públicas de intervenção). Em definitivo, entramos num contexto em que a extensão generalizada do mercado – que se proclama falaciosamente como “livre” – fazem com que os direitos comececer a ser considerados como “custos sociais” das empresas, que devem suprimi-los em nome da competitividade.²

Por diversas vezes ouve-se do atual “Chefe máximo do Executivo” (contumaz em confundir governo e Estado), a infundada e repulsiva afirmação de que “É preferível o emprego com menos direitos do que mais direitos sem emprego...”, sempre imputando em suas falas que uma das principais causas para a retração (subdesenvolvimento) da economia brasileira seria o (suposto) exacerbado protecionismo concedido aos trabalhadores.

Em um primeiro momento, não se discute aqui “o que é preferível ou não”, mas sim o que se construiu e reconheceu de maneira evolutiva, sendo revoltoso e repugnante o desconhecimento e desprezo do atual governo brasileiro por todo o histórico progresso do direito do trabalho (ao trabalho), e de todas as conquistas

² HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**; tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Páginas 24 e 25.

obtidas ao longo dos anos, que o elevaram ao patamar de um direito humano e fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988 no capítulo dos direitos sociais (Capítulo II) e no título de direito e garantias fundamentais (Título II), sendo cláusula pétrea da precitada carta magna, como expressamente disposto no artigo 6º, § 4º, inciso IV, do diploma, não sendo, portanto, passível de alteração.

A valorização do trabalho humano é reiteradamente ressaltada pela Constituição Federal de 1988, desde o seu preâmbulo, passando pela elucidação dos princípios fundamentais – artigos 1º, III e IV, e 3º - (Título I), detalhadamente tratada dos direitos e garantias fundamentais (Título II) por intermédio dos artigos 6º e 7º (direitos sociais), e por fim, destacada nos artigos 170 (Título VII – da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I – dos Princípios Gerais da Atividade Econômica) e 193 (Título VIII – da Ordem Social, Capítulo I – Disposição Geral).

A Constituição Federal de 1988 tendo reconhecido a relevância da matéria içou os direitos dos trabalhadores à hierarquia máxima de seus preceitos, aduzindo-os como um rol de preceitos fundamentais na ordem dos direitos humanos de segunda dimensão.

De forma contemporânea à promulgação da Constituição Federal de 1988, destacam-se duas encíclicas do Pontífice João Paulo II, *Laborem Exercens* (1981) e *Solicitudo Rei Socialis* (1987), que demonstram a preocupação da Igreja com: a relação do trabalho para o homem e não o homem para o trabalho; e a centralidade do homem (o homem como sujeito e não objeto do trabalho); respectivamente.

Sempre importante destacar que o direito ao trabalho como direito humano que é, assegura a todas as pessoas uma inerente dignidade, bem como resguarda direitos iguais e inalienáveis, sob a forma de prerrogativa, afastando-se qualquer entendimento de necessária concessão neste sentido. Não por outro motivo que instrumentos internacionais de direitos humanos versam sobre o reconhecimento de direitos humanos e não sobre a sua criação, posta que esta última conceituação seria totalmente equivocada.

Sem subestimar todo o arcabouço histórico e legislativo pretérito destaca-se, como marco inicial do regime internacional de direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Assembleia-Geral da ONU em 1948, que reflete o ideal comum da sociedade mundial, em um momento pós regimes totalitaristas - que sob qualquer hipótese devem ser esquecidos para que, até mesmo,

nunca se repitam (sob qualquer pretexto) – que já em seu artigo XXIII, assegurou o trabalho como direito humano com a previsão de garantias e direitos inerentes:

Artigo XXIII

- 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.*
- 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.*
- 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.*
- 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.³*

Em idos de 1966, foram aprovados dois pactos pela ONU, com vigência 10 anos depois: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP); e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Em especial, o PIDESC trata, de forma mais especial, sobre: o direito ao trabalho e de condições justas e favoráveis ao trabalho, liberdade de constituição ou associação a sindicatos; previdência social, padrões adequados de vida, saúde, educação, descanso e lazer; e a participar da vida cultural e de atividades criativas.

No tocante ao trabalho, destacam-se os artigos 6º, 7º e 8º do PIDESC⁴:

ARTIGO 6º

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

2. As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

³ NAÇÕES UNIDAS, ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

⁴ GOVERNO DO BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, PLANALTO. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992 (promulgação do PIDESC).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 05 de julho de 2019.

ARTIGO 7º

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

- a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:*
 - i) Um salário eqüitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;*
 - ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;*
 - b) À segurança e a higiene no trabalho;*
 - c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;*
 - d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.*

ARTIGO 8º

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir:

- a) O direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;*
 - b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas.*
 - c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas;*
 - d) O direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país.*
- 2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da política ou da administração pública.*
- 3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, juntamente com o PIDCP e PIDESC, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos, já complementados por sete tratados adicionais da ONU (que acrescentam fundamentos e descrições).

Nunca desútil recordar o momento histórico de formação da Carta

Internacional dos Direitos Humanos, que se deu no ápice das disputas estratégicas e batalhas indiretas entre os Estados Unidos da América e a União Soviética na então denominada guerra fria, em que se seguiram conflitos de ordem política, militar, tecnológica, econômica, social e ideológica e que se estendeu desde o fim da segunda guerra mundial (1945) até a extinção da União Soviética em 1991, muito bem elucidados por Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano:

“É importante recordar que a Declaração Universal de Direitos Humanos foi elaborada num ambiente geopolítico bipolar – o do início da Guerra Fria entre EUA e União Soviética. Assim, ela objetivou também estabelecer um consenso entre as potências (e seus respectivos satélites) que corporificavam as duas correntes político-ideológicas dominantes no pós-Segunda Guerra Mundial: o socialismo e o capitalismo. Na tentativa de atender a ambas, a declaração deveria contemplar os direitos civis e políticos originários das revoluções burguesas, os direitos de igualdade exigidos pelos socialistas e, ainda, os direitos de solidariedade reivindicados por muitos, inclusive por organizações religiosas, a exemplo da Igreja Católica.

Nos anos seguintes, com o desenrolar da Guerra Fria, esta tentativa de consenso sobre os direitos humanos se revelou crescentemente inócuia devido à cada vez mais acirrada disputa entre os dois blocos, Sendo assim, quando se decidiu transformar os princípios declarados em normas jurídicas, a ONU formulou dois pactos distintos, Com efeito, parte dos países socialistas não assinou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, enquanto parte das nações capitalistas não assinou o Pacto Internancional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – dentre elas destacamos os EUA, que até hoje não reconhecem estes direitos como tais.”⁵

Outro instrumento internacional de direitos humanos de grande relevância e de necessário destaque no presente texto é a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, adotada após o fim da guerra fria, com o objetivo de reafirmar de maneira universal o compromisso dos estados membros, e da comunidade internacional em geral, de respeitar, promover e aplicar de boa-fé os princípios fundamentais e direitos no trabalho.

Sob o amparo da OIT (Organização Internacional do Trabalho, fundada em 1919, com uma agência multilateral da ONU com o objetivo de promover a justiça social de forma especializada quanto a questões do trabalho, em um momento histórico pós-primeira guerra mundial e após a assinatura do Tratado de Versalhes), destaca-se a Convenção 144 que estabelece a necessidade de consultas tripartides prévias para

⁵ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos; conceitos, significados e funções.** São Paulo: Saraiva, 2010. Páginas 153 e 154.

qualquer alteração legislativa que afete as condições de trabalho, em especial sobre normas internacionais do trabalho, o que não foi observado pelo Estado brasileiro, padecendo o novel diploma legal reformista (Lei nº 13.467/2017) de vício formal de inconvencionalidade (ausência de consultas prévias às organizações de trabalhadores).

Em igual sentido, o Estado brasileiro não vem cumprindo o que determina a Convenção 154 da OIT, devidamente ratificada, quanto ao necessário fomento à negociação coletiva, posto que o falacioso discurso de prevalência do negociado sobre o legislado (implementado pela reforma trabalhista – Lei nº 13.467/2017) não se sustenta, inclusive, pelo enfraquecimento de Sindicatos profissionais, bem como pelo já destacado empreendimento governamental de fragilização de instituições públicas e privadas (com *munus* público) com atuação nas relações de trabalho e na promoção de políticas públicas.

Não por menos, a OIT incluiu o Brasil pela segunda vez consecutiva na lista dos 24 países que serão alvo de exame em decorrência de suspeita de descumprimento de normas internacionais de proteção aos trabalhadores, conforme decisão divulgada em 11/06/2019 por intermédio da Sessão da Comissão de Normas da 108^a Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, em particular, sob o entendimento de que a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) viola a Convenção nº 98 da OIT, sobre direito de sindicalização e de negociação coletiva, ratificada pelo Brasil.⁶

Todo o retrocesso que emana da reforma trabalhista no brasil (Lei nº 13.467/2017), sem esquecer-se do exasperado discurso reformista do novo governo federal instaurado a partir de 2019, é diretamente contrário aos instrumentos internacionais de direitos humanos brevemente destacados anteriormente, e mais, contraria diretamente o conceito de trabalho decente formalizado pela OIT em 1999, como sendo aquele “trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna”, bem como caminha em desacordo aos quatro objetivos estratégicos da OIT: 1) o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de

⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, MPT. **Brasil é novamente incluído em lista da OIT de países suspeitos de violar convenções trabalhistas.** Disponível em: <<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/brasil-e-novamente-incluido-em-lista-da-oit-de-paises-suspeitos-de-violar-convencoes-trabalhista>>. Acesso em: 12 de junho de 2019.

trabalho forçado e trabalho infantil); 2) a promoção do emprego produtivo e de qualidade; 3) a ampliação da proteção social; 4) e o fortalecimento do diálogo social.⁷

Não obstante, o atual estágio do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro (e que, infelizmente, muito provavelmente será agravado pelo novo governo federal instaurado a partir de 2019) distanciará o Brasil do objetivo 8 (Trabalho Decente e Crescimento Econômico) proposto pela ONU aos países membros, quanto a nova agenda de desenvolvimento sustentável (Agenda 2030 - com o intuito de estabelecer os objetivos e metas que se estabelecerão como foco na próxima década no sentido de engajar as empresas no atingimento dos ODS), composta pelos 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS). Importante destacar aqui que:

Esse é um esforço conjunto, de países, empresas, instituições e sociedade civil. Os ODS buscam assegurar os direitos humanos, acabar com a pobreza, lutar contra a desigualdade e a injustiça, alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de mulheres e meninas, agir contra as mudanças climáticas, bem como enfrentar outros dos maiores desafios de nossos tempos. O setor privado tem um papel essencial nesse processo como grande detentor do poder econômico, impulsor de inovações e tecnologias influenciador e engajador dos mais diversos públicos – governos, fornecedores, colaboradores e consumidores.

Os princípios da Agenda 2030 e dos ODS são: Universalidade (são relevantes para todas as pessoas), Integração (equilibra as dimensões ambiental, social e econômica, lida com contradições e maximiza sinergias), e Não Deixar Ninguém pra Trás (os ODS beneficiam todas as pessoas em todos os lugares).⁸

Em sua essência, o objetivo 8 de desenvolvimento sustentável (ODS) da ONU visa promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, o emprego pleno e produtivo e o trabalho decente para todos, o que de forma alguma se evidenciará/observará com a implementação da política adotada pelo governo brasileiro em seu movimento reformista (exasperando pelos discursos e falas institucionais atuais), em especial quanto a meta 8.5:

1.5 Até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor.⁹

⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, OIT. **Trabalho decente.** Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 28 de março de 2019.

⁸ NAÇÕES UNIDAS, ONU. **Pacto Global: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).** Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/ods>>. Acesso em: 06 de julho de 2019.

⁹ NAÇÕES UNIDAS, ONU. **Plataforma Agenda 2030: Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/ods/8/>>. Acesso em: 06 de julho de 2019.

Cabe destacar que os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) anteriormente mencionados emergem do Pacto Global, este lançado em 2000 por Kofin Annan (Secretário-Geral das Nações Unidas à época), como uma forma de convocar os Estados e as empresas para o ordenamento de estratégias e operações a 10 princípios universais em áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção de forma a promover ações que cooperem para o combate dos desafios da sociedade, extraídos da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

Já em 2011, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou de forma unânime os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (elaborados a partir de normas de direitos humanos preexistentes), formado por 31 princípios guiados por 3 pilares: proteger (obrigação estatal de proteção aos direitos humanos); respeitar (responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos); e reparar (recursos adequados e eficazes de reparação em caso de descumprimento de direitos humanos por Estados e empresas).

O governo brasileiro caminha em sentido contrário ao necessário fomento e mobilização da comunidade empresarial para a adoção de práticas negociais pautadas, em especial, na observância dos direitos humanos nas relações de trabalho.

De forma lastimável, a exemplo, observe-se o governo brasileiro, retirou-se do Pacto Global para Migração, juntando-se ao governo americano (tão copiado por aquele) que não havia participado da negociação do acordo e a outros Estados. Será este também o caminho do governo brasileiro em outras áreas e de uma forma geral sobre direitos humanos?! Em considerando-se os discursos autoritários e não humanitários (para dizer o menos) do atual governo federal, outro não será o repulsivo fim.

Também, a título de elucidativo, em prevalecendo ao entendimento do atual governo brasileiro em trilhar o paradigma norte americano, haverá, ainda, a revogação da adesão do Brasil ao PIDESC (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) de forma a unir-se aos EUA, que até hoje não reconhecem estes direitos como tais?!?

Importante considerar, que mesmo não ocorrendo (por hipótese) o retrocesso

social propagando pelo governo federal brasileiro como seu velado anseio, a situação atual já não é das melhores, haja vista que a Emenda Constitucional nº 95 (publicada no DOU de 16/12/2016) congelou por 20 anos as despesas primárias, onde se inserem os investimentos em políticas públicas fomentadoras de direitos humanos, econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Como já dito, mas sempre necessário recordar, não bastasse à eclosão do movimento reformista no Brasil quanto ao direito do trabalho (direito ao trabalho) de maneira acentuada com a promulgação e vigência da Lei nº 13.467/2017 (alterações legislativas implementadas que buscam reduzir os custos das empresas e ampliar a liberdade na determinação das condições de contratação, uso e remuneração da força de trabalho), remonta maior preocupação, ainda, os numerosos e frequentes discursos proferidos, de forma institucional, pelo novo governo federal instaurado no Brasil, a partir de 2019, de forma contrária a proteção dos trabalhadores e de toda a construção legal histórica alcançada a *duras penas*, no afã de transmutar o “liberalismo yankee” para “terras tupiniquins” de forma literal.

O panorama que se vislumbra no Brasil é o da precariedade do trabalho, originando ocupações mais inseguras e deixando os trabalhadores em condições de maior vulnerabilidade, em prol da redução de custos e da ampliação da liberdade das empresas na determinação das condições de contratação, uso e remuneração da força de trabalho, aviltando-se, ainda, no Brasil, um estágio avançado de precarização e desconstrução das relações trabalhistas em prol do capital, denotando-se, também, o empreendimento governamental de fragilização de instituições públicas e privadas (com *munus* público) com atuação nas relações de trabalho e na promoção de políticas públicas, em violação ao direito humano e fundamental do trabalho e, também, como situação contrária ao princípio da vedação do retrocesso social.

Execrável pensar em tais situações retrogradadas, em tempos de que, até mesmo, órgãos de auditoria reconhecem a evolução e a necessidade de observância da Responsabilidade Social Corporativa, posto que não se discute mais, apenas, a certificação de ISO 9000 (gestão de qualidade) ou ISO 14000 (gestão ambiental) para empresas, mas sim de certificação ISO 26000 (responsabilidade social) a partir de 1º de novembro de 2010¹⁰, ou seja, trata-se da verdadeira necessidade de obtenção de

¹⁰ INMETRO. **Responsabilidade Social: ISO 26000.** Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br>>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

uma Licença Social para o desempenho de atividades empresariais.

Outro ponto de especial atenção hodiernamente é a eclosão no Brasil de empresas/aplicativos (plataformas digitais) – para transporte, entrega de produtos, serviços e outras atividades – desprovidas de regulamentações, em que trabalhadores se cadastram para a prestação de determinadas atividades, sem qualquer vínculo de emprego, a margem de direitos e garantias, e que se submetem ao livre estipulação do mercado. Em caso recente, um prestador de serviços por aplicativo de entregas (de alimentos/refeições) cadastrado junto a uma destas plataformas digitais, jovem de 33 anos, faleceu em decorrência de um AVC, sem qualquer assistência da referida empresa, sendo que a única preocupação desta, era com o cumprimento do prazo e da entrega dos pedidos dos próximos clientes.¹¹ Imprescindível que se estabeleça o papel das plataformas digitais nas relações de trabalho, e que se imponha a estas a dever de assegurar direitos mínimos.

Em não ocorrendo à contenção de todo este movimento reformista narrado no presente texto (e de fácil observação prática), não se aviltará outro caminho que não seja o da reverberação, pela sociedade moderna, de ulterior entendimento de mercantilização da força de trabalho, remotando a era dos “criados servis”¹², cujo trabalho será suficiente, apenas, para a subsistência, quando muito. Retomar-se-á a submissão das classes trabalhadoras aos interesses e anseios do capital.

Importante recordação, em qualquer momento (e em especial no estágio atual) é do trecho de discurso à classe operária, proferido pelo primeiro Ministro do Trabalho (ministério criado em 26 de novembro de 1930, no Governo Provisório de Getúlio Vargas, através do Decreto nº 19.433/1930), Lindolfo Collor, na sacada do Palácio do Catete, em 25 de janeiro de 1931, transscrito por Mário de Almeida Lima:

Todo amparo e toda proteção justa que se puder dar será dada ao trabalhador nacional. Defender-lhe-emos os direitos, associando-o diretamente, por intermédio das suas associações de classe, à solução de todos os conflitos em que ele figurar como parte. Amparar-lhe-emos eficientemente a velhice e a invalidez. Providenciaremos para que, na medida do possível, lhe sejam conseguidos, para sua propriedade, tetos baratos, higiênicos e confortáveis. Dar-lhe-emos uma lei segura e eficiente de acidentes de trabalho. As mulheres e os menores estarão ao

¹¹ GLOBO. **Globo.com: Motoboy tem AVC durante entrega e morre após aguardar 2 horas por socorro em São Paulo.** Disponível em: < <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/07/11/entregador-de-aplicativo-tem-avc-durante-entrega-e-morre-apos-aguardar-2-horas-por-socorro-em-sp.ghtml>>. Acesso em: 11 de julho de 2019.

¹² ARENDT, Hannah. **A condição humana;** tradução de Roberto Raposo. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Página 97.

*abrigó das leis humanas. Cuidaremos da sua instrução, dos seus aperfeiçoamentos técnicos e não nos esqueceremos dos seus lazeres, dos seus descansos físicos e da recreação dos seus espíritos. O Código do Trabalho que o Governo Provisório espera decretar ainda este ano será obra digna da nossa cultura social e das nossas preocupações de justiça.*¹³

Imperioso relembrar aqui, que já no primeiro dia de mandato do atual governo federal, foi estabelecido o rebaixamento (“extinção”) do Ministério do Trabalho ao nível de Secretaria do Trabalho, com a transferência (“fragmentação”) de suas atribuições de forma pulverizada aos Ministérios da Justiça e Segurança Pública, Cidadania e Economia (com maior concentração neste), conforme Medida Provisória nº 870¹⁴ convertida na Lei nº 13.844/2019¹⁵. Evidentemente que a subsunção da atividade fiscal do extinto Ministério do Trabalho àqueles que representam os interesses do capital contrariam o preceito fundamental descrito na Convenção nº 81 da OIT¹⁶.

Algo que foge ao discernimento do atual governo federal é a necessidade de regulação estatal acerca da relação capital x trabalho, como fator determinante na manutenção da harmonia e paz na sociedade.

Inadmissível qualquer abstração a atual conjuntura econômica, política, social e jurídica brasileira, impregnada pelo desenfreado desmantelamento de políticas públicas, somado ao crescente enfraquecimento das relações de trabalho, em total retrocesso e vilipendiamento ao direito humano é fundamental ao trabalho.

Muito oportuno para o momento atual, são os dizeres de Machado de Assis que remonta idos de 1865, diante da truculência e intolerância que alguns buscam reinstitucionalizar no Brasil:

A tolerância é ainda uma virtude do crítico. A intolerância é cega, e a cegueira é um elemento do erro; o conselho e a moderação podem corrigir e encaminhar as inteligências; mas a intolerância nada produz que tenha as condições de fecundo

¹³ LIMA, Mário de Almeida. **Origens da Legislação Trabalhista.** Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2015. Página 223.

¹⁴ GOVERNO DO BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, PLANALTO. **Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

¹⁵ GOVERNO DO BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, PLANALTO. **Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, OIT. **Convenção nº 81.** Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235131/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

e duradouro.¹⁷

Referências

ARENDT, Hannah. **A condição humana**; tradução de Roberto Raposo. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5^a ed. São Paulo: LTr, 2009.

BOUDREAUX, Donald J. **Menos estado e mais liberdade – O essencial do pensamento de F. A. Hayek**. 1^a ed. Baureri: Faro Editorial, 2017.

BUSSINGER, Marcela de Azevedo. **Política pública e inclusão social**: o papel do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2013.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César. **Direito internacional do trabalho e organização internacional do trabalho**: trabalho decente. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9^a ed. São Paulo: LTr, 2010.

GLOBO. **Globo.com: Motoboy tem AVC durante entrega e morre após aguardar 2 horas por socorro em São Paulo**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/07/11/entregador-de-aplicativo-tem-avc-durante-entrega-e-morre-apos-aguardar-2-horas-por-socorro-em-sp.ghtml>>. Acesso em: 11 de julho de 2019.

GOVERNO DO BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, PLANALTO. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992 (promulgação do PIDESC)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 05 de julho de 2019.

_____, **Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

_____, **Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**; tradução de

¹⁷ MINISTÉRIO DA EDUÇÃO, MEC. **Machado de Assis, vida e obra: O ideal do crítico 1865**. Disponível em: http://machado.mec.gov.br/obra-completa-lista/itemlist/category/28-critica._Acesso em: 30 de maio de 2019.

Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

IGREJA CATÓLICA; Papa (1978-2005: João Paulo II). **Encíclica *Laborem Exercens*:** sobre o trabalho humano no 90º aniversário da *Rerum Novarum*. 14ª ed. 1ª reimpressão: Paulinas, 2012.

_____, Papa (1878-1903: Leão XIII). **Encíclica *Rerum Novarum*:** sobre a condição dos operários. 18ª ed. 4ª reimpressão: Paulinas, 2016.

INMETRO. **Responsabilidade Social: ISO 26000.** Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/iso26000.asp>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

KREIN, José Dari. **Debates contemporâneos economia social e do trabalho, 8: as relações de trabalho na era do neoliberalismo no Brasil.** São Paulo: LTr, 2013.

LIMA, Mário de Almeida. **Origens da Legislação Trabalhista.** Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos;** tradução, apresentação e notas de Jesus Ranieri. 4ª reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2010.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, MEC. **Machado de Assis vida e obra: O ideal do crítico 1865.** Disponível em: <http://machado.mec.gov.br/obra-completa-lista/itemlist/category/28-critica>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, MPT. **Brasil é novamente incluído em lista da OIT de países suspeitos de violar convenções trabalhistas.** Disponível em: <<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/brasil-e-novamente-incluido-em-lista-da-oit-de-paises-suspeitos-de-violar-convencoes-trabalhista>>. Acesso em: 12 de junho de 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
NAÇÕES UNIDAS, ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

_____, **Pacto Global: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).** Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/ods>>. Acesso em: 06 de julho de 2019.

_____, **Plataforma Agenda 2030: Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/ods/8/>>. Acesso em: 06 de julho de 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, OIT. **Trabalho decente.** Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 28 de março de 2019.

_____, **Convenção nº 81.** Disponível em:
https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235131/lang--pt/index.htm. Acesso em:
20 de julho de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 16. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios – As corporações multinacionais e os direitos humanos.** São Paulo: Planeta sustentável, 2014.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa;** tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 24^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Esquerdas do mundo, uni-vos!** 1^a ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

_____, Boaventura de Sousa. **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus de. **Comentários à reforma trabalhista.** São Paulo: RT, 2017.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos; conceitos, significados e funções.** São Paulo: Saraiva, 2010. Página 153 a 154.

SINGER, Paul. **Globalização e desemprego: diagnósticos e alternativas.** São Paulo: Contexto, 1998.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações;** tradução de Maria Teresa Lemos de Lima. 1^a ed., 3^a reimpressão. Curitiba: Juruá, 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Revista síntese trabalhista e previdenciária (Velhas e novas ameaças do neoliberalismo aos direitos trabalhistas).** Volume 27, número 321. São Paulo: Síntese, 2016.

27. CONSERVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE DOS OCEANOS: DEBATE GLOBAL E AÇÃO LOCAL

CONSERVATION AND SUSTAINABILITY OF THE OCEANS: GLOBAL DEBATE AND LOCAL ACTION



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-27>

Fabíola Bezerra de Castro Alves Brasil¹

Resumo

Este artigo aborda o Objetivo 14 de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU e a educação ambiental como direito social, a partir da análise do Projeto Praia linda, Praia limpa” da Universidade de Fortaleza. Referido Objetivo está inserido no rol de 17 ODS’s que trata da conservação e uso dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável, tendo a meta 14.1 o propósito de prevenir e reduzir significativamente a poluição marinha de todos os tipos, até o ano de 2025. Para tanto, perpassa por uma breve apreciação do Objetivo 14, e em seguida sob a ótica crítica e propositiva será apresentado o projeto “Praia linda, praia limpa”, o arcabouço quantitativo e delineamento. Ao final debate acerca da adequação do projeto extensionista à Agenda 2030. Quanto à metodologia, utilizou-se o levantamento de pesquisa bibliográfica, empírica e documental, com vertente propositiva, abrangência qualitativa e de natureza teórica empírica. Como resultados esperados, conclui-se pela adequação do Projeto de educação ambiental à meta 14.1 do ODS 14, em face do propósito de executar ações de limpeza dos mares e das praias da cidade de Fortaleza.

Palavras-chaves: Sustentabilidade dos oceanos. Objetivo 14. Educação Ambiental como Direito Social. Capacitação local. Projeto “Praia linda, praia limpa”.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professora do Curso de Direito da UNIFOR. Bolsista da DPDI UNIFOR sob a orientação da Profa. Doutora Gina Vidal Marcílio Pompeu. Email: fabiolabezerra@unifor.br.

Abstract

This article addresses the UN Agenda 2030 Sustainable Development Goal 14 and environmental education as a social right, based on the analysis of the project “Beautiful beach, clean beach” from the University of Fortaleza. Said Objectives is included in the list of 17 SDGs that deal with the conservation and use of oceans, seas and marine resources for sustainable development, with goal 14.1 aimed at preventing and significantly reducing marine pollution of all kinds up to year 2025. To do so, it goes through a brief appreciation of Objective 14, and then from a critical and propositional perspective will be presented the project “Beautiful beach, clean beach”, the quantitative framework and outline. At the end of the debate about the adequacy of the extension project to the 2030 Agenda. Regarding the methodology, we used the survey of bibliographical, empirical and documentary research, with a propositive aspect, qualitative scope and empirical theoretical nature. As expected results, it is concluded that the Environmental Education Project is in line with the SGD 14 goal 14.1, in view of the purpose of carrying out actions to clean the seas and beaches of Fortaleza.

Keywords: Sustainability of the oceans. Objective 14. Environmental Education as a Social Law. Local training. Project “Beautiful beach, clean beach”.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 garantiu a todos a educação como direito social no seu artigo 6º, devendo ser proporcionada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com cerne em sua competência comum. No art. 205 preceituou que a sociedade deverá colaborar na promoção e incentivo da educação, sendo esta direito de todos e dever do Estado e da família, visando à preparação da pessoa para o exercício da cidadania, dentre outros objetivos². Explicitou os princípios norteadores da educação, dentre eles, a coexistência entre instituições públicas e privadas e a garantia do padrão de qualidade.

Almejando promover e garantir os valores democráticos, a equidade, o desenvolvimento social no aspecto humano, ético, econômico e cultural, a Constituição

² Art. 205 da CF/88: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

determinou ainda a obediência ao Princípio de Indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

No artigo 225 garantiu a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconhecendo-o como bem de uso comum do povo e essencial à qualidade sadia de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as gerações futuras e presentes, alcmando-o assim, à condição de direito fundamental. Nessa esteira, conceituou, estabeleceu objetivos, princípios, direitos, deveres e instrumentos, residindo no dispositivo o núcleo principal da proteção ao meio ambiente na norma fundamental de 1988³.

O reconhecimento do caráter humanista do direito ambiental, em razão de salvaguardar em um só tempo, a pessoa humana e o meio ambiente em que vive, e considerando que todos habitam um só planeta, assim como em face da preocupação com sua preservação e coexistência com o desenvolvimento, possibilitou a edição de tratados, convenções e acordos internacionais ao longo do tempo, visando alcançar a almejada sustentabilidade.

Nesse sentido, em 2015 a Organização das Nações Unidas estruturou agenda global de desenvolvimento sustentável composta por 17 (dezessete) objetivos, os ODS, e 169 metas, que compõe a chamada Agenda 2030 da ONU. Visam incluir em ação conjunta, os estados membros, a sociedade civil e outros grupos, a fim de trabalharem em união por 15 anos, buscando atender as necessidades atuais para o crescimento econômico sem desmerecer o meio ambiente.

Os ODS's partiram do maior desafio global que é a erradicação da pobreza extrema em todas as suas formas, em que a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como medular para o desenvolvimento sustentável. Além desse preceito abrangente, os objetivos englobam diversas temáticas como segurança alimentar e agricultura, saúde, educação, dentre outras⁴.

³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – BRASIL [ONUBR]. *Documentos temáticos: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 1,2, 3, 5, 9, 14*. Brasília: 2017. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/documentos-tematicos--ods-1--2--3--5--9--14.html>. Acesso em: 14 jun. 2018.

Desta feita, neste artigo objetiva-se analisar o Projeto intitulado “Praia linda, Praia limpa” como uma contribuição da Universidade de Fortaleza ao Objetivo 14 de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, Meta 14.1. Referida iniciativa visa executar a partir da educação ambiental, a limpeza das praias e mares de Fortaleza, envolvendo a comunidade acadêmica em ações que incluem a conscientização da população local acerca da necessidade de preservação do ecossistema marinho e costeiro, agregada à responsabilidade social a partir da geração de renda alcançada pela reciclagem dos resíduos sólidos recolhidos.

Justifica-se a temática na relevância do direito social à educação, aliado a proteção do meio ambiente para o bem estar de todos os povos, e aos parâmetros de desenvolvimento sustentável traçados como metas pela Agenda 2030 da ONU. Funda-se ainda no debate acerca da iniciativa da Universidade de Fortaleza em capitanear projeto de educação ambiental de limpeza dos mares e praias locais bem como para o reconhecimento na condição de boas práticas a serem espelhadas por outras instituições de ensino e sociedade civil.

Desta forma, diante do mandamento constitucional do direito à educação como direito social e a proteção do meio ambiente aliados à premente necessidade de execução de projetos e ações que atendam aos ODS, busca-se responder ao questionamento: em que medida o Projeto de educação ambiental “Praia linda, Praia limpa” da Universidade de Fortaleza pode ser considerado uma ação que contribui para o Objetivo 14 de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU?

Para o alcance do objetivo e elaboração desse artigo utilizou-se o levantamento de pesquisa bibliográfica, empírica e documental, utilizando-se a vertente da pesquisa e propositiva, com abrangência qualitativa e de natureza teórica empírica.

2 Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas

Originariamente, questões políticas, econômicas e sociais compõe a Carta das Nações Unidas desde sua concepção. Ao longo de sua história outras temáticas decorrentes dos corolários humanos e sua própria evolução foram agregadas ao escopo de atuação da ONU, tais como a cooperação para o desenvolvimento sustentável, o tema do meio ambiente e outros que perpassam por aspectos econômicos e sociais.

A fim de empreender esforços no sentido de atingir os objetivos propostos pela comunidade internacional, sob o enfoque da constante busca pela paz, foram

organizadas agendas resultantes de conferências e encontros de líderes, nas quais o tema do desenvolvimento sustentável foi inserido paulatinamente, agregado à proteção do meio ambiente.

A partir da movimentação global acerca da necessidade de proteger o meio ambiente, foi instituída a Agenda 2030. Referida pauta resultou de discussões travadas na Conferência Rio+20 ocorrida em 2012 na cidade do Rio de Janeiro, em que foi firmado documento intitulado “O Futuro que Queremos”, entabulando processo para estabelecer um conjunto de metas de desenvolvimento sustentável.

Com base nesse alicerce foi aprovado em 2015, o documento “Transformando Nossa Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” consubstanciado em Declaração com 17 Objetivos e 169 metas, e os meios de implementação e mecanismos de avaliação e acompanhamento, a fim de verificar a eficácia das ações para o cumprimento das metas nos próximos quinze anos.

A consolidação dos direitos humanos constitui seu mais ambicioso propósito, na medida em que há a compreensão que o direito ambiental está incluso na concepção daqueles, no que Prieur aduz como sendo “o mais intangível dos direitos humanos: o direito à vida”, como sendo um “direito de sobrevivência em face das ameaças que pesam sobre o Planeta, pelas degradações múltiplas do meio onde estão os seres vivos”⁵.

Consoante assevera Sarlet⁶ a Declaração de Estocolmo é o primeiro diploma a conferir caráter humano e de direito fundamental ao direito à proteção e promoção ao meio ambiente, assim como o primeiro a associá-lo diretamente com a proteção da vida humana e da dignidade⁷.

Por conseguinte, o intuito da Agenda alcança os princípios da Carta das Nações Unidas, privilegiando o respeito ao direito internacional, sob os auspícios da

⁵ PRIEUR, Michel. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA). Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e legislação ambiental comentadas*/Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Affonso Leme Machado, Tiago Fensterseifer.—São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em:<<https://integrada.minhabiloteca.com.br/#/books/9788502626492/cfi/39!/4/4@0.00:48.4>>. Acesso em 15 jun. 2019.

⁷ O Princípio 1 da Declaração de Estocolmo (1972) dispõe: O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Reafirma todos os demais pactos e conferências que anteriormente trataram da questão do desenvolvimento sustentável, em um movimento universal de comunhão de todos para todos.

A partir da descrição dos Objetivos da Agenda 2030 verifica-se quão ousados os são, atributo que lhes imprimem caráter transformador e ao mesmo tempo em que possibilitam esbarrar em entraves sociais, econômicos, culturais e políticos que dificultem ou impeçam a sua concretização.

Todavia, a fim de alcançar as metas e Objetivos propostos foram instituídos mecanismos de implementação, acompanhamento e controle das ações, por reconhecerem o seu grau de complexidade e repercussão. A primeira estratégia refere-se a uma nova parceria global que deverá ser assumida por todos, envolvendo, países, governos, sociedade civil, instituições públicas e privadas, membros das Nações Unidas.

A realização dos Objetivos e Metas requer envolvimento, esforços de natureza humana, tecnológico, político, e, principalmente financeiro. Nesse sentido, a Agenda 2030 atribui aos países e demais instituições participantes o papel de catalisar recursos públicos, privados e de outras fontes de financiamento para a execução das ações, sendo esse o seu ponto crucial seja em face do nível de disponibilidade dos países na repartição de receitas, seja em razão de suas capacidades ou mesmo do interesse em compartilhar.

Da análise do espírito, fundamentos, Objetivos e metas da Agenda 2030, cabe ponderar que apesar de todo o esforço das Nações Unidas em organizar plano arrojado de desenvolvimento sustentável, a fim de resguardar as futuras gerações da pobreza extrema, garantindo-lhe um meio ambiente saudável e a paz universal, há que reconhecer o seu caráter não vinculante e a não compulsoriedade dos processos de controle, acompanhamento e avaliação.

2.1 O Objetivo 14 da Agenda 2030

Os Objetivos alcançam 17 aspectos de desenvolvimento sustentável sob a perspectiva econômica, social e ambiental, que ao longo de quinze anos almejam ser atingidos em um esforço global de todos para todos. Nesse sentido, no escopo do meio ambiente, uma das áreas mencionadas é a vida na água, onde trata da conservação e o uso sustentável dos oceanos, mares e recursos marinhos, com metas que envolvem a

poluição marinha, integração dos ecossistemas marinhos e costeiros e a gestão sustentável da pesca e da aquicultura.

Para os fins traçados nesse debate destaca-se especificamente, a meta 14.⁸, por referir-se ao âmbito de atuação do Projeto de extensão “Praia linda, Praia limpa” da Universidade de Fortaleza, cujo propósito é prevenir a partir da educação ambiental, e reduzir mediante ações de limpeza empreendidas pela comunidade acadêmica, a poluição marinha oriunda de atividades terrestres, privilegiando também o impacto social do projeto, na medida em que os resíduos recolhidos são destinados às instituições sociais que atuam com reciclagem.

Considerável parte do planeta terra é coberta de água, o que atribui aos oceanos e seus recursos, papel indispensável para a vida humana e atividades decorrentes de sua utilização.

Todavia, as consequências danosas da atuação humana sobre os recursos naturais marinhos e costeiros em todo o planeta têm gerado preocupação em especialistas, visto que a degradação ambiental, a má utilização e excessiva poluição das águas, são fatores que põem em risco a integridade e a sustentabilidade do meio ambiente marinho.

No Brasil, a Constituição de 1988, considerou no §4º do art. 225, a zona costeira como patrimônio nacional por inseri-la como parte do território brasileiro, atribuindo ao Poder Público à regulamentação para o seu uso e dos recursos naturais que a compõem, em condições que assegurem a proteção do meio ambiente.

Na esteira de outros países, a norma constitucional brasileira alçou a proteção ao meio ambiente equilibrado e a gestão dos recursos ambientais a preceito fundamental, conforme Herman Benjamin, “Além de ditar o que o Estado não deve fazer (= dever negativo) ou o que lhe cabe empreender (= dever positivo), a norma constitucional estende seus tentáculos a todos os cidadãos, parceiros do pacto democrático, convencida de que só assim chegará à sustentabilidade⁹. ”

⁸ Objetivo 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável 14.1 Até 2025, prevenir e reduzir significativamente a poluição marinha de todos os tipos, especialmente a advinda de atividades terrestres, incluindo detritos marinhos e a poluição por nutrientes.

⁹ BENJAMIN, Antônio Herman et al. *O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Sobre a proteção ao meio ambiente na Constituição Federal de 1988 e o seu *status* de norma fundamental, assevera Ingo Sarlet¹⁰:

A consagração do objetivo e dos deveres de proteção ambiental a cargo do Estado brasileiro (em relação a todos os entes federativos) e, sobretudo, a atribuição do status jurídico-constitucional de direito fundamental ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado colocam os valores ecológicos no “coração” do nosso sistema jurídico, influenciando todos os ramos jurídicos, inclusive a ponto de limitar outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais.

O avanço ético-jurídico encabeçado pela norma constitucional no âmbito da proteção ao meio ambiente é inegável, resultou de ampla movimentação pretérita, em que a natureza foi reconhecida como base estrutural da vida no planeta terra. Entretanto, o maior desafio não é constatar a organização formal da Constituição, mas aplicá-la, tornar exequíveis os preceitos, a fim de não redundar em mera retórica.

Desta feita, no contexto do Objetivo 14, a Agenda 2030 estabeleceu sete metas que tratam de alguns temas já até mencionados em outros diplomas internacionais, e outros não disciplinados, mas que ainda carecem de efetivação, embora sejam de extrema urgência em face da relação com a vida na água.

A primeira meta 14.1, objeto desse estudo, diz respeito à poluição causada por detritos marinhos, conceituados como resíduos sólidos, o que inclui embalagens e utensílios de plástico, redes de pesca, dentre outros itens que foram perdidos, descartados ou que estão no mar pela ação dos ventos e rios.

Em relatório apresentado pelo World Economic Forum, capitaneado pela Ellen MacArthur Foundation, são apontados dados relevantes em relação à quantidade de detritos sólidos no mar, e, especificamente quanto ao plástico¹¹:

A melhor pesquisa atualmente disponível estima que existam mais de 150 milhões de toneladas de plásticos no oceano hoje. Em um cenário de business as usual, espera-se que o oceano contenha 1 tonelada de plástico para cada 3 toneladas de peixe até 2025, e em 2050, mais plásticos que peixes (em peso)¹². (Tradução nossa)

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e legislação ambiental comentadas*/Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Affonso Leme Machado, Tiago Fensterseifer.—São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626492/cfi/39!/4/4@0.00:48.4>>. Acesso em 15 jun. 2019.

¹¹ WORLD ECONOMIC FORUM. *The New Plastics Economy: Rethinking the future of plastics*. Ellen MacArthur Foundation, jan. 2016. Disponível em:<http://www3.weforum.org/docs/WEF_The_New_Plastics_Economy.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

¹² The best research currently available estimates that there are over 150 million tonnes of plastics in the ocean today. In a business-as-usual scenario, the ocean is expected to contain 1 tonne of plastic for every

Quanto aos princípios da sustentabilidade, caberá às instituições, notadamente Estados, empresas, universidades e as comunidades locais desenvolver ações e fomentar valores de matriz econômica que reverberem ganhos de natureza social e ambiental. Gerir os recursos naturais exige visão inovadora, para a construção de um futuro coletivo mais inclusivo¹³.

A realidade atual da poluição marinha no Brasil e no mundo é grave e urge de medidas emergenciais. As Nações Unidas encabeçaram a Agenda 2030 e trataram a problemática com a devida atenção, estipulando objetivos e metas pertinentes aos problemas já vivenciados. No entanto, caberá aos países membros, sociedade civil, instituições e todos os seres humanos, iniciativas a fim de eliminar a poluição e garantir a existência e sustentabilidade dos oceanos e mares.

3 O Projeto “Praia linda, Praia limpa” da Universidade de Fortaleza

Em 2018 a Universidade de Fortaleza, atenta a sua missão socioambiental e educacional, idealizou e realizou a primeira edição do projeto extensionista de educação ambiental intitulado “Praia linda, Praia limpa”. No intuito de despertar na comunidade acadêmica a consciência para a preservação dos mares, estruturou atividades de limpeza das praias do litoral de Fortaleza, em que os alunos ingressantes de todos os cursos foram convidados a participar, sob a orientação do Professor de Engenharia Ambiental e Sanitária, e apoio de técnicos da Prefeitura de Fortaleza e agentes da polícia militar¹⁴.

As ações do projeto foram programadas com o objetivo de minimizar a poluição das praias locais, fomentando a coleta de resíduos sólidos recicláveis, como garrafas, sacos, copos de plástico, latinhas de cerveja e de refrigerante, dentre outros, além da conscientização dos frequentadores das praias, comerciantes e ambulantes, quanto ao descarte correto de materiais reaproveitáveis.

Os alunos foram previamente orientados em palestra acerca das atividades, organização das equipes para os locais de atuação, procedimentos de segurança no

¹³ tonnes of fish by 2025, and by 2050, more plastics than fish (by weight). (WORLD ECONOMIC FORUM, 2016, p. 7).

¹³ POMPEU, Gina Vidal Marcílio; BERNARDO, Rosangela Sousa. *Desenvolvimento humano e a gestão das águas: análise do fortalecimento das cadeias de valor*. Peru: 2017.

¹⁴ Universidade de Fortaleza, UNIFOR. Projeto “Praia Linda, Praia Limpa”. Disponível em: <<https://www.unifor.br/-/projeto-da-fundacao-edson-queiroz-recolhe-351-50-quilos-de-residuos-do-litoral-de-fortaleza?inheritRedirect=true&redirect=https%3A%2F%2F>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

recolhimento do lixo e armazenamento adequado do material coletado, a ser posteriormente encaminhado para reciclagem.

Na primeira edição foram escolhidas as praias da **Barra do Ceará, Praia de Iracema, Praia do Futuro e Praia da Sabiaguaba**, totalizando 351,50 quilos de resíduos sólidos. O material recolhido foi destinado à instituição **Sociedade Comunitária de Reciclagem de Lixo do Pirambu**, que recebeu o coletado nas Praias de Iracema e Barra do Ceará. A **Associação dos Catadores do Jangurusu recebeu** resíduos coletados nas Praias do Futuro e Sabiaguaba¹⁵.

A segunda edição da iniciativa ocorreu no semestre seguinte (2019.1) alcançando êxito nos seus objetivos, que focavam na limpeza das águas e das praias do litoral de Fortaleza. Da mesma forma, foram recolhidos resíduos sólidos dos mais variados tipos, em sua maioria de material plástico.

O Projeto da Universidade de Fortaleza atende ao determinado na Constituição Federal de 1988 quando tratou do meio ambiente e inseriu no § 1º inciso VI do art. 225, a obrigatoriedade em promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e promover a conscientização pública para a preservação do meio ambiente, como uma das medidas a assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁶.

Referido preceito, conjugado com o também mandamento constitucional constante do art. 205, em que a educação é conceituada como “direito de todos e dever do Estado e da família”, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, refletem a parcela de responsabilidade que a família e a sociedade possuem no processo educativo, em compartilhamento com dever do poder público acerca do direito e promoção da educação.

¹⁵ Universidade de Fortaleza, UNIFOR. *Projeto “Praia Linda, Praia Limpa”*. Disponível em: <<https://www.unifor.br/-/projeto-da-fundacao-edson-queiroz-recolhe-351-50-quilos-de-residuos-do-litoral-de-fortaleza?inheritRedirect=true&redirect=https%3A%2F%2F>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

¹⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do provo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: VI – Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Anteriormente à norma fundamental, a Lei da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei nº 9.795/99) no seu art.1º já delimitava: “Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente [...]”.

Ressalte-se a importância do papel da educação ambiental como direito social, na contemporaneidade, visto os desafios de pensar e atuar em torno de práticas interdisciplinares, que respeite a identidade local, mobilização e participação, sem perder de vista o conceito de sustentabilidade.

A partir do amparo constitucional e legal verifica-se a adequação do Projeto “Praia linda, Praia limpa”, capitaneado pela Universidade de Fortaleza, como ação relevante de educação ambiental no âmbito do Estado do Ceará, em face da sua dimensão transformadora proporcionada pela relação dialógica entre a sociedade e a universidade, a partir da sua perspectiva interdisciplinar.

Constata-se ainda a própria essência da universidade como “escola superior” em sentido extenso, como preceitua Josep Pieper, quando assevera que esta é o lugar de formação do que é humano e que nesta medida possibilitará o confronto do homem com o todo real¹⁷.

Além da identificação com os propósitos da política de educação ambiental, verifica-se que o Projeto da Universidade de Fortaleza, converge à meta 14.1 do Objetivo 14 da Agenda 2030, por caracterizar-se como atuação da universidade em prol de reduzir a poluição marinha causada por resíduos sólidos, visto que apesar da Agenda ter essência global, suas metas dialogam com as ações e políticas de âmbito nacional, regional e local.

Umas das proposições de internalização da Agenda 2030 pelo Brasil foi o engajamento das organizações da sociedade civil, do setor privado e da academia, uma vez que o seu cumprimento exitoso resulta de ação conjunta, em que todos deverão envolver-se. Nesse sentido a atuação das universidades, sejam públicas ou privadas, são de fundamental importância, pois a partir de ações integradas de educação socioambiental, estimulam mudanças que favorecem transformações

¹⁷ LAUAND, Luiz Jean. *O que é uma universidade. Introdução à filosofia da educação de Josef Pieper*. São Paulo: Perspectiva: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.

consideráveis nas suas regiões e paulatinamente concretizam a Agenda Global.

Assim, não obstante seja reconhecida a identificação do Projeto “Praia linda, Praia limpa” da Universidade de Fortaleza como ação local, originária da academia, que contribui para a implementação da meta 14.1 do ODS 14, como ações integradas de educação em meio ambiente para a sustentabilidade, constata-se a necessidade de avanços nas suas estratégias a fim de alcançar maiores proporções.

Especificamente, propõe-se o envolvimento de número maior de pessoas, realização de parcerias com instituições afins e escolas de ensino fundamental e médio para ações de conscientização de crianças e jovens; maior alcance da área de litoral para a execução das atividades; manutenção de fluxo rotineiro das ações e estruturação de um comitê permanente com representação docente e discente a fim de coordenar e promover o engajamento da comunidade acadêmica.

Outros aspectos que podem ser agregados ao Projeto direcionam para a dimensão intelectual, como a elaboração de cartilhas e realização de palestras para a comunidade acadêmica e não acadêmica, cujo intuito seja apresentar dados e imagens que mostrem a realidade da poluição e promovam a conscientização para a coleta seletiva e consumo consciente, com o descarte adequado dos resíduos, a fim de evitar que este material chegue aos mares. Nesse sentido, caberia informar e educar as pessoas e promover valores institucionais para o consumo responsável fundado na sustentabilidade¹⁸.

Ressalte-se que a condução das iniciativas propostas deva ser dos alunos com a orientação de professor, o que será possível de modo abrangente na medida em que essas atividades sejam inseridas como projetos de ensino, pesquisa ou extensão em diversos cursos de graduação¹⁹.

¹⁸ POMPEU, Gina Vidal Marcílio; BERNARDO, Rosangela Sousa. *Desenvolvimento humano e a gestão das águas: análise do fortalecimento das cadeias de valor*. Peru: 2017.

¹⁹ A Resolução nº 7 de 18 de dezembro de 2018 do Conselho Nacional de Educação referiu-se ao Princípio da indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão, estatuído na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 207, com o fito de ressaltar a importância da extensão na trajetória acadêmica do aluno, e, consequentemente, atribui ao mesmo um novo perfil profissional, em que se espera ter ainda na Universidade ter transformado socialmente o meio em que atuou. Art. 3º da Resolução define

Na dimensão social indica-se a abrangência do rol de instituições beneficiadas com o descarte dos resíduos, a capacitação de pessoas na técnica de reciclagem, como também a designação do lixo para catadores não associados, aproximação da academia com pescadores locais a fim de esclarecer os acerca da importância do não descarte de materiais de pesca no mar e as consequências disto.

Por fim, com os avanços nas estratégias do projeto, cabe propor que este seja amplamente divulgado em meios de comunicação e inserido em formulário eletrônico disponibilizado na plataforma ONU Brasil, na condição de iniciativas desenvolvidas pela sociedade civil que visam estimular pequenos hábitos individuais, a fim de possibilitar o intercâmbio de boas práticas para que seja ampliado ou replicado por outros interessados.

Considerações finais

A Organização das Nações Unidas estruturou em 2015 um plano de ação global de desenvolvimento sustentável composto por 17 objetivos, e 169 metas, intitulado Agenda 2030, cuja missão principal é a erradicação da pobreza extrema em todas as suas formas, sendo esse o principal desafio para alcançar o almejado desenvolvimento sustentável, buscando ainda fortalecer a paz universal com mais liberdade para todos.

Sob o preceito da consolidação dos direitos humanos, os ODS's e suas metas visam alcançar áreas cruciais a partir da implementação de ações para as pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria, sob a perspectiva das dimensões ambiental, social e econômica, de forma equilibrada.

Nesse desiderato, considerando o caráter humano do direito ambiental, a necessidade de combater a degradação do planeta e o uso sustentável para as gerações atuais e futuras, a Agenda 2030 e seus os ODS's foram construídos a partir de ampla

Extensão da Educação Superior Brasileira como sendo a atividade que se integra à matriz curricular e à organização da pesquisa, constituindo-se em processo interdisciplinar político educacional, cultural, científico, tecnológico, que promove a interação transformadora entre as instituições de ensino superior e os outros setores da sociedade, por meio da produção e da aplicação do conhecimento, em articulação permanente com o ensino e a pesquisa.

consulta à sociedade civil e setores interessados em todo o mundo, abrangendo aspectos de caráter medular para a vida no planeta.

A Agenda 2030, além de estabelecer os Objetivos e metas, também se preocupou com os mecanismos de implementação, acompanhamento e controle das ações, em face do grau de complexidade e repercussão que estas acarretam, mas também com o firme propósito de alcançá-las no prazo.

Uma das preocupações das Nações Unidas na dimensão ambiental que se tornou ODS é a vida na água, onde cuida da conservação e uso sustentável dos oceanos, mares e recursos marinhos e costeiros e a gestão sustentável da pesca e da aquicultura, consolidado no Objetivo 14, tendo especificado na meta 14.1 a necessidade de prevenir e reduzir significativamente a poluição marinha de todos os tipos, especialmente a advinda de atividades terrestres.

No Brasil, os mares e área costeira ocupam parte considerável da extensão territorial do país, permitindo o desenvolvimento de atividades que geram subsistência e atividade lucrativa, como turismo, pesca, navegação, emprego e renda, além de servir de moradia, habitat de animais, recanto de vegetação nativa e possibilitar o bem estar das pessoas.

Assim, para o objetivo proposto neste artigo travou-se debate acerca de uma contribuição da Universidade de Fortaleza, o Projeto “Praia linda, Praia limpa”, na condição de ação de educação ambiental à meta 14.1 do ODS 14 da Agenda 2030, cujo propósito é prevenir a partir de iniciativas de limpeza e conscientização da comunidade local acerca dos efeitos do descarte de resíduos sólidos nos mares e praias da zona costeira de Fortaleza, com relevante impacto social, em face da destinação do lixo recolhido para instituições que o convertem em recursos financeiros às pessoas carentes.

O Projeto envolveu a comunidade acadêmica, promovendo a distribuição de equipes em praias da capital com o intuito de realizar limpeza e conscientização de frequentadores, comerciantes e pescadores acerca dos danos causados pelo descarte indevido e a sustentabilidade dos mares.

Ao final, constata-se a convergência do Projeto à meta 14.1 do ODS 14 da Agenda 2030, em face da natureza e objetivos das atividades e por enquadrar-se como ação advinda da academia em prol da redução da poluição marinha causada por resíduos

sólidos, conforme preceito estabelecido pelas Nações Unidas quando da estruturação da Agenda, por referir-se a ações e políticas de âmbito local com enfoque global.

A partir da identificação do Projeto “Praia linda, Praia limpa” da Universidade de Fortaleza com o ODS 14, são apresentadas proposições para maior abrangência das suas ações e estratégias a fim de atingir maior visibilidade no rol de boas práticas e ser replicada por outras esferas e instituições em todo o planeta.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman et al. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. **Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2015.

BRASIL. **Relatório Voluntário Brasil 2017**. Disponível em: <http://www.secretariadegoverno.gov.br/snasc/documentos/relatoriovoluntario_brasil2017port.pdf>. Acesso em 17 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução nº 7, de 18 de dezembro de 2018**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/dominio-publico/30000-uncategorised/62611-resolucoes-cne-ces-2018>>. Acesso em 17 mar. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. P.468-469.

FENSTERSEIFER, Tiago, SARLET, Ingo Wolfrang. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 p. 211.

FIGUEREDO, Mauro. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e a Conservação Marinha no Brasil: a Contribuição do Direito Ambiental**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2016.

LAUAND, Luiz Jean. **O que é uma universidade. Introdução à filosofia da educação de Josef Pieper**. São Paulo: Perspectiva: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Dennis. **Extensão como Dimensão Singular da Construção do Conhecimento**. Revista Cultura e Extensão USP, São Paulo, n.16, p. 39-51, nov. 2016. Disponível em: www.revistas.usp.br/rce/issue/viewIssue/9657/909

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – BRASIL [ONUBR]. **Documentos temáticos: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 1,2, 3, 5, 9, 14.** Brasília: 2017. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/documentos-tematicos--ods-1--2--3--5--9--14.html>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; BERNARDO, Rosangela Sousa. **Desenvolvimento humano e a gestão das águas: análise do fortalecimento das cadeias de valor.** Peru: 2017.

PRIEUR, Michel. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental.** In: BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA). Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. In: Revista Lua Nov, v.39, p. 108, 1997/1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e legislação ambiental comentadas**/Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Affonso Leme Machado, Tiago Fensterseifer.–São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626492/cfi/39!/4/4@0.00:48.4>>. Acesso em 15 jun. 2019.

Universidade de Fortaleza, UNIFOR. **Projeto “Praia Linda, Praia Limpa”.** Disponível em: <<https://www.unifor.br/-/projeto-da-fundacao-edson-queiroz-recolhe-351-50-quilos-de-residuos-do-litoral-de-fortaleza?inheritRedirect=true&redirect=https%3A%2F%>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The New Plastics Economy: Rethinking the future of plastics.** Ellen MacArthur Foundation, jan. 2016. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_The_New_Plastics_Economy.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

28. DESENVOLVIMENTO E A SUSTENTABILIDADE URBANA NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO: ESTUDO COMPARADO FORTALEZA (BRASIL) E MEDELLÍN (COLÔMBIA)¹

URBAN DEVELOPMENT AND SUSTAINABILITY IN THE LATIN-AMERICAN CONTEXT: COMPARED STUDY BETWEEN FORTALEZA (BRAZIL) AND MEDELLIN (COLOMBIA)



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-28>

Pedro Cesar da Rocha Neto²

Resumo

O estudo propõe-se a analisar o paradigma vivenciado, notadamente na América Latina, destinado à promoção do desenvolvimento humano alinhado à sustentabilidade no ambiente urbano. Para tanto, a pesquisa delimitou-se às realidades das cidades de Fortaleza (Brasil) e Medellín (Colômbia), no período de 1988 a 2019. A investigação justifica-se a partir dos dados científicos que apontam para o aumento populacional desordenado nas urbes em todo planeta, haja vista o movimento migracional campo-cidade pós-revolução industrial e intensificado no final do século XIX. Com efeito, o crescimento da densidade demográfica fora do planejamento urbano ocasiona diversas mazelas sociais, em especial, a desigualdade social e a degradação ambiental. Assim, alinhar a necessária criação de um ambiente de desenvolvimento que atenda aos padrões científicos de sustentabilidade demonstra-se como vigoroso desafio aos decisores urbanos e a todos os atores que permeiam a *polis*. A metodologia envolve pesquisa interdisciplinar com orientação epistemológica na teoria crítica, congrega teoria e práxis e articula Direito, Sociologia, Urbanismo e Economia. O texto adota os raciocínios indutivo e dedutivo, em pesquisa qualitativa, documental, estatística e bibliográfica. Constatata-se que as cidades têm o planejamento urbano como mecanismo capaz de construir uma ambiência que

¹ Este artigo científico é o resultado das pesquisas desenvolvidas no âmbito da cátedra de Direito Constitucional Comparado Latino-Americano.

² Doutorando em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD-Unifor), Fortaleza-CE. Mestrado em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (2017). E-mail: rochaneto.pedro@gmail.com

coaduna os anseios de desenvolvimento, bem como garanta a sustentabilidade, ainda, poder-se-á oportunizar o bem-estar urbano e o patamar mínimo civilizatório para todos os cidadãos.

Palavras-chave: Direito Urbanístico constitucional. Direito comparado latino-americano. Desenvolvimento urbano. Sustentabilidade local. Planejamento urbano estratégico.

Abstract

This study aims to analyze the experienced paradigm, notably in Latin America, destined to the promotion of human development aligned to the urban environment's sustainability. For this purpose, the research was limited to the realities of the cities of Fortaleza (Brazil) and Medellin (Colombia) during the period from 1988 to 2019. The investigation is justified from scientific data that indicate a disorderly populational increase in cities from all over the planet, given the countryside-city immigrational movement after the industrial revolution and intensified at the end of the 21st century. Therefore, the demographic density growth outside the urban planning causes diverse social problems, especially social inequality and environmental destruction. Thus, to align the necessary creation of a development environment has been proven to a vigorous challenge to the urban deciders and to every actor that permeates the polis. The methodology involves interdisciplinary research with epistemological guidance in the critical theory, congregates theory and praxis, and articulates Law, Sociology, Urbanism and Economy. The text adopts inductive and deductive reasoning, in qualitative, documental, statistical and bibliographical research. It was verified that cities have urban planning as a mechanism capable of building an ambiance that corresponds to the development expectations, as well as that ensures sustainability, and also, it will be possible to favor the urban well-being and the minimum civilizing level for all the city people.

Keywords: Constitutional Urbanistic Law. Latin-American compared law. Urban development. Local sustainability. Strategic urban planning.

Introdução

Os decisores urbanos estão diante do crescimento das cidades e esse aumento

da disputa pelo solo urbano traz consigo mazelas sociais de difícil, ou pelo menos lenta resolução. A mudança dos padrões de apropriação da urbe passou ao patamar de destaque na agenda da governança em todas as esferas de governo – local e internacional. Assim, a conjugação de forças e ações ultrapassa as fronteiras com escopo de gerar sustentabilidade local que viabilize qualidade de vida aos cidadinos.

Dessa maneira, urge destacar que as cidades, notadamente na América Latina, convivem com a realidade dos desafios da migração rural-urbano, ou ainda, urbano-urbano, nos casos de refugiados ou aqueles que migram de cidades menores para os grandes centros urbanos. Contudo, a mitigação, ou resolução, requer ações de curto, médio e longo prazo, bem como divisas financeiras. Vale lembrar que os países da América Latina, em especial o Brasil e a Colômbia, vivenciaram nas décadas de 70 e 80 uma mudança no ordenamento máximo dos seus respectivos Estados. Esses países convivem com a maximização do texto constitucional e a carga axiológica empregada no corpo de conteúdo fundamental. Dessa forma, os cidadãos colombianos e brasileiros incorporaram garantias e direitos fundamentais, agora tutelados em seu mais alto nível – a Constituição. De maneira *sui generis*, tanto Brasil quanto Colômbia consignaram a necessidade de garantir uma função social à cidade sustentável, para essa e para as futuras gerações, como mister basilar aos decisores urbanos.

Para tanto, a doutrina especializada traz o planejamento urbano como mecanismo de efetivação e construção – a “muitas mãos” – e a fiscalização – a “muitos olhos” – de uma cidade mais justa, equânime e resiliente. Os diversos atores que vivem as cidades devem ser envolvidos a participar do processo de reconstrução ou reforma da urbe. Diante da colaboração e incremento da cidadania, o bem-estar urbano goza de esteio de sustentabilidade.

O presente artigo justifica-se a partir dos dados nas pesquisas recentes da Organização das Nações Unidas (ONU) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que apontam para a migração constante do rural para o urbano e asseveram que as cidades não dispõem de mecanismos para opor ou mitigar os efeitos do crescimento urbano, bem como não detêm meios, na ordem necessária, para adimplir com a função social da cidade e a salvaguarda ao bem-estar urbano para os cidadinos.

Para tanto, a primeira parte deste estudo aborda a consagração constitucional do direito urbanístico na América Latina, enfatizando, sobretudo, os casos brasileiro e

colombiano. Na segunda parte, apresenta-se e discute-se o planejamento urbano como mecanismo jurídico-político para efetivação dos preceitos esculpidos na Agenda 2030, a partir da vivência das cidades de Fortaleza (Brasil) e Medellín (Colômbia).

Ressalte-se, por fim, que neste trabalho realiza-se pesquisa com abordagem metodológica interdisciplinar com orientação epistemológica na teoria crítica, bem como congrega teoria e práxis e articula os conhecimentos culturais e científicos existentes sobre a temática do Direito Constitucional brasileiro e colombiano, Direito Urbanístico, Sociologia, Economia e matérias correlatas. O texto adota os raciocínios indutivo e dedutivo, em pesquisa qualitativa, com as técnicas de análise documental, estatísticas e de revisão bibliográfica.

1 A garantia ao desenvolvimento sustentável e o direito urbanístico constitucional na América Latina: visão comparada Brasil – Colômbia

A vida nas cidades passou por mudanças significativas após a Revolução Industrial. A forma de apropriação desordenada da urbe fez nascer a necessidade de repensar, reordenar e reestruturar os espaços urbanos para atender à preeminência de garantir um desenvolvimento sustentável consubstanciado ao bem-estar urbano a todos os cidadãos. Com isso, ocorreu uma mudança no paradigma jurídico, que se intensificou no século XX, após a Segunda Grande Guerra, em especial, após a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, Constituição Alemã, em que os valores mais caros à sociedade foram impregnados nos textos constitucionais, o denominado neoconstitucionalismo.

Sabe-se que a conjugação entre o constitucionalismo e a garantia do processo democrático fez eclodir o Estado Democrático de Direito, em que a dignidade da pessoa humana detém a característica de “alma mater” para todo corpo constitucional, ou melhor, todo ordenamento jurídico. Por força dessas características, os direitos e garantias incorporados na Constituição gozam da normatividade jurídica, da efetividade máxima, bem como de caráter vinculativo de seus ditames e preceitos³. Vale lembrar, que Elena Alvites⁴, ao analisar a relação dos direitos fundamentais

³ HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

⁴ ALVITES, Elena Alvites. **Descentralización y derechos sociales**. Reflexiones en torno a su realización. Pensamiento Constitucional, v. 16, n. 16, p. 31-53, 2012. p. 33.

sociais e a mudança paradigmática oportunizada no Estado social e democrático de direito, leciona que o novo modelo de Estado, que veio a substituir o Estado liberal, tem o condão de superar o formalismo e a desigualdade, bem como os abusos vivenciados nos regimes totalitários.

Esse neoconstitucionalismo chega ao território latino-americano plasmado na valoração de preceitos de cunho regional, que partem da formação do povo, das raízes e das cicatrizes deixadas ao longo do processo evolutivo das sociedades que compõem a América Latina. Dito isso, afirma-se que o neoconstitucionalismo irradia as bases axiológicas nos demais diplomas do ordenamento jurídico, assim, a conviver-se com a Constitucionalização do Direito.

Tal fato contribuiu para a consolidação da ideia de que a cidade tem uma função social. De maneira concisa, tem-se que a cidade cumpre a função social quando consegue garantir aos seus municípios o mínimo necessário para dignificar e harmonizar a vida na urbe, consequentemente, o bem-estar social e urbano estará preservado. Com efeito, o processo de ocupação das cidades, sejam da Colômbia ou do Brasil, guardam similitudes, pois a premissa é a mesma – dever de coibir a autofagia das cidades – na qual os decisores urbanos tem o mister de prover o patamar mínimo civilizatório aos seus cidadãos. Como se observa, Gina Pompeu e Natércia Siqueira ao analisarem a relação entre globalização, economia e o Estado-Nação, fazem assentamento sobre a necessidade de garantir o patamar mínimo civilizatório, como premissa atual dos decisores políticos:

A vigília atual é para que o desenvolvimento econômico não se limite à especulação financeira e a concentração de renda não prospere sobre o término do Estado-Nação e de seu elemento essencial: a população. Não há de se falar em Estado democrático de direito sem democratização econômica, sem a formação de instituições e do próprio povo. Um patamar mínimo civilizatório de alcance aos direitos sociais é pedra angular, da qual nascem os outros direitos⁵.

Dessa forma, efetiva-se, então, o Direito à Cidade, que dentre outras premissas traduz-se na busca por garantir a participação e controle social das políticas públicas implementadas em solo urbano, notadamente, aquelas inerentes ao processo de

⁵ POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natercia Sampaio. **Democracia contemporânea e os critérios de justiça para o desenvolvimento socioeconômico**: Direito Constitucional nas relações econômicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 165.

planejamento urbano, haja vista que a sociedade tem o dever-poder de atuar diretamente na condução dos rumos das políticas públicas no âmbito local.

De outra parte, ao observar-se a literatura especializada, verifica-se que o arcabouço jurídico brasileiro e colombiano consagra o princípio da gestão democrática da cidade como fundamento da política urbana, haja vista a necessidade de oportunizar diversos modais de participação popular nas discussões e escolhas que permeiam os variados instrumentos de planejamento da *polis*. Da mesma forma, evidencia-se a necessidade de os decisores urbanos garantirem o controle social efetivo das políticas públicas, pois, assim e somente assim, estará assegurada a gestão democrática da cidade.

1.1 A garantia ao desenvolvimento sustentável e o direito urbanístico constitucional no contexto brasileiro

Para entender o processo de constitucionalização dos direitos intrínsecos ao que se denomina, nos tempos atuais, de Direito à Cidade, necessário se faz entender a chegada desses ventos em solo brasileiro. Com direta influência das Constituições Mexicana de 1917, de Weimar de 1919, bem como da Constituição Espanhola de 1931, foi promulgada uma das mais relevantes constituições brasileiras, a de 1934. Nela é possível identificar a forte conscientização pelos direitos sociais e ainda destacar a presença, mesmo que incipiente, do princípio da função social da propriedade. Neste momento, é inaugurada a concepção constitucional da propriedade, que passa a ter uma finalidade social e a prevalência do interesse público.

À luz da verdade, nos textos constitucionais que se seguiram – 1937, 1946, 1967 – o princípio fora consagrado, em maior ou menor intensidade. Flávio Villaça acertadamente afirmou que é possível dividir em três etapas distintas, as ações do Estado Brasileiro sobre o espaço urbano – primeira etapa (desde 1808 até 1930); segunda etapa (de 1930 até a década de 1990); e a terceira etapa (que se inicia na década de 1990 até os dias atuais).

Nesse sentido, assevera-se que foi na redemocratização do País, sob direta influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Constituição Italiana de 1948, da Lei Fundamental de Bonn de 1949, ainda contidos os preceitos do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, bem

como das Constituições Portuguesa e Espanhola, nos anos de 1976 e 1978, respectivamente, o Brasil inaugura o Estado Democrático de Direito, passando a garantir e tutelar os direitos fundamentais no seu mais alto grau e de aplicação imediata (§1º, art. 5º). Dentre esses direitos e garantias fundamentais, tem-se a função social da propriedade (art. 5, XXIII⁶) que toma o lugar de destaque, garantido como princípio de ordem econômica (art. 170, III). Especialmente, destaca-se que a função social da propriedade juntamente com a função social da cidade e garantia de bem-estar urbano são elencados como princípios fundamentais em matéria de política urbana (arts. 182 e 183). Evidencia-se, ainda, que a Constituição Política de 1988 – na qual estão presentes as características do neoconstitucionalismo – elevou ao patamar constitucional o Direito à Cidade, que, impregnado pelas bases axiológicas da Constituição Federal, toma patamar nunca visto no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, o Direito à Cidade passou a ter o seu regime fundamental alicerçado no texto constitucional, no qual os princípios da função social da cidade, o bem-estar urbano e o desenvolvimento sustentável elevam-se ao estágio de princípios constitucionais, com repercussão perante as relações públicas e privadas, e ainda, com a força da imperatividade das normas jurídicas constitucionais. No mesmo prisma, afirma-se que o direito fundamental ao meio ambiente saudável, esculpido no *caput* do art. 225 da Constituição Federal de 1988, traz ligação umbilical com o direito ao desenvolvimento sustentável e a função social da cidade, sendo dever do Estado promover a urbanização dentro dos padrões técnicos e científicos.

Nesse cenário, após treze anos da elevação ao grau constitucional do Direito à Cidade, o Congresso Nacional editou a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade (EC), que veio estabelecer diretrizes gerais de política urbana, com o objetivo de auxiliar na urbanização dos municípios. O Estatuto da Cidade emerge ao mundo jurídico brasileiro impregnado de carga axiológica, nesse tocante, a dissociação da questão urbana e as premissas ambientais não se mostram possíveis, haja vista a conceituação de cidade sustentável cunhada no art. 2º, inciso I⁷. Nesta senda, pode-se extrair do texto infraconstitucional que a garantia à cidade sustentável perpassa pela tutela da terra urbana, moradia digna, saneamento ambiental, infraestrutura urbana, transporte, trabalho, lazer, acesso aos serviços públicos, para esta e para as futuras

⁶

⁷ CABRAL, L. M. A. Operação urbana consorciada: questões a serem enfrentadas pelo Poder Público. **Revista Magister de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 12, p. 5-25, 2007. p. 9.

gerações⁸. Do referido Estatuto decorre o Plano Diretor – obrigatório para todos os municípios com mais de vinte mil habitantes – que visa promover a ordenação dos espaços habitáveis do município, bem como sistematizar o seu desenvolvimento físico, econômico e social, com vistas ao bem-estar da comunidade, além de ter a função de dispor sobre as vias, o zoneamento e os espaços verdes.

Oportunamente, ressalta-se que a efetividade do Direito à Cidade no Brasil guarda relação direta com efetiva participação e controle da sociedade nas políticas públicas desenvolvidas em solo citadino. Nota-se que o controle social relacionado ao desenvolvimento urbano se apresenta de variadas formas e instrumentos, mas todos têm sua ênfase após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Dito isso, pode-se afirmar a emergência aos decisores urbanos em trazer o cidadão a construir a cidade para todos, fazer da gestão pública uma gestão compartilhada e voltada à garantia da função social da cidade e capaz de tornar a *polis* mais justa, resiliente e harmônica.

1.2 A garantia ao desenvolvimento sustentável e o direito urbanístico constitucional no contexto colombiano

O arcabouço jurídico colombiano é permeado de nuances legislativas. A história constitucional da Colômbia inicia-se em 1810 e vai até a Constituição de 1991, essa última vigente e com muitas emendas. Porém, a Colômbia inaugura a forma de compreender a propriedade urbana, na amplitude social, contemporaneamente ao Brasil, especificamente em 22 de agosto de 1936, ao executar a Reforma Constitucional de 1936, na qual fora estabelecido o Acto Legislativo 1º de 1936. Essa reforma constitucional traz consigo o nascedouro do Estado Interventor na Colômbia⁹.

Esses sentimentos possibilitaram a inauguração do neoconstitucionalismo por parte do povo colombiano, o que se deu por meio da promulgação da Constituição Política de 1991. Nesse prisma, destaca-se a fundamentação do Estado Social de Direito, em que a República colombiana se apresenta como governo unitário,

⁸ BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 17 mai. 2019.

⁹ BOTERO, Sandra. La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia. **Anuario colombiano de historia social y de la cultura**, n. 33, p. 85-109, 2006. p. 86.

descentralizado, com autonomia sobre as entidades territoriais¹⁰. Afirma-se, ainda, no texto constitucional, que a Colômbia é uma democracia, participativa e pluralista, fundada no respeito e tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º). Com efeito, a promulgação da Constituição de 1991 representou a virada para a função social da propriedade, haja vista que a propriedade tem o caráter de função social, de interesse público e com objetivos ecológicos (art. 58¹¹). Paula Santoro afirma que:

A Constituição Colombiana de 1991, que veio reconhecer o município como o ente fundamental da divisão político-administrativa do Estado, marca o fim desse período e inicia uma etapa do planejamento colombiano que reflete a influência que o país sofreu nos anos 1980 no seu planejamento, principalmente dos espanhóis, japoneses e franceses (Montandon e Souza, 2007; Montandon, 2009; Garcia Bocanera, 2010). A Ley de Reforma Urbana (Ley 9 de 1989) e a legislação aprovada a partir da Constituição de 1991, a Ley Orgánica del Plan de Desarrollo e a Ley de Desarrollo Territorial (Ley 388 de 1997) marcarão esta nova etapa¹².

Com a Constituição de 1991 e todo o processo de descentralização territorial, os municípios passaram por mudanças institucionais – administrativa e fiscal – que impuseram à administração local a gestão dos custos do desenvolvimento da urbe. Contudo, esse rol de responsabilidades tem que caminhar ladeado por ferramentas jurídicas e políticas capazes de planejar e ordenar o território citadino, com o escopo de efetivar o Direito à Cidade¹³.

Uma lei promulgada em 1997 – Ley nº 388 – normatizou questões fundamentais no tocante ao Direito à Cidade, em especial no que diz respeito aos princípios norteadores. Essa legislação estabeleceu a previsão do princípio da função social e ambiental da propriedade, que encontra força constitucional e é inserido no rol dos objetivos gerais da Ley n.º 388, de 1997, bem como se encontra elencado nos princípios do ordenamento do território. Encontra guarida no texto da Lei Geral da Reforma Urbana Colombiana, o princípio da prevalência do interesse geral sobre o

¹⁰ MERCEDES MALDONADO, María. Revisitar las tensiones en el proceso de aplicación de la Ley n.º 388 de 1997. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, Belo Horizonte, v. 9, n. 54, nov. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70137>. Acesso em: 10 abr. 2019.

¹¹

¹² SANTORO, Paula Freire. O desafio de planejar e produzir expansão urbana com qualidade: a experiência colombiana dos planos parciais em Bogotá, Colômbia. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, v. 13, n. 1, p. 91, 2011. p. 94.

¹³ PINILLA PINEDA, Juan Felipe. Los avances del derecho urbano colombiano: reflexiones a partir de la experiencia reciente de Bogotá. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental FDUA**, Belo Horizonte, v. 9, n. 54, nov./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/70136>. Acesso em: 10 abr. 2019.

particular, no qual se evidencia nas linhas antecedentes que tal preceito já fora garantido nos textos constitucionais de 1886, 1934, e por fim na Constituição Política de 1991.

O princípio da função pública do urbanismo encontra previsão normativa na Ley n.º 388 de 1997, nos arts. 3º e 8º, assim, depreende desses dispositivos que a função regulatória – a imposição de alterações, limites e benefícios em matéria urbanística – é de competência do Poder Público. Essa afirmação não afasta a colaboração ativa entre os entes privados em ações de requalificação urbana¹⁴. Em apertada síntese, Mary Johana Hernández Araque trata da utilização conjunta dos princípios da função pública do urbanismo e da gestão democrática da cidade:

[...] es necesario anotar que aunque la participación hace parte de la función pública, lo privado también debe tomar la responsabilidad de intervenir la ciudad teniendo en cuenta las necesidades del ciudadano, respondiendo con sus transformaciones a dichas falencias a través de procesos de participación como escenarios y espacios para la expresión de ideales, iniciativas y propuestas¹⁵.

Como já foi mencionado, o Direito à Cidade alberga o princípio da gestão democrática da cidade, que encontra força normativa constitucional a partir do disposto no princípio da participação popular (preâmbulo, arts. 1º, 2º e 3º), bem como da participação como Direito (arts. 40, 48, 49, 68, 241, 242, 303 e 314), todos da Constituição Política de 1991.

Diante das premissas constitucionais e das disposições especiais sobre a matéria, acertadamente podemos indicar que o gestor público tem o dever de fomentar e garantir a plenitude da participação popular no planejamento, condução e fiscalização das políticas públicas de influência sob o tecido urbano. A participação direta nos planos parciais, formulação, revisão e modificação excepcional do Plano de Ordenamento Territorial e na conformação dos Conselhos Consultivos de Ordenamento, é condição *sine qua non*.

¹⁴ SANTORO, Paula Freire. O desafio de planejar e produzir expansão urbana com qualidade: a experiência colombiana dos planos parciais em Bogotá, Colômbia. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, v. 13, n. 1, p. 91, 2011.

¹⁵ HERNANDEZ-ARAQUE, Mary Johana. Urbanismo participativo. Construcción social del espacio urbano. **Revista de Arquitectura (Bogotá)**, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 6-17, abr. 2016. Disponível em: https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/RevArq/article/view/96. Acesso em: 9 mar. 2019. p. 11.

2 O planejamento urbano como mecanismo de efetivação do desenvolvimento e da sustentabilidade nas cidades: estudo comparado Fortaleza (Brasil) e Medellín (Colômbia).

Nos tópicos anteriores, evidenciou-se a emergência aos decisores urbanos para implementar o planejamento urbano, em especial, o planejamento urbano estratégico com escopo de antever e/ou mitigar as ações de degradação das cidades. As cidades na América Latina estão crescendo de forma predatória, onde a desordenação da ocupação do solo acarreta inúmeras mazelas urbanas: doenças contagiosas, violência urbana, degradação de mananciais hídricos, poluição visual, contaminação ambiental e muitas outras. De igual forma, pode-se afirmar que o binômio sociedade e espaço tem relação direta com o processo de dominação política e o aumento da segregação socioespacial, pois a escassez dos recursos urbanos e o aumento da população vivendo nas cidades leva à ampliação das pessoas em vulnerabilidade social, econômica e cultural. Nesse sentido, sobre a violação as necessidades básicas dos cidadãos, Ingo Sarlet afirma que:

a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade prestacional dos Estados, acaba contribuindo como elemento impulsor e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo) , como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações¹⁶.

À luz da verdade pode-se observar que as cidades por meio do processo de crescimento desordenado, e, às vezes, ordenado erroneamente, estimulou um espraiamento da ocupação e uma dependência do automóvel (visão norte-americana de urbanização), onde as pessoas passam a ocupar as franjas das cidades, mais distantes dos centros administrativos, assim, os serviços públicos essenciais não chegam na medida da necessidade da população – população menos favorecida. Dessa forma, o processo de distanciamento entre a urbe oficial e a urbe real agravava-se ainda mais, e assim, o fosso social tende a aumentar.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição:** Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, jul./set. 2003. p. 73.

Nesta linha de pensar, as legislações urbanísticas atinentes ao planejamento e ordenamento urbano têm um papel decisivo na construção de uma cidade mais justa, harmônica e resiliente. Os instrumentos urbanísticos têm a capacidade de estimular a ocupação (moradia e comercial) de áreas de vazio, espaços de desvalia, regiões com pouca oferta de serviços, e ainda, em *contrario sensu* as ferramentas de planejamento urbano detêm a competência para reprimir (seja com medidas onerárias, restritivas ou impeditivas) a ocupação da *polis* ao bel-prazer das forças econômicas dominantes, que veem no solo citadino um meio de fácil monetização e multiplicação de suas divisas financeiras.

Afirma-se que o planejamento urbano estratégico se apresenta como componente estrutural da eficácia do Direito à Cidade, em consonância com os pilares da solidariedade, da liberdade, da igualdade, da dignidade e da justiça social, bem como alicerçado na participação e no controle social, onde os decisores urbanos e a sociedade tem mister de orientar suas ações direcionadas à construção de um modelo sustentável de cidade. Conforme já salientamos, a preocupação com o futuro das cidades e das sociedades que as compõem está inserida na pauta permanente dos organismos internacionais e locais na busca em garantir uma cidade capaz de oportunizar uma vida melhor para esta e para as futuras gerações, dentro dos padrões técnicos e científicos.

Ressaltando a importância e preeminência do planejamento urbano estratégico para a realidade das cidades mundiais, em especial, Maria Teresa Craveiro afirmou que não há mais espaço para se pensar em planejamento sem a visão estrutural de longo prazo, e continua:

[...] a nova Carta de Atenas aprovada pelo Conselho Europeu de Urbanistas em Lisboa (2003) explicitou a urgência de integração das metodologias do Planejamento Estratégico para uma maior eficácia do planejamento urbanístico comprometido com a sustentabilidade das cidades na ótica do desafio do novo paradigma ambiental¹⁷.

Para tanto, as Nações Unidas ao elaborar a Agenda 2030, especificamente, dentro das diretrizes expostas no ODS 11, em que constam as bases construtivas de cidades e assentamentos humanos mais inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis,

¹⁷ CRAVEIRO, Maria Teresa. O processo de Planejamento Estratégico em Lisboa: Dilemas, desafios e resultados. *Oculum Ensaios, Revista de Arquitectura e Urbanismo*, v. 7, n. 8, p. 165-174, 2008. p. 166.

traz como ferramenta fundamental, para essa mudança intentada até o ano de 2030, o planejamento urbano estratégico. As necessidades esculpidas nas dez metas definidas têm como ponto de contato as iniciativas dos decisores urbanos, bem como dos cidadãos e da iniciativa privada que somente serão implementadas a partir das diretrizes das legislações urbanísticas, orçamentárias e fiscais, que, por sua vez, devem deferências às nuances contidas no planejamento estratégico para toda a Cidade. Ademais, o planejamento urbano tem por objetivo evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente. Diante dessa realidade, o planejamento ascende como a condição fundamental para a construção do modelo de cidade que seja mais justo e sustentável.

No Brasil, especificamente, no município de Fortaleza, cabe ao Plano Diretor – por força dos ditames constitucionais¹⁸, do Estatuto da Cidade¹⁹, da Constituição do Estado do Ceará²⁰ e da Lei Orgânica do Município²¹ – o planejamento urbano municipal, em que os demais integrantes do planejamento municipal guardam alinhamento às diretrizes e prioridades contidas no devido Plano Diretor.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se em diversas oportunidades sobre as características e fundamentos da política urbana, em especial, sobre a força cogente e disciplinadora do Plano Diretor no âmbito local. Deve-se salientar extrato do eminentíssimo Ministro Teori Zavascki, ao relatar o RE 607.940/DF, sustentou que:

Depreende-se desse conjunto normativo que o plano diretor é um instrumento de política urbana, com natureza de norma jurídica de ordem pública, cujo conteúdo deverá sistematizar a existência física, econômica e social da cidade, estabelecendo objetivos gerais a serem perseguidos na sua administração e instituindo normas que limitam as faculdades particulares de disposição inseridas no direito de propriedade em nome do aproveitamento socialmente adequado dos espaços urbanos²².

¹⁸ Na Constituição Federal de 1988: Art. 30, VIII e Art. 182 e 183.

¹⁹ No Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001): Art. 39 e seguintes.

²⁰ Na Constituição do Estado do Ceará: Art. 288 e seguintes.

²¹ Na Lei Orgânica do Município de Fortaleza: Arts. 193, 199 e 201 e seguintes.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 607.940 Distrito Federal**. Constitucional. Ordem urbanística. Competências legislativas. Poder normativo municipal. Art. 30, viii, e art. 182, *caput*, da Constituição Federal. Plano diretor. Diretrizes Básicas de ordenamento territorial. Compreensão. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Distrito Federal e Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 29 out. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.10351534>. Acesso em: 12 mai. 2019.

Com ênfase, o Plano Diretor Participativo de Fortaleza (PDPFOR) emergiu ao mundo jurídico no ano de 2009, após um profundo processo participativo, com mais de trezentos artigos, nos quais retrata o modelo de planejamento urbano disciplinado no Estatuto da Cidade. Diante disso, a partir da leitura dos objetivos do Plano Diretor (Art.4º), observa-se o tamanho dos desafios elencados aos decisores urbanos, bem como toda sociedade fortalezense. O PDPFOR e as legislações urbanísticas regulamentadoras dos instrumentos previstos no plano têm o mister de reconstruir (no que é possível) e construir uma cidade condizente com os anseios da sociedade, tudo em consonância com os ditames constitucionais e normas infraconstitucionais, bem como nos regramentos contidos nos acordos que o Brasil seja signatário, em especial, nas 169 metas esculpidas na Agenda 2030. Nesse esteio, ao analisar a necessidade de alinhar planejamento urbano e as necessidades da sociedade moderna, bem como as premissas de uma cidade integrante de uma comunidade planetária, traz-se a fala de Gomes, na qual afirma que:

É essa busca de sentido que continua a clamar pelo planejamento urbano, atividade fundamental para definir objetivos e meios na transformação dos espaços habitáveis. Há muito o que transformar e, em caráter mais amplo, boa parte do destino desejado está delineado: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades econômicas e a manutenção da pluralidade social. O debate maior está em como fazê-lo. Pois bem, o Plano Diretor é peça central nesse processo²³.

A propósito, na Colômbia, o empoderamento do ente municipal encontra-se definido com a Constituição Política da Colômbia de 1991, bem como na Ley n.º 388 de 1997, da Ley n.º 1454 de 2011 e da Ley n.º 1551 de 2012. Especificamente, na cidade de Medellín o planejamento urbano disciplina-se por meio do Acuerdo n.º 48 de 2014, que implementou o “Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Medellín” – POT Medellín, em que o desenvolvimento estratégico dar-se-á dentro de um sistema de organização territorial, que irá determinar os:

[...] principios, imaginario de ciudad, apuestas, objetivos estratégicos, modelo de ocupación territorial y estrategias territoriales; todas ellas, construidas en un enfoque de futuro con miras al cambio y a la consolidación de un territorio planeado y construido bajo el interés general. Toda decisión del Plan, se enmarca

²³ GOMES, Marcos Pinto Correia. **O Plano Diretor de desenvolvimento urbano:** após o Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: [s.n.], 2006. p. 219.

en una visión estratégica y de largo plazo del ordenamiento territorial, que incorpora el sistema regional y metropolitano de planificación²⁴.

De tal sorte, o POT de Medellín consigna a necessidade de que os agentes públicos e os cidadãos em geral realizem ações urbanísticas que se adequem ao plano e aos instrumentos legislativos decorrentes deste, em especial, observar-se-á o corpo de princípios, não sendo um rol exaustivo, como: do direito à cidade, da sustentabilidade, da equidade social e territorial, da resiliência territorial, da competitividade territorial e econômica, da identidade, de uma abordagem de gênero, da proteção aos moradores, da sustentabilidade rural, da corresponsabilidade, da cidade saudável, da segurança territorial, da eficácia e eficiência administrativa, da solidariedade social e territorial, da participação interinstitucional, da participação cidadã, e da persistência. Os mais de seiscentos artigos que compõem o POT de Medellín estão edificados nas premissas desses princípios, bem como todo arcabouço jurídico que guardam deferência à política urbana municipal.

A Corte Constitucional Colombiana em diversas oportunidades enfrentou a necessidade de ordenamento do solo urbano e a urgência em observar o Direito à Cidade em cotejo aos direitos sociais da população colombiana, em especial, aquelas mais vulneráveis. Ademais, ao analisar caso de outorga de licença de construção em flagrante desrespeito aos preceitos do ordenamento urbano e suas consequências, a Corte afirmou que:

Considera oportuno la Sala señalar que esta situación se presenta también en otras ciudades del país, en las cuales las autoridades distritales o municipales otorgan licencias de construcción muchas veces de manera irracional, haciendo caso omiso de las insuficiencias existentes en materia de infraestructura adecuada de servicios públicos esenciales. Por ello, estima la Sala pertinente hacer un llamado de atención en general a todas las autoridades distritales o municipales del país, para que se abstengan de expedir licencias o permisos de construcción sin antes haber constatado, de manera fehaciente, que en los sectores para los cuales se otorguen dichas licencias o permisos, cuenten con la adecuada infraestructura en materia de acueducto, alcantarillado, suministro de energía eléctrica, recolección de basuras y demás servicios públicos esenciales, so pena de que dicho otorgamiento incontrolado pueda suscitar la violación de derechos constitucionales como son el derecho a la salud y el saneamiento

²⁴ MEDELLÍN. **Acuerdo 48 de 2014.** Por medio del cual se adopta la revisión y ajuste de largo plazo del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Medellín y se dictan otras disposiciones complementarias. Medellín: Plan de Ordenamiento Territorial de Medellín, 2014. Disponível em: https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/SubportalCiudadano_2/PlandeDesarroll_o_o_17/ProgramasyProyectos/Shared%20Content/Documents/2014/POT/ACUERDO%20POT-19-12-2014.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

ambiental (art. 49), a la vivienda digna (art. 51), al ambiente sano (art. 79), al espacio público (art. 82), a la recreación (art. 52) y, en última instancia, al más importante de todos, el derecho a la vida (art. 2 y 11), todos los cuales son objeto de protección constitucional y legal a través de los mecanismos jurídicos pertinentes como la acción de tutela y las acciones populares, entre otros.”.²⁵

Nesse sentido, a Corte Constitucional afirma que a permissão de ocupação do solo sem o respeito ao planejamento – minimamente estratégico – acarreta risco diversos aos direitos básicos dos cidadãos colombianos.

Da mesma forma, ao proferir a Sentença T-537/13 elencou diversas premissas básicas sobre os Planos de Ordenamentos Territoriais e sua implementação local. Observa-se que a Corte faz referência direta à necessidade de um planejamento urbano:

Para poder satisfacer el propósito descrito, el ordenamiento jurídico, empezando desde la Carta, previó unas herramientas de planeación urbana. Es mediante estas, prima facie, que las autoridades a cargo de la ciudad deben cumplir con el propósito de garantía de los derechos. Son una suerte de hoja de ruta para la garantía de los derechos, para – en los términos de la metáfora ya empleada- establecer las formas de trueque de los mismos. Principalmente los planes de desarrollo municipales y los planes de ordenamiento territorial. La Constitución Política de 1991 estableció un nuevo orden territorial para Colombia. En materia de planeación urbana, resultan pertinentes los artículos 311, 313 y 334 de la Carta. Las ciudades son – como se dijo - mucho más que lugares llenos de edificios de habitación, tiendas, calles y andenes. [...] En el lenguaje contemporáneo de los derechos podemos ver que lo que ocurrió entonces fue que el listado de aquellos que tenían que ser satisfechos – para asegurar una “ciudad feliz” se amplió o modificó²⁶.

Em síntese, o arcabouço jurídico colombiano guarda deferência à necessidade de um planejamento urbano alicerçado no conceito de cidade sustentável e resiliente, esculpido no texto constitucional e nas legislações aplicadas à matéria urbanística. Desta feita, pode-se afirmar que o Plano de Ordenamento Territorial da cidade de

²⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-366 de 1993**. Peticionario: Miguel Yacamán Yidi. Procedencia: Sala Penal de la Corte Suprema De Justicia. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, 03 de setembro de 1993. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-366-93.htm>. Acesso em: 09 mar. 2019.

²⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-537 de 2013**. PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA – ORDENAMIENTO TERRITORIAL. LAS ADMINISTRACIONES MUNICIPALES Y DISTRITALES DEBEN FOMENTAR LA CONCERTACIÓN O ACUERDO CON LOS POBLADORES Y SUS ORGANIZADORES EN LAS ACCIONES URBANÍSTICAS QUE ADELANLEN PARA EL ORDENAMIENTO DE SUS TERRITORIOS Y, PARA ELLO, DEBEN UTILIZAR DIFERENTES MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA COMO MEDIOS PARA PROPICIAR DICHO ACUERDO. Ponente: Palacio Palacio, Jorge Iván. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Disponível em: <http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol>. Acesso em: 09 mar. 2019.

Medellín respeita e vai além dos preceitos constitucionais de Direito à Cidade. Em razão dessas peculiaridades, Medellín apresenta-se como modelo de planejamento estratégico, no qual os decisores urbanos locais (de partidos contrários ou não) mantêm as ações alinhadas aos ditames do planejamento de longo prazo. Como bem asseverou Jose Leandro Resende Fernandes ao analisar o advento de um estado desenvolvimentista local em Medellín, em que se constata que esse protagonismo de gestão urbana é:

resultado de uma postura proativa, que reconheceu o papel do espaço urbano como crucial para a competitividade, oportunidades de igualdade e harmonia cívica. As instalações implementadas em áreas pobres da cidade trouxeram vida e dignidade aos bairros anteriormente sitiados pela violência e desespero e estigmatizados pela sociedade. Outros projetos de reforma em infraestrutura urbana são traduzidos como projetos de alcance estratégico que ajudaram a transformar a cidade em um ambiente favorável ao desenvolvimento econômico e social, agradável para as pessoas que vivem lá e atraente para aqueles que visitam²⁷.

Adiciona-se a esse componente de responsabilidade política o alto envolvimento da sociedade de Medellín, por meio do Controle Social das políticas públicas desenvolvidas nas cidades. Assim, tem-se o binômio perfeito em direção à cidade de todos: legislação vanguardista e controle social.

Conclusão

A partir dessas afirmações, conclui-se que tanto Fortaleza (Brasil) quanto Medellín (Colômbia) dispõem do Direito à Cidade pautado na esfera constitucional, em que as premissas para garantir o bem-estar urbano e a cidade mais justa foram elevados ao texto constitucional vigente, tudo em consonância com os preceitos neoconstitucionais. Da mesma forma, pode-se destacar que as legislações brasileira e colombiana estão alinhadas com as discussões sobre a necessidade de cooperação mundial com fito de viabilizar a mudança paradigmática sobre a concepção de desenvolvimento, alinhada com os preceitos de defesa ao meio ambiente saudável,

²⁷ RESENDE FERNANDES, Jose Leandro. O advento de um estado desenvolvimentista local em Medellín-Colômbia e inferências em seu desenvolvimento econômico. In: Seminário Internacional sobre Desenvolvimento Regional, 8, 2017, Santa Cruz do Sul. *Anais* [...]. Santa Cruz do Sul: Universidade Santa Cruz do Sul. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidr/article/view/16458>. Acesso em: 12 jun. 2019. p. 18.

bem como de Desenvolvimento Sustentável. Assim, as cidades brasileiras e colombianas demonstram-se com solo fértil para oportunizar conquistas sociais, econômicas e culturais para todos os citadinos.

Desta feita, os planejamentos urbanos, brasileiro e colombiano, revelam-se o traço de projetar as cidades – de forma sustentável – para esta e para as próximas gerações, no âmbito dos padrões técnicos e científicos. Contudo, ter planejamento urbano, ou melhor, legislação urbanística que não seja aplicada, tem o mesmo efeito maléfico daquelas cidades que não dispõem de regramento. Ademais, a participação dos mais diversos atores que compõem a cidade faz-se mais do que necessária – *sine qua non* – para a gestão e controle da urbe. À luz da verdade se evidencia que tanto Fortaleza como Medellín detêm um arcabouço jurídico vanguardista, contudo, somente um corpo legal não será capaz de adimplir com os anseios da sociedade, assim, a eficácia do texto perpassa por ações mitigadoras (das mazelas urbanas existentes) e propulsoras (desenvolvimento urbano sustentável) na *polis*, adiciona-se a essas ações a participação e colaboração popular das políticas públicas e modificações legislativas.

Nesta senda, afirma-se que a observância ao planejamento urbano na esfera municipal tem o condão de orientar o crescimento urbano de forma sustentável e capaz de alcançar a função social da cidade na sua forma plena. Com ênfase, os gestores urbanos não podem se escusar de proporcionar a participação popular na elaboração e na tomada de decisões políticas, bem como criar a ambiência necessária ao efetivo controle social no transcorrer da elaboração orçamentária que orienta e decide a priorização de vetores nas políticas públicas em solo citadino.

O planejamento urbano mostra-se como mecanismo jurídico-político eficaz para alcançar os desafios elencados na Agenda 2030, seja em solo colombiano ou brasileiro, haja vista que ambos estão consubstanciados na construção de cidades mais justas, harmônicas, resilientes e capazes de garantir o bem-estar urbano e o patamar mínimo civilizatório a todos os citadinos.

Referências

ALVITES, Elena Alvites. **Descentralización y derechos sociales.** Reflexiones en torno a su realización. Pensamiento Constitucional, v. 16, n. 16, p. 31-53, 2012.

BOTERO, Sandra. La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia. **Anuario colombiano de historia social y de la cultura**, n. 33, p. 85-109, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 17 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 607.940 Distrito Federal**. Constitucional. Ordem urbanística. Competências legislativas. Poder normativo municipal. Art. 30, viii, e art. 182, *caput*, da Constituição Federal. Plano diretor. Diretrizes Básicas de ordenamento territorial. Compreensão. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Distrito Federal e Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 29 out. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10351534>. Acesso em: 12 mai. 2019.

CABRAL, L. M. A. Operação urbana consorciada: questões a serem enfrentadas pelo Poder Público. **Revista Magister de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 12, p. 5-25, 2007.

CEARÁ. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Ceará**. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 1989. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Const-2015-260-200-Atualizada-emenda-86-4.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-366 de 1993**. Peticionario: Miguel Yacamán Yidi. Procedencia: Sala Penal de la Corte Suprema De Justicia. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, 03 de setembro de 1993. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-366-93.htm>. Acesso em: 09 mar. 2019.

COLOMBIA. Ley n.º 388 de 1997. **Por la cual se modifican la Ley 9^a de 1989 y la Ley 3^a de 1991 y se dictan otras disposiciones**. Bogotá: Poder Ejecutivo 18 de julio de 1997. Disponível em: http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/leyes/1997/ley_0388_1997_word.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari. Acesso em: 09 mar. 2019.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-537 de 2013**. PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA – ORDENAMIENTO TERRITORIAL. LAS ADMINISTRACIONES MUNICIPALES Y DISTRITALES DEBEN FOMENTAR LA CONCERTACIÓN O ACUERDO CON LOS POBLADORES Y SUS ORGANIZADORES EN LAS ACCIONES URBANÍSTICAS QUE ADELANTEN PARA EL ORDENAMIENTO DE SUS TERRITORIOS Y, PARA ELLO, DEBEN UTILIZAR DIFERENTES MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA COMO MEDIOS PARA PROPICIAR DICHO

ACUERDO. Ponente: Palacio Palacio, Jorge Iván. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Disponível em: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_f06e23a215ce01doe0430a01015101do. Acesso em: 09 mar. 2019.

CRAVEIRO, Maria Teresa. O processo de Planejamento Estratégico em Lisboa: Dilemas, desafios e resultados. Oculum Ensaios, **Revista de Arquitectura e Urbanismo**, v. 7, n. 8, p. 165-174, 2008.

FORTALEZA. **Lei Orgânica n. 1, de 15 de dezembro de 2006**. Os representantes do povo do Município de Fortaleza, reunidos em Assembleia Municipal Revisora, buscando a realização do bem-estar comum e as aspirações sociais, econômicas, culturais e históricas, invocando a proteção de Deus, adotam e promulgam a presente Lei Orgânica. Fortaleza: Câmara Municipal, 2006. Disponível em: <<https://sapl.fortaleza.ce.leg.br/ta/44/text>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

FORTALEZA. **Lei Complementar nº 062, de 02 de fevereiro de 2009**. Institui o Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza e dá outras providências. Fortaleza: Câmara Municipal, 2009. Disponível em: http://legislacao.fortaleza.ce.gov.br/index.php/Plano_Diretor. Acesso em: 12 mai. 2019.

GOMES, Marcos Pinto Correia. **O Plano Diretor de desenvolvimento urbano:** após o Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: [s.n.], 2006.

HERNANDEZ-ARAQUE, Mary Johana. Urbanismo participativo. Construcción social del espacio urbano. **Revista de Arquitectura (Bogotá)**, [S.I.], v. 18, n. 1, p. 6-17, abr. 2016. Disponível em: https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/RevArq/article/view/96. Acesso em: 9 mar. 2019.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MEDELLÍN. **Acuerdo 48 de 2014**. Por medio del cual se adopta la revisión y ajuste de largo plazo del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Medellín y se dictan otras disposiciones complementarias. Medellín: Plan de Ordenamiento Territorial de Medellín, 2014. Disponível em: https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/SubportalCiudadano_2/PlandeDesarrollo_0_17/ProgramasyProyectos/Shared%20Content/Documentos/2014/POT/ACUERDO%20POT-19-12-2014.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

MERCEDES MALDONADO, María. Revisitar las tensiones en el proceso de aplicación de la Ley n.º 388 de 1997. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, Belo Horizonte, v. 9, n. 54, nov. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDIooo6.aspx?pdiCntd=70137>. Acesso em: 10 abr. 2019.

PINILLA PINEDA, Juan Felipe. Los avances del derecho urbano colombiano: reflexiones a partir de la experiencia reciente de Bogotá. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental FDUA**, Belo Horizonte, v. 9, n. 54, nov./dez. 2010. Disponível em:

<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIooo6.aspx?pdiCntd=70136>. Acesso em: 10 abr. 2019.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natercia Sampaio. **Democracia contemporânea e os critérios de justiça para o desenvolvimento socioeconômico**: Direito Constitucional nas relações econômicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RESENDE FERNANDES, Jose Leandro. O advento de um estado desenvolvimentista local em Medellín-Colômbia e inferências em seu desenvolvimento econômico. In: Seminário Internacional sobre Desenvolvimento Regional, 8., 2017, Santa Cruz do Sul. **Anais** [...]. Santa Cruz do Sul: Universidade Santa Cruz do Sul. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidr/article/view/16458>. Acesso em: 12 jun. 2019.

SANTORO, Paula Freire. O desfio de planejar e produzir expansão urbana com qualidade: a experiência colombiana dos planos parciais em Bogotá, Colômbia. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, v. 13, n. 1, p. 91, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição**: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, p. 65-119, jul./set. 2003.

VILLACA, Flavio Jose Magalhães. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: **O processo de urbanização no Brasil** [S.l: s.n.], 2010.

29. OS ACORDOS COOPERATIVOS ENTRE O ESTADO PORTUGUÊS E AS INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL: VERDADEIRA NATUREZA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS?

*THE COOPERATIVE SOCIAL SOLIDARITY AGREEMENTS BETWEEN THE
PORTUGUESE STATE AND THE PRIVATE SOCIAL SOLIDARITY INSTITUTIONS:
HAVE THIS TRUE NATURE OF THE ADMINISTRATIVE CONTRACTS?*



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-29>

Patrícia Pinto Alves¹

Paulo Roberto Meyer Pinheiro²

Resumo

Neste trabalho o que se pretende é analisar se os acordos cooperativos poderão ser considerados Contratos Administrativos à luz da legislação do Código dos Contratos Públicos Português (CCP), do Código do Procedimento Administrativo Português (CPA), da Constituição da República Portuguesa (CRP) e do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social (EstIPSS`s), e enquadrar as Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS`s) em Portugal, e as suas tarefas desenvolvidas no quadro jurídico envolvente.

Palavras-chave: Acordos Cooperativos de Solidariedade Social; Contratos administrativos; Contratos administrativos de prestação social; Instituições Particulares de Solidariedade Social.

¹ Professora de Direito Assistente Convidada da ESTG – Escola Superior de Tecnologia e Gestão – do Instituto Politécnico do Porto - Portugal. Doutoranda em Direito Público – Desafios sociais, incerteza e Direito (2016) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC. Mestre em Direito Administrativo pela Escola de Direito da Universidade do Minho e Licenciada em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora jurídica na AEDREL – Associação de Estudos de Direito Regional e Local, e no NEDip – Núcleo de Estudos de Direito *Ius Pubblicum* - <https://www.nedip.org/investigacao>. Possui vários cursos de especialização jurídica. Formadora certificada CCP. Transcritora jurídica. Autora de várias publicações jurídicas. E-mail: patriciapintoalves26@gmail.com

² Doutorando em Direito Público – Desafios sociais, incerteza e Direito (2016) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC. Mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política (2016) pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Bacharel em Direito (2009) e em Administração de Empresas (2001) pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Coordenador da Pós-UNIFOR e Professor da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: paulomeyer@unifor.br

Abstract

In this paper we intend is analyse if the cooperative agreements can be considered administrative contracts in the light of legislation of the Portuguese Public Procurement Code, of the Portuguese Administrative Procedure Code, of the Constitution of the Portuguese Republic and of the Statute of Private Social Solidarity Institutions, and to frame the Private Social Solidarity Institutions, and their tasks developed in the surrounding legal framework.

Keywords: Cooperative Social Solidarity Agreements; Administrative Contracts; Administrative benefit contracts; Private Social Solidarity Institutions.

1 Introdução

Atualmente em Portugal há mais de 5000 (cinco mil) Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS`s)³. Norteando-se as IPSS`s pelos princípios basilares da Lei de Bases da Economia Social (Lei n.º 30/2013, de 8 de Maio = LBES)⁴, assim como pelo Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social (EstIPSS`s), e que o âmbito de aplicação da LBES prevista no seu artigo 3.º, sendo as Entidades da Economia Social (EES) dotadas de autonomia, estas e aquelas também atuam no âmbito das suas atividades em conformidade com os princípios que as norteiam (artigo 5.º da LBES) do primado das pessoas e dos objetivos sociais; da adesão e participação livre e voluntária; do respeito pelos valores da solidariedade, da igualdade e da não discriminação, da coesão social, da justiça e da equidade, da transparência, da responsabilidade individual e social partilhada e da subsidiariedade, e dos demais princípios ali plasmados. As IPSS`s têm um papel essencial na prossecução de fins altruísticos, de solidariedade social, e sem fins lucrativos, e estão previstas no Decreto-Lei (DL) n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, alterado pontualmente pelo DL n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, e posteriormente, pela Lei n.º 76/2015, de 28 de Julho (6.ª alteração ao Estatuto das IPSS`s) = EstIPSS`s. A ação social exercida pelas IPSS`s é legitimada através da celebração de acordos cooperativos contratuais entre aquelas e o Estado, sendo que o Estado apenas delega tais tarefas às IPSS`s, atingindo, da

³ Em Portugal existem atualmente aproximadamente cinco mil quinhentas e noventa e cinco (5595) IPSS`s: informação pesquisada em <https://fiscalidade.pt/wp-content/uploads/20ipss.pdf>: acesso em 09.08.2019.

⁴ Vd, Deolinda Aparício Meira, “*A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: algumas reflexões críticas*”: em: <http://recipp.ipp.pt/2012.pdf>, p. 3: acesso em 09.08.2019.

mesma forma a responsabilidade pela garantia da prestação de tais tarefas às pessoas que dela necessitam. Os fins das IPSS`s concretizam-se mediante a concessão de bens, prestação de serviços e de outras iniciativas de promoção do bem-estar e qualidade de vida das pessoas, famílias e comunidades, tendo em conta o estabelecido no artigo 1.^º do EstIPSS`s, mais precisamente nos domínios de apoio à infância e juventude, incluindo as crianças e jovens em perigo; apoio à família; apoio às pessoas idosas; apoio às pessoas com deficiência e incapacidade; apoio à integração social e comunitária; proteção social dos cidadãos nas eventualidades da doença, velhice, invalidez e morte, bem como em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho; prevenção, promoção e proteção da saúde, nomeadamente através da prestação de cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação e assistência medicamentosa; educação e formação profissional dos cidadãos; resolução dos problemas habitacionais das populações e outras respostas sociais não incluídas nas alíneas anteriores, desde que contribuam para a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos.

A metodologia utilizada tem por base um estudo descritivo-analítico desenvolvido através de pesquisa bibliográfica a partir de referências teóricas. Também se elaborou uma análise crítica, quer a nível doutrinário quer a nível e jurisprudencial do presente tema proposto, dos seus intuitos e finalidades específicas. A investigação faz-se, tendo em conta, a leitura publicada em livros jurídicos, revistas jurídicas , artigos jurídicos, publicações jurídicas especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na internet, permitindo análises acerca da temática discutida, tendo forma cristalina e qualitativa de abordagem dos resultados, à medida que teve como fim a ampliação dos conhecimentos, procurando apreciar a realidade do tema e o seu reflexo na sociedade em geral, evidenciando o problema apresentado e explorando as ideias e dados obtidos acerca do estudo em análise.

2 A verdadeira natureza dos acordos de cooperação entre o Estado e as IPSS`s

Como explicita José Manuel Sérvalo Correia: “(...) o Código do Procedimento Administrativo (CPA) remete, no seu n.^º 2 do artigo 200.^º, a primeira determinação

dos contratos administrativos para o CCP⁽⁵⁾”. Quanto aos acordos cooperativos⁽⁶⁾ celebrados entre o Estado e as IPSS`s, para José Manuel Sérvulo Correia⁽⁷⁾, tratam-se de verdadeiros contratos administrativos (de atribuição), uma vez que a prestação fundamental não se baseia na atividade das instituições (ou, mais rigorosamente nas atividades institucionais que formem objeto dos acordos cooperativos, a qual sempre poderá existir independentemente da respetiva celebração), baseando-se antes no auxílio prestado pelo Estado. Ainda, como defende o mesmo autor, a “causa-função” de tais contratos situar-se-á no auxílio Estadual prestado às atividades desempenhadas pelas IPSS`s⁽⁸⁾. Evidencie-se que Licínio Lopes também partilha do defendido por José Manuel Sérvulo Correia na presente temática⁽⁹⁾ relativamente à qualificação dos acordos cooperativos como contratos administrativos⁽¹⁰⁾, mas este autor já não partilha do defendido por José Manuel Sérvulo Correia na qualificação dos acordos cooperativos em análise como “puros contratos de atribuição⁽¹¹⁾”, na medida em que julga Licínio Lopes que “(...) o assunto pode merecer alguns esclarecimentos adicionais⁽¹²⁾”.

Citando J. J. Gomes Canotilho⁽¹³⁾: «O exercício de tarefas públicas por privados não significará sempre uma verdadeira retirada do estado, mas tão somente a escolha de uma forma outra de prossecução de tarefas públicas. O Estado permanece “responsável”, mas a tarefa pode ser prosseguida e executada com mais efectividade, eficiência e economicidade se se adoptarem novos padrões de organização. Estas sugestões encontram pleno acolhimento, como se sabe, não apenas nos processos de

⁵ Cfr. José Manuel Sérvulo Correia, “A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos”, in *Revista Eletrónica de Direito Público (e-pública)*, Volu.me IV, n.º 2, Lisboa, Novembro de 2017, pesquisável em: <http://www.scielo.mec.pt>; acesso em 06.08.2019.

⁶ Expressão por nós sugerida, e que se refere aos acordos de cooperação.

⁷ Cfr. José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 427.

⁸ Neste sentido, e para maiores desenvolvimentos, *vd*, José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade ... cit.*, pp. 420-421.

⁹ Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 373.

¹⁰ Posição que também afiliamos. Para uma distinção entre contrato administrativo (de direito público) e contrato de direito privado da Administração, *vd*, Maria João Estorninho, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 151 e ss.

¹¹ Cfr. Licínio Lopes, *ob. cit.*, p. 373.

¹² Cfr. Licínio Lopes, *ob. cit.*, p. 373.

¹³ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, “O direito constitucional passa, o direito administrativo passa também”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Comissão Redactora de Almeida Costa, Erhardt Soares, Castanheira Neves, Lopes Porto e Faria Costa, *STVDIA IVRIDICA 61, AD HONOREM – 1*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 717.

privatização, mas também nas formas de *cooperação-coordenação* dos particulares com a administração». Para Pedro Gonçalves (¹⁴), contratos administrativos serão todos os contratos celebrados pela Administração em que preencham certos requisitos. José Carlos Vieira de Andrade (¹⁵) manifesta que o contrato administrativo assume a natureza de figura de utilização geral pelas entidades administrativas. Nas palavras de Licínio Lopes (¹⁶), “Teremos, pois, de partir dos critérios geralmente aceites para a identificação da administratividade de um contrato, o que significa procurar os elementos caracterizadores da relação jurídica administrativa”. Aduz Licínio Lopes que: “(...) a utilização da fórmula contratual constitui hoje o mecanismo de eleição de tendência universal no relacionamento institucional e jurídico entre as organizações do terceiro sector e a Administração. E no domínio específico da acção social, a fórmula contratual constitui o mecanismo ou instrumento jurídico regulador da participação ou colaboração daquelas instituições na realização de interesses públicos, sendo também o modo já dominante de delegação de tarefas públicas (¹⁷)”.

Os acordos de cooperação, cujo objetivo, nos moldes da Norma III do Despacho 75/92, de 20 de Maio (que aprova o regime dos acordos de cooperação e de gestão com a segurança social) (¹⁸) é o da prossecução de ações, pelas instituições, que incidam no apoio às crianças, jovens, portadores de deficiência, idosos e à família, tal como na prevenção e reparação de casos de carência, de disfunção e marginalização social e o desenvolvimento das comunidades e a promoção e integração social, e o auxílio e o incentivo às iniciativas institucionais que auxiliem para a execução das finalidades de ação social. Ainda, nestes acordos cooperativos, o fim fundamental da cooperação é a concessão de prestações sociais como estabelece a Norma II do Despacho, constituindo estes acordos um meio de regulação dos processos e dos modos por que se efetua este fim (¹⁹). Casos poderão existir em que a AP, mediante tais acordos, delega nas IPSS`s

¹⁴ Cfr. Pedro Gonçalves, *Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 28-29.

¹⁵ Assim, José Carlos Vieira de Andrade, *As Novas Regras da Actividade Administrativa*, Centro de Estudos e Formação Autárquica (CEFA), 1993, p. 101.

¹⁶ Neste sentido, *vd*, Licínio Lopes, *ob. cit.*, p. 373.

¹⁷ Cfr. Licínio Lopes, *ob. cit.*, p. 367.

¹⁸ Uma pequena observação que aqui fazemos é a de que nos Açores, existe o Decreto Legislativo Regional n.º 16/2012/A, de 4 de Abril que aprova o Código da Ação Social dos Açores, estando a celebração dos contratos de cooperação prevista nos seus artigos 45.º e 46.º.

¹⁹ Cfr. Licínio Lopes, *ob. cit.*, p. 380. Quanto a estes acordos, o autor julga que “(...) o seu estudo deverá, hoje, ser conjugado com a nova lei de bases do sistema de solidariedade e de segurança social”. Cfr. Licínio Lopes, *ob. cit.*, pp. 380-381. Extrai-se da interpretação do n.º 1 do artigo 38.º desta lei, cuja epígrafe é “exercício da acção social” que a prática da ação social é feita de modo direto pelo Estado, mediante o recurso a serviços e equipamentos públicos, ou em cooperação com as entidades cooperativas e sociais e privadas sem fins lucrativos, em coadjuvação com os primados e os programas

a concreta realização de programas ou projetos ou ações de cariz social, sendo que o programa é público, a responsabilidade pela sua gestão também é pública, e até os recursos financeiros têm natureza pública, sendo a função administrativa, constituindo, pois uma atribuição ou uma responsabilidade direta e própria da AP, mas para a sua concreta efetivação o Estado procede à convocação das IPSS's⁽²⁰⁾, [a terceirização em ação⁽²¹⁾]. Mas, a AP, com a realização do contrato, não se desvincula da responsabilidade pela sua gestão. A AP está impedida, neste setor, de diminuir-se a uma tarefa garantística de cumprimento das obrigações por parte do prestador dos serviços, não sendo permitido ao Estado tornar a função social numa concessão⁽²²⁾. Mediante estes acordos de cooperação a AP associa as IPSS's à execução de um serviço público, delegando-lhes a “responsabilidade” pela concreta prestação daquele serviço aos beneficiários, ou seja, a AP delega nas IPSS's a concretização da prestação dos serviços àqueles albergados pelo âmbito pessoal de aplicação do programa⁽²³⁾.

Mais acordos há de cooperação (predominantes) em que o financiamento das tarefas desenvolvidas pelas IPSS's pode emergir como o motivo imediato daqueles. Nestas situações, os programas pertencem às IPSS's, e as ações e as tarefas desenvolvidas são da sua exclusiva responsabilidade e iniciativa. O Estado anui utilidade social a estas ações, e por tal razão, auxilia-as mediante o financiamento da sua desenvoltura. Aqui a “causa-função” imediata dá a sensação que é o financiamento,

definidos Estadualmente. Para o autor, podem ser autonomizados dois tipos específicos de acordos de cooperação, sendo que como defende José Carlos Vieira de Andrade, “*Interesse Público*”, *DJAP*, Volume V, p. 279, tal autonomização nem sempre será fácil, na medida em que se está numa zona cinzenta, um espaço propício à “miscigenização política”, e conforme Pierre Moor, *Droit Administratif*, Volume III, Editions Berne, 1992, pp. 52-53, administrativa, pondo à prova as limitações da abstração e delimitação conceitual da realidade existente.

²⁰ Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit., p. 381 e nota 580. Nas palavras deste autor: “O facto de as IPSS (as IPSS que se tenham associado à execução do programa), prosseguirem fins materialmente iguais aos que dele constam ou de desenvolverem actividades iguais às ali previstas ou em que aquele se virá a concretizar constitui um pressuposto ou uma condição objectiva da celebração dos acordos”. Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit., p. 382.

²¹ Observação nossa.

²² Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit., p. 382. O autor vai ainda mais longe, posicionando-se no sentido de que, assim como defende Vincent Wright, “*Le privatizzazioni in gran Bretagna*”, in *RTDP*, Ano XXXVII, 1988, p. 102, «(...) estamos aqui perante uma espécie de “delegação financiada” de prestação de um serviço público», cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit., p. 383.

²³ Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit., p. 383. A inovação reside no facto de a entidade privada assumir, perante a AP, o dever de desenvolver, tendo em conta o programa público e nos seus moldes, as tarefas que visam a execução de um serviço que a AP assumiu como seu, e para cuja realização convoca as IPSS's. «(...) O seu regime há-de ser o que é “próprio” da actividade administrativa cuja execução foi delegada». Assim, os acordos de cooperação que tenham esta tipicidade não poderão ser qualificados como puros contratos de atribuição, como defende este autor. Cfr., e para mais desenvolvimentos, Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit., p. 384.

ou seja, a atribuição de um benefício financeiro às entidades que se contratam (24). Note-se que a AP não só financia as atividades desenvolvidas pelas IPSS`s, como procede ao ajuste contratual com as IPSS`s acerca da forma de prestação dos serviços financiados, abarcando os termos ou o cálculo do financiamento casuisticamente (25). Mediante a celebração deste tipo de acordos de cooperação a AP encaixa as IPSS`s nos princípios e finalidades do sistema. Ocasão que lhe afere semelhança com os denominados contratos de concerto (26).

Quanto aos acordos de cooperação em análise, o acordo de cooperação aparece como um mecanismo regulador da prestação de um serviço, adotando as IPSS`s deveres que não podem ser unicamente abarcados no quadro de uma relação matemática da contrapartida do financiamento conseguido. Isto é, também nestes acordos os deveres aceites pelas IPSS`s formam um elemento fundamental, passando o risco económico-financeiro destes acordos quase totalmente para a AP (27).

Nas palavras de Licínio Lopes, dos acordos «(...) deverão constar os critérios de comparticipação financeira dos utentes ou famílias, previamente estabelecidos (o Despacho fala em “consensualizados”) entre os serviços do ministério da tutela e as uniões (respectivamente, a al. f), do n.º 1, da Norma XVIII, e al. c), do n.º 1, da Norma XVI); regras especiais sobre a concessão de prestações quando a complexidade dos serviços ou a emergência da situação o justifique (Norma XIX); o número de utentes efectivamente abrangidos (al. c), do n.º 1, da Norma XVIII, e al. b), do n.º 1, da Norma XXI); a comparticipação financeira da segurança social por utente/mês ou global (al. d), do n.º 1, da Norma XXI), sendo que esta comparticipação é fixada anualmente por despacho ministerial ou por protocolo celebrado com as uniões representativas das

²⁴ Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit., p. 385.

²⁵ Neste sentido, *vd*, Carlos Pestana Barros, “O financiamento da acção social em Portugal”, in *As Instituições Não-Lucrativas e a Acção Social em Portugal*, Editora Vulgata, Lisboa, 1997, pp. 315 e ss; António Luis Silvestre, “Análise das assimetrias da acção social em Portugal”, in *As Instituições Não-Lucrativas e a Acção Social em Portugal*, Editora Vulgata, Lisboa, 1997, pp. 267 e ss; e A. Santos Luís, “A Política da Acção Social em Portugal”, in *As Instituições Não-Lucrativas e a Acção Social em Portugal*, Editora Vulgata, Lisboa, 1997, pp. 260 e ss, *apud* Licínio Lopes, *ob. cit.*, p. 385 e nota 584.

²⁶ Em Espanha, os contratos de concerto inserem-se, ao nível da concessão e a gestão interessada, na modalidade de gestão desintegrada dos serviços públicos, sendo aí legalmente definidos como contratos mediante os quais a AP acorda com um ente privado (pessoa singular ou coletiva) que venha feito prestações similares às que formam o serviço público respeitante. Neste sentido, *vd*, José Luís Villar Ezcurra, *Servicio Público y Técnicas de Conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 247, e em Portugal, *vd*, Pedro Gonçalves, *A Concessão* ... cit, pp. 144, nota 130, 146, 168-169, *apud*, e para mais desenvolvimentos, Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit, p. 386 e nota 586.

²⁷ Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit, pp. 386-387.

IPSS (n.º 4, da Norma XXI) (²⁸), a qual deverá, aliás, ser anualmente ajustada em função da variação do número de utentes e da qualidade dos serviços prestados (n.º 6, da Norma XXII) (²⁹)». Além do mais, as instituições obrigam-se a conceder, no âmbito dos acordos, prioridade a pessoas e grupos social e economicamente mais desfavorecidos, e enviar aos centros regionais decisões que necessitem de homologação, informações periódicas para análise ou avaliação qualitativa e quantitativa das tarefas desenvolvidas, e a articular os seus programas de ação com os centros regionais - e com os demais serviços e instituições – da área geográfica tida em conta. Quanto aos conflitos surgidos no âmbito da execução dos acordos, estes são sujeitos a decisão de uma comissão arbitral (³⁰), precedida de um parecer de uma comissão de avaliação nos termos do disposto no n.º 4, da Norma XXXII, cabendo recurso de tais decisões para os tribunais administrativos (³¹). A existência de árbitros, em sede de contratação pública estampa, atualmente, um princípio geral do Direito Administrativo (³²). Para Licínio Lopes: “(...) estes acordos reflectem uma intenção política (da política social): integrar funcionalmente a actividade desenvolvida pelas instituições no sistema público de acção social (³³)”. O que se pretende com a celebração destes acordos de cooperação é a conciliação da atividade das instituições com a execução de uma atividade administrativa. A AP através de tais acordos utiliza ou mobiliza organizações externas para executar as suas próprias funções, sendo as finalidades a atingir de cariz eminentemente público, ou seja, o exercício da ação social. Nestes casos, porventura, será legítimo concluir, como julga Licínio Lopes, que “(...) a Administração exerce a acção social por intermédio das IPSS (art. 38.º, n.º 1, da lei de bases do sistema de solidariedade e segurança social). Conclusão que, aliás, não deixa de estar em consonância com a própria redacção do art. 63.º, n.º 5 da CRP. Aqui se diz que o Estado apoia a actividade e o funcionamento das instituições e não

²⁸ “O que está de acordo com o período de vigência dos acordos – um ano -, embora automática e sucessivamente renovável por igual período (n.º 1, da Norma XXIV)”. Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit, p. 387, nota 587.

²⁹ Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit, p. 387.

³⁰ Na nossa perspectiva, aqui e acolá, a arbitragem tem uma enorme importância na resolução de conflitos no quadro envolvente com as IPSS`s, sendo à partida mais célere e menos dispendiosa.

³¹ Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit, pp. 387-388. Note-se que na Lei de Bases da Segurança Social de 1984 o recurso para os tribunais administrativos estava expressamente consagrado no artigo 47.º. Porém, as posteriores leis de bases não mantiveram o citado artigo 47.º, mas isto não significa a eliminação desta hipótese. Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit, p. 388 e nota 588.

³² Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit, p. 390.

³³ Cfr. Licínio Lopes, *As Instituições Particulares* ... cit, p. 388.

as instituições enquanto tais. Para a Constituição o que releva é realidade objectiva – a actividade desenvolvida e os meios para os efeitos necessários (34).

No Acórdão do TCAS, Processo n.º 584/16.1BELLE (35), datado de 05.04.2018, cujo relator foi o Sr. Dr. Juiz Nuno Coutinho, pesquisável em www.dgsi.pt, é evidenciado que as IPSS`s, que são dotadas de personalidade jurídica, sendo criadas com o intuito de satisfazer necessidades gerais e sujeitas ao poder de controlo de gestão Estadual são consideradas entidades adjudicantes à luz da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP. A alínea h) do artigo 10.º da Diretiva 2014/24/EU, tem por objeto a “exclusão específica” de serviços cuja prestação é realizada por organizações ou associações que não visam o lucro, sendo que tanto o seu regime de adjudicação de contratos públicos, tanto o substantivo, ou seja, o concernente à execução desses contratos, não tem aplicabilidade aos contratos públicos celebrados entre aquelas organizações e a AP que tenham por objeto a prestação de serviços de defesa civil, proteção civil e prevenção de riscos – desde que tais serviços sejam abarcados pelos dígitos do Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV) acatado pelo Regulamento (CE) n.º 2195/2002, de 5 de Novembro de 2002 (36).

Da nossa parte, entendemos que se tratam de verdadeiros contratos administrativos, mas vamos ainda mais longe, na medida em que, na nossa perspectiva, a designação inovadora que se pode dar a estes contratos administrativos é a de contratos administrativos de prestação social, uma vez que estes contratos administrativos possuem especificidades que derivam da prestação de finalidades altruísticas (de solidariedade social) por IPSS`s, que têm cariz privado mas prestam serviços de utilidade pública. Ora, um domínio a que nos temos dedicado ultimamente

³⁴ Cfr, e para mais desenvolvimentos, *vd*, Licínio Lopes, *As Instituições Particulares ...* cit, pp. 388-389. Este autor salienta que a relevância, a dimensão e a especificidade que tem tendência a ter o quadro das relações entre a AP e as instituições do terceiro setor, e nomeadamente, com as instituições reconhecidas de utilidade pública, legitimam a autonomização específica de uma categoria de contratos, “(...) que se poderá designar por contratos de cooperação entre o Estado e as instituições particulares de interesse público sem fins lucrativos”. Neste sentido, *vd*, Licínio Lopes, *As Instituições Particulares ...* cit, p. 392.

³⁵ A questão que o douto tribunal apreciou foi a de saber se o contrato em apreço foi submetido a um procedimento pré-contratual regulado por normas de Direito Público, tendo aquele concluído pela afirmativa, uma vez que o convite endereçado á empresa J ... da C ... A ... Unipessoal, Lda (a apresentar uma proposta para a obtenção de Certificado Energético, para as instalações do Instituto D. F ... G ... - C ... dos R ... Faro) reportava-se ao DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro (versão do Código dos Contratos Públicos Português – CCP – aplicável, *in casu*), contendo o caderno de encargos várias referências ao CCP.

³⁶ Cfr. Licínio Lopes Martins, «*Breves nótulas sobre o “Novo Estatuto” das Instituições Particulares de Solidariedade Social*», in *Cooperativismo e Economía Social (CES)*, n.º 37. Curso 2014-2015, Universidad de Vigo, andavira editora, 2014-2015, p. 146, nota 9.

é o da correlação existente entre o domínio da ação social e o da educação em Portugal, em articulação definida com o papel desempenhado neste aspeto pelas IPSS`s (37).

Breves considerações finais

Posto isto, defendemos que os acordos cooperativos são verdadeiros contratos administrativos, mas, sugerimos uma nova designação aos contratos administrativos celebrados entre o Estado/AP e as IPSS`s, que é a de contratos administrativos de prestação social.

Referências

Doutrina

Alves, Patrícia Pinto- “*Os Serviços Públicos Locais e a Descentralização Administrativa em Portugal: que medidas a seguir? Entre a ação social e a educação*”, in *Descentralização Administrativa: Perspectiva Luso-Espanhola – Descentralización Administrativa: Perspectiva Hispano-Lusa*, Coordenação de SUZANA TAVARES DA SILVA, Edição Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Dezembro 2018.

Aparício Meira, Deolinda - “*A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: algumas reflexões críticas*”, informação pesquisada em: http://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/848/1/COM_DeolinaMeira_2012.pdf, p. 3: acesso em 09.08.2019.

Estorninho, Maria João - *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990.

³⁷ Assim, defendemos que as IPSS`s, também no que respeita à educação podem ser um excelente auxílio aos municípios e freguesias, na medida em que ao prestarem serviços públicos neste domínio estão a contribuir para o aumento de conhecimentos das crianças daquelas zonas e correspondente acesso ao ensino, evitando, muitas vezes, o abandono escolar precoce devido ao encerramento de imensos estabelecimentos escolares e à longa distância que percorre das suas habitações até aos estabelecimentos escolares mais circunscritos, garantindo assim uma maior proximidade dos serviços públicos àquelas pessoas. Tal medida pode efetuar-se através de instrumentos contratuais de cooperação entre as autarquias locais e as IPSS`s. O papel das IPSS`s nunca será o de tomar o lugar daquelas, mas sim o de auxiliar na prestação dos serviços públicos àquelas coletividades. Neste sentido, e para maiores desenvolvimentos, *vd*, Patrícia Pinto (Alves), “*Os Serviços Públicos Locais e a Descentralização Administrativa em Portugal: que medidas a seguir? Entre a ação social e a educação*”, in *Descentralização Administrativa: Perspectiva Luso-Espanhola – Descentralización Administrativa: Perspectiva Hispano-Lusa*, Coordenação de Suzana Tavares da Silva, Edição Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Dezembro 2018, pp. 497-517, p. 508. Também em Espanha, os serviços sociais e o domínio da ação social lá relevam. *Vd*, Jesús López-Medel Báscones, *Autonomía y Descentralización Local, El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 2003, pp. 191-194.

López-Medel Báscones, Jesús - *Autonomía y Descentralización Local, El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 2003.

Gomes Canotilho, J. J. - “*O direito constitucional passa, o direito administrativo passa também*”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Comissão Redactora de Almeida Costa, Ehrhardt Soares, Castanheira Neves, Lopes Porto e Faria Cota, *STVDIA IVRIDICA 61, AD HONOREM – 1*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

Gonçalves, Pedro - *Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1998.

Lopes, Licínio - *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra, Almedina, 2009.

- «*Breves nótulas sobre o “Novo Estatuto” das Instituições Particulares de Solidariedade Social*», in *Cooperativismo e Economía Social (CES)*, N.º 37. Curso 2014-2015, Universidad de Vigo, andavira editora, 2014-2015.

Moor, Pièerre - *Droit Administratif*, Volume III, Editions Berne, 1992.

Sérvulo Correia, José Manuel - *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987.

- “*A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos*”, *Revista Eletrónica de Direito Público (e-pública)*, Volume IV, n.º 2, Lisboa, Novembro de 2017, pesquisável em: <http://www.scielo.mec.pt>: acesso em 06.08.2019.

Vieira de Andrade, José Carlos - *As Novas Regras da Actividade Administrativa*, Centro de Estudos e Formação Autárquica (CEFA), 1993.

- “*Interesse Público*”, *DJAP*, Volume V.

Villar Ezcurra, José Luís - *Servicio Público y Técnicas de Conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

Wright, Vincent - “*Le privatizzazioni in gran Bretagna*”, in *RTDP*, Ano XXXVII, 1988.

Jurisprudência

-Acórdão do TCAS, Processo n.º 584/16.1BELLE, datado de 05.04.2018, cujo relator foi o Sr. Dr. Juiz Nuno Coutinho, pesquisável em www.dgsi.pt: acesso em 09.08.2019

30. AMÉRICA LATINA E DESENVOLVIMENTO: DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL AO BUEN VIVIR

LATIN AMERICA AND DEVELOPMENT: FROM ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY TO “BUEN VIVIR”



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-30>

Marcia Maria dos Santos Souza Fernandes¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo investigar as bases do processo epistemológico do desenvolvimento na América Latina e estudar aspectos das rationalidades econômica e ambiental com vistas a estabelecer um paralelo entre elas e as bases do padrão de desenvolvimento apresentado pela Bolívia e pelo Equador, que tem alicerce na ética do *Buen Vivir/Vivir Bien*. Estuda-se o caso de exploração de minérios no Brasil, o desastre ocorrido em Brumadinho-MG, no ano de 2019 e a sua relação os objetivos do desenvolvimento sustentável previsto na Agenda 2030, em especial o ODS 11.5. Como resultado, demonstra-se que o objetivo entre compatibilizar desenvolvimento econômico e sustentabilidade implica em refletir e questionar o próprio modelo de desenvolvimento econômico vigente, que tem como centro o mercado e as necessidades prioritariamente humanas, relegando a segundo plano a Natureza e a esgotabilidade dos recursos. Nesse sentido, apresenta-se como sucedâneo e complementar ao desenvolvimento sustentável o *Buen Vivir/Vivir Bien*, como alternativa às rationalidades centradas exclusivamente no ser humano como meio e fim do desenvolvimento e apresenta-se o avanço, no âmbito do direito comparado, quanto ao reconhecimento dos direitos da Natureza como forma de assegurar o equilíbrio ambiental e a harmonia entre os seres. Faz-se, uma pesquisa exploratória

¹ Mestranda pelo Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional Público e Teoria Política da Universidade de Fortaleza (CAPES 6). Pesquisadora bolsista pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Membro do Grupo de Pesquisa REPJAAL/UNIFOR (Relações Econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais na América Latina). E-mail: marciamsfernandes@unifor.br. O presente artigo é fruto das aulas e dos debates oriundos da Disciplina de Direito Constitucional Comparado na América Latina, 2019.

com abordagem qualitativa por meio do método dedutivo utilizando-se a consulta bibliográfica e a análise crítica dos conteúdos e doutrina abordados.

Palavras-chave: América Latina. Desenvolvimento. Sustentabilidade. *Buen Vivir*.

Abstract

This paper aims to investigate the foundations of the epistemological process of development in Latin America and to study aspects of economic and environmental rationality with a view to establishing a parallel between them and the foundations of the development pattern presented by Bolivia and Ecuador, which is founded on. in the ethics of Buen Vivir / Vivir Bien. We study the case of mineral exploration in Brazil, the disaster that occurred in Brumadinho-MG, in 2019 and its relation to the goals of sustainable development foreseen in Agenda 2030, especially the SDG 11.5. that the objective between reconciling economic development and sustainability implies reflecting and questioning the current model of economic development itself, which has as its center the market and the needs of human beings, relegating nature and the depletion of resources to the background. In this sense, Buen Vivir / Vivir Bien is presented as a substitute for and complementary to sustainable development, as an alternative to rationalities centered exclusively on the human being as a means and end of development, and the advance in the scope of comparative law is presented. recognition of the rights of nature as a way of ensuring environmental balance and harmony among beings. It is an exploratory research with qualitative approach through the deductive method using bibliographic consultation and critical analysis of the contents and doctrine addressed.

Keywords: Latin America. Development. Sustainability. *Buen Vivir*.

Introdução

O processo de desenvolvimento na América Latina vem sendo acompanhado e fomentado pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), criada em 25 de fevereiro de 1948, por resolução 106 (VI) do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.

Embora os dados anuais divulgados pela CEPAL, em especial o referente ao panorama Social da América Latina 2018, demonstrem a condição de fragilidade da região e a necessidade de se buscar um desenvolvimento que permita a inclusão e a

minimização da pobreza, observa-se também a emergência de um paradigma cimentado nas tradições andinas que indica uma nova forma de desenvolvimento e de relação entre as pessoas e o ambiente, qual seja, o *Buen Vivir, Vivir Bien*.

Nesse sentido busca-se estudar e compreender como e se é possível compatibilizar desenvolvimento e sustentabilidade na América Latina frente à crise sócio ambiental vivida na contemporaneidade, da mesma forma em que se busca investigar se a racionalidade ambiental que impulsiona o desenvolvimento e a construção do saber é suficiente à consecução dos objetivos da Agenda 2030, precisamente no que diz respeito ao objetivo 11.5, que visa reduzir significativamente o número de mortes e o número de pessoas afetadas por catástrofes, incluindo os desastres relacionados à água.

As reflexões da presente investigação são feitas à luz dos documentos internacionais que positivam direitos relacionados no âmbito ambiental com o objetivo de estabelecer um equilíbrio entre meio ambiente e desenvolvimento, precisamente as Declarações da ONU de 1972 e a de 1992, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável do Milênio, Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, bem como à luz das Constituições da Bolívia e do Equador.

Na primeira seção investiga-se o significado de racionalidade econômica e ambiental, indaga-se em que medida ambas proporcionam a compatibilidade entre desenvolvimento e sustentabilidade e como elas se relacionam com a lógica do desenvolvimento voltado a atender aos anseios do mercado.

Busca-se, em seguida, identificar o liame existente entre desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental, questiona-se a centralidade do desenvolvimento com base nas regras do mercado tendo como meio e fim exclusivamente o ser humano e cita-se como exemplo, o caso da exploração mineral no Brasil e o desastre ocorrido em janeiro de 2019 em Brumadinho, protagonizado pela empresa Vale S.A

Na sequência estuda-se a emergência de um padrão ancestral comunitário na América Latina, *Buen Vivir/ Vivir Bien*, oriundo das cosmovisões andinas e presente nas constituições do Equador e da Bolívia, investigando-se os reflexos desse paradigma na reorientação da relação do ser humano com a Natureza e das implicações sobre uma nova possibilidade de desenvolvimento.

Faz-se, portanto, uma pesquisa exploratória feita por meio do método dedutivo, partindo de consulta bibliográfica e análise crítica dos conteúdos e doutrina abordados, tendo caráter qualitativo.

1 Desenvolvimento econômico, racionalidade ambiental e violação de direitos na atividade mineradora

Em 1972, na cidade de Estocolmo na Suécia, realizou-se a primeira Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, onde se tratou, numa perspectiva mundial, sobre assuntos relacionados ao desenvolvimento dos países e à compatibilidade com a preservação do meio ambiente.

No referido documento ao tempo em que se prevê no Princípio 2 a preservação dos recursos e ecossistemas naturais em benefício das presentes e futuras gerações, assegura-se também no Princípio 21, o direito soberano dos Estados de explorar os seus próprios recursos naturais².

Verifica-se, portanto, a construção epistemológica cimentada em uma racionalidade antropocêntrica, visto que no preâmbulo da Declaração afirma-se que os seres humanos são o fim e o meio pelo qual se pretende chegar ao progresso social por meio da criação da riqueza e da promoção do desenvolvimento da ciência e da tecnologia, sendo estes os passos norteadores e legitimadores do desenvolvimento, dando-se ênfase, portanto ao desenvolvimento econômico.

Assim, o desenvolvimento ao longo das décadas que se seguiram à Declaração de Estocolmo, além de ter-se pautado numa racionalidade antropocêntrica aliou-se também a outras rationalidades que, ora ressaltam a necessidade de desenvolvimento e geração de riquezas minimizando a preocupação com os chamados “recursos naturais”, ora se alinha a uma racionalidade que, mantendo os mesmos princípios de apropriação e exploração da Natureza, busca alento na ideia de que desenvolvimento é possível desde que se busque a sustentabilidade.

Quanto à primeira, a racionalidade econômica, decorre o conceito de desenvolvimento econômico. Este, por sua vez, é um fenômeno histórico, segundo

²ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano. Disponível em: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>. Acesso em 27 Jul. 2019.

Bresser-Pereira³ que ocorre nos países ou estados-nação que realizam a sua revolução capitalista.

Desenvolvimento econômico para o autor, se relaciona a um processo de acumulação de capital, à capacidade de incorporação de progresso técnico à produção. Para ele o fator principal capaz de determinar a maior ou menor aceleração do desenvolvimento capitalista é a existência de uma estratégia nacional de desenvolvimento, daí porque o conceito de estado-nação é essencial no que diz respeito a manter uma estratégia de coesão para que se possa competir internacionalmente.

A racionalidade econômica, nesse sentido, se atrela aos anseios do mercado, à geração de bens de produção, ao processo de industrialização que só se torna efetivamente possível, segundo Bresser-Pereira, em face da formação dos estados-nação, pois são este e seus governos os condutores do processo de desenvolvimento.

São os estados-nação e seus governos que serão os condutores do processo de desenvolvimento, através da definição de instituições necessárias ao desenvolvimento capitalista, como a garantia da propriedade e dos contratos, a proteção da indústria nacional, e os mais variados sistemas de estímulo ao investimento produtivo, e também através da institucionalização da educação pública universal que permitirá o aumento da produtividade em toda a economia. São os empresários que, ao nível de cada empresa, irão fazer a diferença através da atividade inovadora visando obter vantagens monopolísticas principalmente pela incorporação sistemática de progresso técnico à produção.⁴

São os interesses do mercado que coordenam a racionalidade econômica e como salientou o autor, o objetivo do desenvolvimento nesse tipo de racionalidade, é a acumulação de capital. Ele defende também que não existe desenvolvimento econômico sem que haja um processo de crescimento da renda per capita por habitante, contudo, essa renda não implica necessariamente em uma distribuição “mais igual”. Para ele o conceito de desenvolvimento econômico não se relaciona com a distribuição de renda mais igualitária, por mais que tal argumentação seja sedutora do ponto de vista moral.

A médio prazo, o desenvolvimento econômico implica sempre melhoria dos padrões médios de vida da população, mas daí não se pode deduzir que o desenvolvimento produza em termos práticos a constituição de uma sociedade mais igualitária. Pelo contrário, historicamente, temos longos períodos em que o

³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “O conceito Histórico de Desenvolvimento Econômico”. FGV-EESP, texto para discussão, n. 157, 2006, São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. pp 1-24.

⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “Estratégia Nacional e Desenvolvimento”. Rev. Econ. Pol., v. 26, n. 2, 2006, São Paulo, Centro de Economia Política, pp. 203-230.

desenvolvimento econômico é claramente concentrador de renda, e, no curto prazo, pode mesmo implicar em deterioração desses padrões.⁵

A questão que se coloca nesse tipo de racionalidade é: é possível compatibilizar esses objetivos da racionalidade econômica com a sustentabilidade pretendida, nos documentos internacionais, como a Declaração de Estocolmo e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável insertos na Agenda 2030?

De acordo com Henrique Leff⁶ a racionalidade econômica, funda-se na exploração da natureza e do trabalhador, sendo que tal fundamento se dá em razão do caráter concentrador do poder que agrega a sociedade, aliena o indivíduo e subordina os valores humanos ao interesse econômico e instrumental. Essa é a razão cartesiana e a física newtoniana que modelaram a racionalidade econômica baseada em um modelo mecanicista, no qual as condições ecológicas que impõem limites à produção, são ignoradas.

Na lógica da racionalidade econômica há uma compulsão pelo crescimento o que implica no uso crescente da matéria e da energia, sem uma preocupação efetiva com a esgotabilidade dos recursos, com o equilíbrio do ecossistema e com as consequências das ações antrópicas.

Nesse sentido Celso Furtado⁷, ao abordar a temática do mito do desenvolvimento, afirma que a ideia de criação do valor econômico dos bens não renováveis e os impactos provocados no mundo físico, gera, na maioria dos casos, processos irreversíveis de degradação do mundo físico. Essa constatação inevitavelmente estabelece um confronto com a ideia de internalização dos custos ambientais, oriunda da ideia de sustentabilidade ambiental, como forma de combater a degradação.

Para Celso Furtado⁸ é uma ingenuidade imaginar que os problemas de degradação do planeta, como, por exemplo, o aumento da temperatura em certas partes do globo terrestre, possam ser resolvidos com o progresso tecnológico, pois esse mesmo progresso também contribui para agravá-los.

⁵ Ibid, 2006, p. 210

⁶ LEFF, Henrique. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

⁷ FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

⁸ Ibid., p. 20.

Se, por um lado, há um problema no desenvolvimento econômico da dependência de matéria prima para os países industrializados, por outro há também o aspecto da dependência econômica em relação aos países colonizados, detentores de fontes primárias para exportação. Aliás, ao fazer essa reflexão sob a ótica do país colonizado, observa-se que esse é ponto nevrálgico do desenvolvimento nos países da América Latina, dentre eles o Brasil, onde o desenvolvimento foi cimentado no modelo extrativista, fonte de diversos problemas ambientais e do agravamento das disparidades sociais.

É o que identifica Alain Touraine⁹ ao elencar a dependência econômica como um dos aspectos negativos no que diz respeito ao desenvolvimento na América Latina. Ele afirma que um dos efeitos negativos dessa dependência econômica não repousa no risco de empobrecimento do continente, mas sobretudo na prioridade a um tipo de desenvolvimento que não atende às necessidades da população.

O modelo de desenvolvimento sedimentado na racionalidade econômica, de acordo com os autores acima citados, está fadado ao fracasso e mesmo o modelo da racionalidade ambiental, a qual se propõem a reordenar o desenvolvimento a partir de uma perspectiva de proteção e conservação do meio ambiente às presentes e futuras gerações, impulsionam reflexões diante de situações corriqueiras que têm gerado impactos sócio ambientais, nem sempre mensuráveis dada a gravidade.

Basta verificar os exemplos de atividades exploratórias que potencialmente podem causar dano à Natureza e aos seres humanos e não humanos e, ainda assim, são autorizadas pelos poderes competentes sob o argumento de que tais empreendimentos trarão progresso e desenvolvimento econômico.

Ilustrando tal ideia e a incompatibilidade com o que se entende por sustentabilidade, cita-se o recente crime ambiental ocorrido no Brasil, onde a empresa exploradora de mineração, Vale S/A, anteriormente identificada como Vale do Rio Doce, provocou dano ambiental ocasionando a morte de dois rios, a perda da biodiversidade e a morte de centenas de pessoas entre trabalhadores e comunidades atingidas no afã de dar continuidade a uma atividade exploratória lucrativa sob o ponto de vista econômico, contudo absolutamente nociva.

⁹ TOURAIN, Alain. *Palavra e sangue. Política e sociedade na América Latina*. Tradução. Iraci D. Poleti. São Paulo: Universidade Estadual de Campinas, 1989.

Tais constatações são anunciadas no relatório preliminar da missão emergencial à Brumadinho após o rompimento da barragem da Vale S/A, firmado pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos. Nas conclusões do referido relatório percebe-se que a empresa mantinha suas atividades de mineração em plena execução, mesmo diante de violações de direitos humanos no processo de implantação de barragens no Brasil e sem observância das medidas preventivas impostas já por ocasião de outro crime ambiental proferido em maio de 2017:

Todavia, o caso de Brumadinho possui uma especificada única em relação aos casos estudados pelo CDDPH e pelo próprio CNDH (Belo Monte, Santo Antônio e Jirau), pois estes tratam do ‘padrão vigente’ que ocorrem nesses grandes projetos levados a cabo por empresas com violações de direitos humanos. A especificidade do que aconteceu em Brumadinho decorre da magnitude de vítimas e dos impactos sociais ambientais, gravíssimos, e que materializam a reincidência da empresa Vale nesse tipo de violações, repetindo o ocorrido na Bacia do Rio Doce em 05 de novembro de 2015. O que aconteceu no Rio Doce não se trata de mero ‘evento’ como consta no TAC firmado entre empresas e Estado, constituindo verdadeiro ‘desastre tecnológico e criminoso’. Do mesmo modo, o que aconteceu em Brumadinho não se trata de ‘evento’ como constou na certidão de óbito de uma das vítimas apresentado à missão’.

A segunda constatação da missão é de que as recomendações do CNDH, no seu “Relatório sobre o Rompimento da Barragem de Rejeitos da Mineradora Samarco e seus Efeitos sobre a Bacia do Rio Doce”, de maio de 2017, pensadas e formuladas como medidas de prevenção e não repetição de novos danos (novas violações de direitos humanos), não foram seguidas pelas empresas e pelo Estado Brasileiro.”¹⁰

A execução de ações empresariais exploratórias de recursos naturais, no caso a construção de barragem para fins de exploração mineral, mesmo diante de incertezas e inseguranças, ressalta a primazia da racionalidade econômica e revelam a função simbólica do Direito Ambiental, pois “ao mesmo tempo em que a sociedade e o Estado conferem suporte ao discurso de proteção ao meio ambiente, autorizam e apoiam atitudes que vão de encontro a esse mesmo fim”.¹¹

E para, além disto, destoa do preceituado no Objetivo 11 da Agenda 2030, que tem por escopo tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros,

¹⁰ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Relatório Emergencial à Brumadinho/MG após rompimento da Barragem da Vale SA do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH). 2019. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/fevereiro/missao-emergencial-do-cndh-apresenta-relatorio-sobre-rompimento-de-barragem-da-vale/RelatrioMissoemergencialaBrumadinho.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2019.

¹¹ PINHEIRO FREITAS, Ana Carla; VIDAL POMPEU, Gina. “A função simbólica do direito ambiental: considerações sobre o tema 30 anos depois da Constituição de 1988”. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, 2019, Belo Horizonte, Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, p. 235-252.

resilientes e sustentáveis, sendo um dos objetivos específicos da Agenda, precisamente o item 11.5, a redução das mortes e o número de pessoas afetadas por catástrofes, incluindo os desastres relacionados à água, visando-se proteger especialmente os pobres e as pessoas em situação de vulnerabilidade. Exatamente o oposto do que aconteceu em Brumadinho com a autorização da instalação e funcionamento da empresa de mineração, mesmo diante das constatações de violação aos direitos humanos.

A despeito desse tema Guilherme Uchimura e Ricardo Pazello¹² analisam os aspectos da Economia política e violação do direito a partir de reflexões acerca do rompimento da barragem de minérios da Mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho/MG, sendo enfáticos em afirmar que se trata de um caso emblemático em que múltiplas relações de violações do direito parecem estar relacionadas ao processo de acumulação decorrente das atividades econômicas da Vale S.A, na referida região. Indicam que há, portanto, uma inconsistência entre a “expansão irresolúvel da acumulação capitalista” e a não violação de direitos.

Infelizmente, somam-se ao caso do rompimento da barragem de minérios acima citado, outras decisões de política ambiental havidas no Brasil, no decorrer do ano de 2019, as quais colocam em risco, não apenas a integridade do ambiente em si, como também grupos vulneráveis, humanos e não humanos.

Vanessa Hasson e Fábio Ishisaki¹³ alertam para o discurso desenvolvimentista do atual ministro do Meio Ambiente, que em menos de um mês após a tragédia em Minas Gerais, em rede nacional de TV, anunciou que o desastre em Brumadinho não alterou as propostas ambientais do atual Governo, as quais dizem respeito ao desmatamento da Amazônia para fins de instalação de mineradoras. Destacam também a posição do atual gestor em relação a questão das mudanças climáticas, as quais, segundo o Ministro, estão relacionadas ao lucro de consultorias e aos anseios dos estrangeiros em barrar o desenvolvimento do país.

Tais opções políticas na seara ambiental reforçam a crítica de Ana Carla Freitas e Gina Pompeu¹⁴ quanto à existência de um Direito Ambiental, movido por uma

¹² CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL, 8, 2019, Curitiba. **ANAIIS** [...] Curitiba: CEPEDIS, 2019, p. 1222.

¹³ HASSON, Vanessa; ISHISAKI, Fábio. “O posicionamento do Governo Federal no primeiro debate público pós-desastre de Brumadinho solidifica os retrocessos ambientais”. MAPAS, São Paulo, 12 fev. 2019. Disponível em: <http://www.mapas.org.br/?p=1492>. Acesso em: 01. ago.2019.

¹⁴ PINHEIRO FREITAS, Ana Carla; VIDAL POMPEU, Gina. Op.cit, p. 250.

racionalidade que traz em si contradições relacionadas aos aportes epistêmicos, ao discurso de proteção e defesa do ambiente ecologicamente equilibrado, contudo não se opera no plano da eficácia jurídica e assim, revela uma função meramente simbólica do Direito Ambiental.

Por sua vez, o 3º Relatório Luz da Sociedade Civil da Agenda 2030 de 2019¹⁵, evidencia o acirramento das violações e o desrespeito aos direitos sociais, ambientais e econômicos em curso no Brasil. Anunciam, outrossim, o afastamento do Brasil a um futuro sustentável, conclamando a atuação das instituições fiscalizadoras nacionais e alinhamento dos governos locais e do parlamento aos ODS.

No que diz respeito precisamente ao Objetivo 11.5 do ODS, o relatório aponta que os indicadores relativos a desastres naturais apresentam grande variação nos anos recentes indicando uma perigosa “imprevisibilidade” ou falta de atenção sistemática à sua prevenção¹⁶.

De acordo com o número de mortos e desaparecidos em decorrência do desastre em Brumadinho em 2019, o Relatório Emergencial da Comissão de Direitos Humanos apontava 134 mortos e 199 desaparecidos, todavia, de acordo com os números colhidos em agosto de 2019 e insertos no Boletim da Defesa Civil de Minas Gerais¹⁷, no município, foram registrados 248 óbitos, estando ainda 22 pessoas sem contato e 137 pessoas desabrigadas

Diante desse caso ocorrido em Brumadinho e das recentes decisões políticas do Governo brasileiro em torno da questão ambiental, há que se indagar se de fato é possível em falar em desenvolvimento sustentável, enquanto princípio oficializado a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro em 1992, ou se de fato, os tempos nos convidam à direcionar o olhar aos demais países da América Latina e perceber o resgate das tradições andinas que orienta as relações entre o ser humano e a natureza.

¹⁵ GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030. III Relatório Luz da Sociedade Civil da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável. Brasil, 2019. Disponível em: https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2019/08/relatorio_luz_portugues_19_download_v3.pdf. Acesso em: 22 Ago. 2019.

¹⁶ Ibid. p. 53.

¹⁷ MINAS GERAIS, Boletim Estadual de Proteção e Defesa Civil. N.º 224, 13 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.defesacivil.mg.gov.br/index.php/defesacivil/boletim-defesa-civil>. Acesso em: 24. Ago. 2019.

A possibilidade de uma nova ética e de outro padrão de desenvolvimento que inspire novas formas de viver e reorienta as relações entre o ser humano e a Natureza, é o que se passa a abordar na sessão adiante.

2 Um padrão de desenvolvimento oriundo da América latina: uma ética de *vivir bien/buen vivir*

A América Latina, ao mesmo tempo que é palco de diversas mazelas sociais com níveis de desigualdades que criam obstáculos ao desenvolvimento e se erguem como barreira à erradicação da pobreza e ampliação da cidadania¹⁸ é também o território onde se observa a insurgência do resgate das tradições andinas e de um padrão de desenvolvimento que procura se alicerçar no respeito à Natureza, com expressa inclusão da temática nos textos constitucionais da Bolívia e do Equador.

Esse fenômeno é observado a partir de um movimento constitucional que surgiu no final da década de 90, segundo Rubén Martínez¹⁹, e que culminou em Constituições que refletem as demandas populares decorrentes de amplos processos democráticos e participativos, iniciadas por rupturas democráticas como os referendos constituintes, os quais não estavam previstos no ordenamento jurídico anterior.

Esse movimento constitucional é visto por Antônio Carlos Wolkmer e Lucas Machado Fagundes²⁰, como um movimento de emancipação e de descolonização que se revela no âmbito do pensamento e das práticas políticas e jurídicas, mediante uma visão diferenciada e comprometida com a transformação social e principalmente econômica.

As cartas constitucionais do Equador (2008) e da Bolívia (2009) são documentos que refletem esse câmbio constitucional e que positivam em seus textos um novo padrão ético ou como identifica Fernando Mamamani²¹, um novo “paradigma

¹⁸ COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). Panorama Social da América Latina 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44412/1/S1801085_pt.pdf. Acesso em: 05 ago. 2019.

¹⁹ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “As Constituições do Novo Constitucionalismo Latino Americano Funcionaram?” Revista Culturas Jurídicas, Vol 5, n 12, 2018, Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. p. 42-67.

²⁰ WOLKMER, Antonio Carlos; MACHADO FAGUNDES, Lucas. “Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino Americano”. Revista Pensar, Vol. 6, n.2, 2011, Fortaleza, CCJ Universidade de Fortaleza, p. 371-408.

²¹ HUANACUNI MAMANI, Fernando. *Vivir Bien/Buen Vivir - Filosofía, políticas, estrategias y experiencias de los pueblos ancestrales*. La Paz: Instituto Internacional de Integración, 2015.

ancestral comunitário”, fundamentado nas tradições andinas e que se insurge às racionalidades centradas exclusivamente no ser humano como meio e fim do desenvolvimento.

Na Constituição boliviana²² positiva-se o *Vivir Bien (suma qamaña)* como um princípio ético-moral de uma sociedade plural (art. 8º, I), assim como um princípio orientador do modelo econômico boliviano (art. 306, I). Na Constituição equatoriana²³ de 2008, consagra-se o direito de “*Buen Vivir*” (*sumak kawsay*) no capítulo segundo e no Título VII, positiva-se o regime de “*Buen Vivir*”.

Ambas as expressões, *Vivir Bien e Buen Vivir*, são usadas por nações indígenas de países diversos da América Latina, como os Aymara, presentes no Norte do Chile, norte da Argentina, Peru e Bolívia; a nação Guarani presente no norte Argentino, sul da Bolívia, Paraguai e uma parte do Brasil e Uruguai; nação Quechua ou Kichwa, presentes no Equador, Peru, Bolívia e norte Argentino, dentre outras. *Buen Vivir* ou *sumak kawsay* em termos gerais significa “*vivir em armonia y equilíbrio; em armonía con los ciclos de la Madre Tierra, del cosmos, de la vida y de la historia, y em equilíbrio con toda forma de existencia*”.²⁴

A articulação entre *Vivir Bien* e *Buen Vivir* a partir das diferentes nações ancestrais, de acordo com Fernando Mamani²⁵ diz respeito à união sobre uma mesma cosmovisão, a cosmovisão ancestral, na qual a vida está em primeiro lugar nas relações de equilíbrio e harmonia, o que implica em dizer que não se pode viver bem se os demais vivem mal, ou se causam dano à Mae Terra. *Vivir bien significa comprender que el deterioro de una especie es el deterioro del conjunto*”.

O Bem Viver está sendo forjado como reação aos conceitos convencionais de desenvolvimento. É um conceito em construção que permite pelo menos três planos de abordagem: as ideias, os discursos e as práticas.

No plano das idéias se encontram os questionamentos radicais às bases conceituais do desenvolvimento, especialmente sua ligação com a ideologia do progresso. De alguma maneira, essas críticas vão além do desenvolvimento e atingem outras questões essenciais, como as formas de entender-nos a nós mesmos como pessoas e a maneira como concebemos o mundo.

²² BOLÍVIA. Constituição (2009). Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 20. Ago. 2019.

²³ EQUADOR. Constituição (2008). Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 20. Ago. 2019.

²⁴ MAMANI, op. cit. p.85

²⁵ Ibid. p.102

Um segundo plano se refere aos discursos e às legitimações dessas idéias. O Bem-Viver se distingue dos discursos que celebram o crescimento econômico ou o consumo material como indicadores de bem-estar. Também não louva a obsessão com a rentabilidade e o consumo. Suas referências à qualidade de vida passam por outros caminhos. Incluem tanto as pessoas como a Natureza. O Bem-Viver abre as portas a outras formas de falar, escrever ou pensar nosso mundo.

No terceiro plano se encontram as ações concretas. Podem ser projetos políticos de mudança, planos governamentais, códigos de leis e a busca de alternativas ao desenvolvimento convencional. Aqui se encontra um dos grandes desafios das idéias do Bem-Viver, no sentido que se convertam em estratégias e ações concretas, sem repetir as posturas convencionais tão criticadas. E, além disso, requer-se que sejam viáveis.²⁶

Tem relação em conceber a natureza de maneira a assegurar simultaneamente o bem-estar das pessoas e a sobrevivência das espécies, buscando romper com a visão clássica de desenvolvimento associada ao crescimento econômico perpétuo, ao progresso linear e ao antropocentrismo.²⁷

Aliás, é na seara jurídica, precisamente no reconhecimento dos direitos da Natureza, que se concretizam os aportes éticos do *Buen Vivir /Vivir Bien*, cuja expressão clara e concisa se deu na Constituição equatoriana²⁸, no artigo 71 do capítulo sétimo, onde se assegura à Natureza ou Pachamama o direito à sua existência, manutenção, restauração dos seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

Apresentam-se adiante alguns casos judiciais em que o reconhecimento dos direitos da natureza foi essencial para se buscar maior proteção aos ecossistemas, à população e à vida, de uma forma mais ampla.

O caso pioneiro, citado por Germana Moraes²⁹ diz respeito ao reconhecimento jurídico do Vilcabamba no Equador em 2011, como um ser passível de direitos, tal qual um ser humano. A demanda aconteceu em Loja, no Equador, quando o poder público decidiu construir uma estrada sem o devido impacto ambiental e provocou poluição e degradação no rio Vilcabamba. Ali, o órgão responsável pela proteção ambiental, no

²⁶ GUDYNAS, Eduardo. “*Buen Vivir, Germinando alternativas al desarrollo*”. America Latina en Movimiento ALAI, n. 462, 2011, Quito, p. 1-20.

²⁷ VIEIRA MENDES CAMARA, Ana Stela. SANTOS SOUZA FERNANDES, Marcia M. dos. “O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como Sujeito de Direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza”. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, v. 12, n.1, 2018, Brasília, Departamento de Estudos Latino-Americanos (ELA) da Universidade de Brasília (UnB) p. 221-240.

²⁸ EQUADOR. Constituição (2008). loc. cit.

²⁹ OLIVEIRA MORAES, Germana de. *Harmonia com a natureza e direitos de Pachamama*. Fortaleza: Edições UFC, 2018.

caso o Governo da Província de Loja, foi acionado por cidadãos com base no art. 88 da Constituição do Equador e a demanda, ao chegar à Corte Provincial de Loja, recebeu decisão favorável.

Na sentença o juiz da Corte Provincial de Loja reconheceu a Natureza como sujeito de direitos, com base no art. 71 da Constituição equatoriana que garante os direitos da Mãe Terra (Pachamama) e reconheceu a medida judicial como via idônea e eficaz para por fim e remediar de maneira imediata o dano ambiental.³⁰

No ano de 2017 a cúpula do poder judiciário da Colômbia, a Corte Constitucional, por meio da sentença T-622 de 2016³¹, julgou um caso de degradação sócio ambiental na bacia de um rio denominado Atrato por ação depredatória da Natureza em razão da exploração mineral que vinha gerando a morte de crianças indígenas, assim como a perda da biodiversidade, a contaminação das águas do rio, afetando direitos da população tradicional e, ferindo direitos do próprio rio, que foi reconhecido em sua subjetividade jurídica ativa.

É um caso emblemático, cuja decisão da Corte colombiana, proporciona reflexões para a necessidade de superação de um padrão de desenvolvimento pautado na racionalidade meramente econômica e/ou ambiental e acena para a necessidade de se reconhecer a intrínseca “conexão que existe entre a Natureza, seus recursos e a cultura das comunidades étnicas e indígenas que a habitam, sendo a Natureza e os seres que nela habitam, interdependentes entre si”.³²

O reconhecimento dessa interdependência e a lavratura de atos de coibição às ações antrópicas de degradação à bacia do rio Atrato, ou seja, o expresso reconhecimento dos direitos da Natureza pelo seu valor intrínseco, indicam que os caminhos apontados pelos povos tradicionais andinos, amparados na filosofia do Vivir Bien ou *Buen Vivir*, são viáveis e essenciais à reorientação do saber e das ações a partir de uma perspectiva não antropocêntrica. Obviamente, há outros aspectos na seara social e econômica que precisam de maior aprofundamento, daí porque não são abordadas neste artigo.

³⁰ Ibid, p.91

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Acción de tutela interpuesta por ele Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”, en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato y otros contra la Presidencia de la República y otros. .T-622-16, Sentencia de 10 de noviembre de 2016.

³² VIEIRA MENDES CAMARA, Ana Stela; SANTOS SOUZA FERNANDES, Marcia M. dos. op.cit. p. 227.

Conclusão

O que comumente se entende como desenvolvimento está marcado pela construção de uma racionalidade econômica, fundada na ideia eurocêntrica de desenvolvimento, na qual a acumulação de bens e capital é o indicador de progresso, cujo sentido não se coaduna com a ideia de equilíbrio entre os seres humanos, não humanos e à Natureza.

Isso se revela pela primazia da atividade exploratória econômica, mesmo diante de incertezas e de indicações de violações à direitos humanos, sendo ilustrativo o caso citado no Relatório Emergencial feito pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, em razão do desastre ocorrido em Brumadinho/MG ocasionado pela empresa Vale SA, no ano de 2019. Esse acontecimento somado a escolhas políticas atuais na área ambiental demonstram o distanciamento dos ODS da Agenda 2030.

A racionalidade ambiental decorrente das Declarações de Estocolmo de 1972 e da Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU de 1992 representa um passo importante na busca pelo equilíbrio entre desenvolvimento e sustentabilidade, todavia o discurso de sustentabilidade não pode se dar sem que haja reflexões sobre as bases do desenvolvimento, a forma de produção e consumo, sob pena de redundar na reprodução da racionalidade econômica, pois a simples existência de leis e discursos em prol do chamado “ambiente ecologicamente equilibrado”, diante das expressas atitudes a isso contrárias, revelam tão somente o caráter simbólico do Direito Ambiental.

Da América Latina emerge a partir da visão dos povos tradicionais andinos, precisamente no Equador e na Bolívia, uma ética de desenvolvimento fundamentada no Vivir Bien, *Buen Vivir*, cujo sentido vai além do significado literal da expressão, relacionando-se com reflexões que põem em xeque a lógica capitalista contemporânea, que enxerga a natureza como simples objeto de apropriação e exploração, desconsiderando o direito de existência e o seu valor intrínseco. Essa nova ética ou paradigma ancestral comunitário pode indicar caminhos à superação da crise ambiental que atravessamos a partir da reflexão do modelo de desenvolvimento posto e do que pode ser pensado para assegurar o equilíbrio entre os seres e a existência na vida terrena.

Referências

BOLÍVIA. Constituição (2009). Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 20. Ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Relatório Emergencial à Brumadinho/MG após rompimento da Barragem da Vale SA do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH)**. 2019. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/fevereiro/missao-emergencial-do-cndh-apresenta-relatorio-sobre-rompimento-de-barragem-da-vale/RelatrioMissoemergencialaBrumadinho.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “*Estratégia Nacional e Desenvolvimento*”. Rev. Econ. Pol., v. 26, n. 2, 2006, São Paulo, Centro de Economia Política, pp. 203-230.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “*O conceito Histórico de Desenvolvimento Econômico*”. FGV-EESP, texto para discussão, n. 157, 2006, São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. pp 1-24.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). Panorama Social da América Latina 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44412/1/S1801085_pt.pdf. Acesso em: 05 ago. 2019.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL, 8, 2019, Curitiba. **ANAIIS** [...] Curitiba: CEPEDIS, 2019, p. 1222.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Acción de tutela interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”, en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato y otros contra la Presidencia de la República y otros. T-622-16, Sentencia de 10 de noviembre de 2016.

EQUADOR. Constituição (2008). Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 20. Ago. 2019.

FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030. III Relatório Luz da Sociedade Civil da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável. Brasil, 2019. Disponível em: https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2019/08/relatorio_luz_portugues_19_download_v3.pdf. Acesso em: 22 ago. 2019.

GUDYNAS, Eduardo. “*Buen Vivir, Germinando alternativas al desarrollo*”. America Latina en Movimiento ALAI, n. 462, 2011, Quito, p. 1-20.

HASSON, Vanessa; ISHISAKI, Fábio. O posicionamento do Governo Federal no primeiro debate público pós-desastre de Brumadinho solidifica os retrocessos ambientais. *MAPAS*, São Paulo, 12 fev. 2019. Disponível em: <http://www.mapas.org.br/?p=1492>. Acesso em: 01. ago.2019.

HUANACUNI MAMANI, Fernando. *Vivir Bien/Buen Vivir - Filosofía, políticas, estrategias y experiencias de los pueblos ancestrales*. La Paz: Instituto Internacional de Integración, 2015.

LEFF, Henrique. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “As Constituições do Novo Constitucionalismo Latino Americano Funcionaram?” Revista Culturas Jurídicas, Vol 5, n 12, 2018, Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. p. 42-67.

MINAS GERAIS, Boletim Estadual de Proteção e Defesa Civil. N.º 224, 13 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.defesacivil.mg.gov.br/index.php/defesacivil/boletim-defesa-civil>. Acesso em: 24. Ago. 2019

OLIVEIRA MORAES, Germana de. *Harmonia com a natureza e direitos de Pachamama*. Fortaleza: Edições UFC, 2018

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano. Disponível em: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>. Acesso em 27 Jul. 2019.

PINHEIRO FREITAS, Ana Carla; VIDAL POMPEU, Gina. “A função simbólica do direito ambiental: considerações sobre o tema 30 anos depois da Constituição de 1988”. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, 2019, Belo Horizonte, Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, p. 235-252.

TOURAINE, Alain. *Palavra e sangue. Política e sociedade na América Latina*. Tradução. Iraci D. Poleti. São Paulo: Universidade Estadual de Campinas, 1989.

VIEIRA MENDES CAMARA, Ana Stela. SANTOS SOUZA FERNANDES, Marcia M. dos. “O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como Sujeito de Direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza”. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, v. 12, n.1, 2018, Brasília, Departamento de Estudos Latino-Americanos (ELA) da Universidade de Brasília (UnB) p. 221-240.

WOLKMER, Antonio Carlos; MACHADO FAGUNDES, Lucas. “Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino Americano”. Revista Pensar, Vol. 6, n.2, 2011, Fortaleza, CCJ Universidade de Fortaleza, p. 371-408.

31. PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO E MÁ GESTÃO NA ÁREA DA SAÚDE: NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA UMA GESTÃO COM EFETIVOS RESULTADOS SOCIAIS

CORRUPT AND MISMANAGEMENT PRACTICES IN HEALTH AREA: THE NEED OF ADOPTING COMPLIANCE PROGRAMS BY PUBLIC ADMINISTRATION FOR A MANAGEMENT WITH EFFECTIVE SOCIAL RESULTS



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-31>

*Caroline Fockink Ritt¹
Ingo Wolfgang Sarlet²*

Resumo

O presente artigo científico busca enfrentar o problema da possibilidade de superação de práticas de má gestão e de corrupção na área da saúde, mediante a adoção de políticas de *compliance*, pela Administração Pública, de modo a com isso assegurar melhores níveis de efetividade do direito humano e fundamental à saúde. Para tanto, examinar-se-á o conteúdo da assim chamada Lei Anticorrupção, que prevê a responsabilidade objetiva das empresas e estabeleceu a obrigação dessas adotarem programas de *compliance*, para evitar e coibir práticas corruptivas, especificamente quando fazem negócios ou prestam serviços à Administração Pública. Além disso, a Lei 13.303/2016, conhecida como Estatuto das Estatais, determina que a Administração Pública também adote programas de *compliance* público para que melhore a gestão e evite práticas de corrupção. A hipótese que se formula é a de que ambos os diplomas legais, compreendidos e aplicados de modo complementar, oferecem instrumentos eficazes tanto para a prevenção, como também eventual repressão e responsabilização dos atores envolvidos, em relação a práticas corruptivas

¹ Doutora em direito, pós doutoranda em direitos fundamentais na PUC/RS, sob orientação do professor Ingo Wolfgang Sarlet, professora de direito penal na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC/RS. E-mail: carolinefritt@gmail.com.

² Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique. Professor Titular e Coordenador do PPGD da PUCRS. Desembargador Aposentado do TJRS. Advogado.

e de má gestão em geral, e, em particular, na área da saúde. O método escolhido para este estudo é o dedutivo. E a técnica de pesquisa utilizada será a da documentação indireta.

Palavras-chave: direito fundamental à saúde, corrupção, má gestão, *compliance* público.

Abstract

This scientific article seeks to address overcoming possibility problem of mismanagement and corrupt practices in health area, through the adoption of compliance policies by Public Administration, in order to ensure higher effectiveness levels of fundamental human right to health. For this purpose, this paper shall examine the content of so-called Anti-Corruption Law, which provides objective responsibility of companies and established their compliance programs adoption obligation, to prevent and curb corrupt practices, specifically when doing business or providing services to Public Administration. Furthermore, Law 13.303 / 2016, also known as States Statute, determines that Public Administration should also take public compliance programs for management improving and corrupt practices avoiding. The hypothesis made is that both legal texts, understood and applied in a complementary way, offer effective instruments for prevention as well as possible repression and accountability of involved actors with regard to corrupt practices and mismanagement, in general, and in health area, in particular. The chosen method for this study is the deductive one. And the research technique will be the indirect documentation.

Keywords: fundamental right to health, corruption, mismanagement, public compliance

1 Introdução

O presente estudo tem por objeto analisar como a adoção de políticas de *compliance* pela Administração Pública, para evitar e punir práticas corruptivas e de má gestão no domínio da saúde, pode contribuir para otimização da efetividade do próprio direito humano e fundamental à saúde. Pretende-se demonstrar a necessidade de adoção de programas de *compliance* pela Administração Pública, principalmente por força do disposto na Lei 13.303/2016, também chamada de O Estatuto das Estatais, mas também das prescrições aplicáveis da Lei Anticorrupção, Lei 12.846 de

2013, para evitar práticas corruptivas e alcançar a gestão eficiente, na prestação do direito à saúde, com mais resultados sociais.

O problema que norteia a pesquisa é: o *compliance* público é instrumento legítimo e efetivo para, juntamente com outras estratégias, assegurar melhor qualidade de gestão do sistema de saúde, reduzindo índices de desperdícios e práticas corruptivas?

A hipótese que se formula é a de que ambos os diplomas legais, compreendidos e aplicados de modo complementar, oferecem instrumentos eficazes tanto para a prevenção, como também eventual repressão e responsabilização dos atores envolvidos, em relação a práticas corruptivas e de má-gestão em geral, e, em particular, na área da saúde.

Para a demonstração da correção da hipótese, o caminho a ser percorrido se articula em três partes, designadamente apresentar a concepção de saúde e os contornos gerais do regime jurídico do direito fundamental à saúde e do respectivo sistema de saúde no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (1); na sequência, à luz de alguns exemplos e de dados obtidos mediante acesso a fontes oficiais, demonstrar o impacto nefasto de práticas corruptivas e de má gestão com relação aos níveis de efetividade do direito à saúde no Brasil (2); Na última etapa – que encaminha também as conclusões -, discute-se a necessidade de adoção, pela Administração Pública, de programas de *compliance* na prestação da saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, para evitar e sancionar de modo mais eficaz práticas de corrupção e má gestão e, de tal sorte, assegurar maior efetividade ao programa constitucional que define a saúde como direito e dever do Estado (3).

Sublinha-se, ainda, que o método escolhido é o dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada será a documentação indireta.

1 O Direito fundamental à saúde: conceito e regime jurídico no brasil

O conceito de saúde e a posição do Estado diante deste direito passaram por grandes alterações ao longo da história da humanidade. Durante muito tempo a saúde foi concebida apenas como inexistência de enfermidades. No decorrer do processo histórico constatou-se que este conceito negativo de saúde, de forma isolada, não é capaz de proporcionar uma vida com qualidade. Tem-se, então, uma ampliação da

noção de saúde para abranger uma dimensão positiva, incumbindo ao Estado e à sociedade a tarefa de concretizar efetivamente este direito fundamental.³

No período da industrialização, por exemplo, o conceito de saúde limitava-se somente à “ausência de doenças”. Na época, o operário não poderia ficar doente, pois, como consequência haveria a diminuição da produção industrial. Os industriários exigiam um operariado saudável. Foi somente no século XX que se rompeu com a ideia de saúde meramente curativa, sendo introduzida a ideia de prevenção. Com o segundo pós-guerra e com o desenvolvimento do Estado Social, a saúde preventiva passou a ser considerada.⁴

A Organização Mundial da Saúde (OMS) traz em seu preâmbulo os princípios e objetivos que são perseguidos pelas nações signatárias em relação ao direito fundamental da saúde. Conceitua a saúde como sendo um estado de completo bem-estar físico, mental e social. Não consiste apenas na ausência de enfermidade. Ou seja, de acordo com a OMS os Estados aderentes, dentre os quais está o Brasil, desde 1946, passam a compreender a saúde de forma ampla ao buscarem tanto a cura de moléstias, como os meios eficazes de prevenção de patologias, para o completo bem estar do ser humano, atrelada a uma melhor qualidade de vida.⁵

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência e assistência social e os direitos à vida bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto.⁶ No Brasil, A Constituição Federal de 1988 incluiu um generoso elenco de direitos sociais e direitos dos trabalhadores, no Título dos Direitos e Garantias fundamentais, relação sem precedentes e paralelos no constitucionalismo contemporâneo. Os direitos sociais assistenciais são considerados direitos exigíveis, tanto na condição de direitos subjetivos, tanto na esfera individual.⁷

³ Rocha, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 79.

⁴ Leite, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 108.

⁵ Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 02 out. 2018.

⁶ Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 308.

⁷ Sarlet, Ingo Wolfgang. “*Direitos Fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações*”. Espaço Jurídico, v. 16, n.2, jul/dez. 2015, Joaçaba, Universidade do Oeste de Santa Catarina, p 461-462.

Consagrado no artigo 6º da Constituição Federal, nos artigos 196 e seguintes, o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional. Além de uma significativa e abrangente regulamentação na esfera infraconstitucional, destacam-se as leis que dispõem sobre a organização e benefícios do Sistema Único de Saúde (SUS) e o fornecimento de medicamentos. Numa leitura dos artigos 196 a 200 da Constituição Federal percebe-se que, com relação à sua positivação, está-se diante de normas de cunho programático (impositivo), estando enunciado que, conforme artigo 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara, como, por exemplo, promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outras complicações. Da mesma forma estabelece o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera. Num segundo momento, a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador, no artigo 197, além de criar e fixar as diretrizes do Sistema Único de Saúde, conforme artigo 198. Oportuniza a participação, em nível complementar da iniciativa privada na prestação de assistência à saúde, artigo 199. Estabelece, em caráter exemplificativo, as atribuições, nos termos da lei, que competem ao Sistema Único de Saúde.⁸

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁹ definem os direitos fundamentais como sendo direitos públicos subjetivos das pessoas físicas ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais, que encerram o caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. Com efeito, a saúde é compreendida como um direito fundamental social, já que previsto no rol do art. 6º da Constituição Federal, e seu objetivo é a melhoria de vida das vastas categorias da população, mediante políticas públicas.¹⁰

Com relação ao direito à garantia de uma existência digna, dentre os direitos fundamentais consagrados na Constituição, está o direito à saúde. A dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional, conforme artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, foi

⁸ Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 320.

⁹ Dimoulis, Dimitri.; Martins, Leonardo. “Definição e Características dos Direitos Fundamentais”. In: Leite, George Salomão; Sarlet, Ingo Wolfgang (Coords): *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra. 2009, p. 118-119.

¹⁰ Oliveira, Heletícia de. *Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 15.

guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica, consoante seu artigo 170, caput.¹¹

A deficiente prestação do direito fundamental à saúde está diretamente ligada a práticas corruptivas, como também a práticas de má gestão na saúde pública. O presente artigo tem como objetivo também demonstrar algumas destas práticas corruptivas e de má gestão, não havendo a oportunidade de aqui esgotar esta temática.

Trazer um conceito pronto e acabado do que vem a ser a corrupção não é tarefa fácil, evidenciando-se quase impossível fazê-lo. Ela está presente em praticamente toda a história da humanidade, não sendo um fenômeno recente, pois em vários momentos são citados acontecimentos de práticas corruptivas. São consideradas práticas mais comuns, e serão abordadas neste estudo, as indicadas pela Organização das Nações Unidas quais sejam: suborno, fraude, outros pagamentos ilícitos, compra e comprometimento de valores, abuso de poder e quebra de confiança, apropriação indevida de recursos públicos e conflitos de interesses.

Embora existam dificuldades para sua conceituação, em uma tentativa genérica, pode-se dizer que corrupção é o meio ilícito de exercer influência nas decisões públicas, com favorecimento pessoal ou de terceiros. Acarreta sérios prejuízos ao interesse público, gera profundos desgastes a um dos mais importantes fatores da estrutura do sistema público e social, que é a sua legitimidade. Atos corruptivos que ocorrem na esfera pública sempre terão como principal consequência causar prejuízos à coletividade.

Para Catlett e Grion¹² a deficiente prestação de políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à saúde estaria relacionada, diretamente, a práticas corruptivas, pois o setor movimenta valores gigantescos e ainda é completamente suscetível a irregularidades iminentes, comprometendo a utilização dos recursos destinados a melhorar os serviços prestados à sociedade. São inúmeras as situações em que estão presentes as denominadas “máfias da saúde” que superfaturam cirurgias cobertas e garantidas pelo SUS. Situações de compra de remédios e medicação com valor superfaturado, medicação experimental e desnecessária até. Pode-se cotar

¹¹ Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.305-306.

¹² Catlett, Cynthia; Grion, Bruno Marques. **Corrupção no setor de saúde: um grande desafio na perspectiva de três grandes países.** 2015. Disponível em: <http://www.lecnews.com/artigos/2015/02/25/corrupcao-no-setor-de-saude-um-grande-desafio-na-perspectiva-de-tres-grandes-paises/>. Acesso em: 17 ago. 2019.

também a “máfia dos laboratórios” que, muitas vezes, através da judicialização da saúde, colocam drogas experimentais no mercado. Sem esquecer de licitações de medicações realizadas de forma fraudulenta.

Um relato preocupante contido no documento elaborado pelo Centro Brasileiro de Estudos da Saúde¹³ (CEBES), do Distrito Federal, publicado em março de 2010, com o nome Dossiê Corrupção na Saúde (Núcleo DF), argumenta que o sucateamento e a consequente desconstrução do SUS alimenta práticas corruptivas. Por outro lado, a chamada terceirização, juntamente com os investimentos não efetivados, permite gerar superávits que têm sido desviados para a corrupção. Com frequência a terceirização é feita à revelia da Lei de Licitações, permite a negociação de contratos e o superfaturamento que facilitam o suborno e a cobrança de propina.

As cifras relacionadas às práticas de corrupção, no setor da saúde, também são assustadoras no estado do Rio de Janeiro. Cita-se, para fins de exemplificação, uma organização criminosa liderada pelo ex-governador Sérgio Cabral que cobrava 5% de todos os contratos firmados pelo estado, inclusive aqueles relacionados à saúde. Além disso, as licitações de serviços e equipamentos médicos eram direcionadas a um cartel. O esquema trazia ao Brasil empresas estrangeiras para participar de processos licitatórios que passaram a ser internacionais. As empresas se articulavam entre si, fazendo um rodízio que privilegiava a cada uma delas por vez. Em função do arranjo, os envolvidos sabiam quanto cada empresa cobraria pelos produtos antes mesmo de sair a cotação do pregão internacional. Os empresários pagavam propina para tal, valor que totalizou mais de R\$ 16 milhões. Foram denunciados, em 2017, o ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral e mais 6 pessoas (César Romero, Carlos Miranda, Carlos Bezerra, Sérgio Côrtes, Miguel Iskin e Gustavo Estellita) por corrupção passiva e ativa (artigos 333 e 317 do Código Penal) e organização criminosa (artigo 2º da Lei 12.850/13) devido a irregularidades na Secretaria Estadual da Saúde do estado, recebendo ou pagando propina para firmar contratos na área.¹⁴

O Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pela Constituição Federal de 1988, é uma das maiores redes públicas de saúde do mundo, abrangendo um universo de

¹³ Cebes - Centro Brasileiro de Estudos da Saúde. **A desconstrução do SUS alimenta a corrupção no DF.** 2010. Disponível em: <http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2013/desconstrucao.pdf>. Acesso em 17 de ago. 2019.

¹⁴ Ministério Pùblico Federal. **Lava Jato/RJ: MPF denuncia Cabral e mais seis por corrupção na saúde.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/lava-jato-rj-mpf-denuncia-cabral-e-mais-seis-por-corrupcao-na-saude>. Acesso em: 19 ago. 2019.

serviços que vão do simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos. O SUS garante acesso integral e gratuito a todos os brasileiros. Ocorre que na prática ele possui uma série de problemas, de tal modo que está ainda longe de assegurar, com eficiência, rapidez e qualidade, oferta universal à população. Apresenta deficiências com problemas estruturais, em boa dose, em decorrência de ineficiência de gestão.

Parte dessas deficiências podem ser atribuídas a irregularidades, comportamentos corruptivos, considerados como um mal crônico no serviço público do país. O sistema de saúde numa ponta possui grandes orçamentos, já na outra, deixa verbas serem desperdiçadas, ou seja, padece de graves problemas de gestão.

Por exemplo, um estudo feito em 2014 pelo Tribunal de Contas da União (TCU) revelou que a falta de medicamentos nos hospitais públicos do país está muito mais relacionada a falhas na gestão do que à ausência de recursos. As equipes do TCU observaram que muitas unidades hospitalares e estoques centrais nas secretarias de saúde carecem de sistemas e procedimentos adequados para controlar as solicitações, as saídas e a distribuição de medicamentos. Destaca-se que 53% das unidades visitadas, ou seja, 62 dos 116 auditados, ao total, afirmaram não possuir instrumentos de gestão de medicamentos e insumos. Viu-se falhas no controle de medicamentos, colocando a vida de milhares de cidadãos em risco. Na maioria das instituições públicas não há qualquer política de *compliance*: o controle sobre a entrada e a saída de remédios é feita de forma rudimentar, sem sistemas de gerenciamento de desempenho dos servidores da área administrativa. Isso sem contar que a gestão de custos costuma ser feita por profissionais sem qualquer formação na área financeira ou contábil.¹⁵

Já um relatório da Controladoria-Geral da União (CGU), referente aos anos 2014 e 2015, mostrou que onze Estados e o Distrito Federal jogaram remédios fora. As causas do desperdício, que chega a R\$ 16 milhões, foram: validade vencida e armazenagem incorreta. O relatório cita os estados do Amapá, Bahia, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Pará, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Santa Catarina, mais o Distrito Federal, onde ocorreu a perda ou desvio de medicamentos em razão de inadequada condição de armazenamento e/ou ausência de controle. Em 44% dos

¹⁵ Tribunal de Contas da União. **Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde**. Brasília, 2014, p. 103. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/relatorio-sistemico-de-fiscalizacao-saude.htm>. Acesso em: 16 ago. 2019.

Estados ocorreu descarte de medicamentos devido à expiração do prazo de validade ou más condições de armazenagem.¹⁶

Ainda com relação à má gestão na saúde pública, relatório do Banco Mundial, publicizado em novembro de 2017¹⁷ sugere medidas que, se efetivadas, poderiam economizar bilhões por ano com o Sistema Único de Saúde e chegar a uma situação mais equilibrada nas contas do setor. Destaca que a economia potencial nos gastos com saúde é relacionada a uma escala ineficiente de prestação de serviços, principalmente com relação aos hospitais. Mostra que o sistema de saúde brasileiro necessita de reformas estratégicas, para alcançar índices de melhor gestão.

A realidade de práticas de corrupção e de má gestão geram consequências muito negativas, principalmente a deficiência da prestação do direito fundamental à saúde. Neste sentido, impõe-se a necessidade de a Administração Pública, quando prestar o direito fundamental à saúde, adotar políticas de *compliance*, que se apresentam como um meio capaz de modificar este cenário.

3 A necessidade do *Compliance público* na prestação do direito fundamental à saúde

Registra-se que o campo da saúde possui carência de cuidados mais significativos do que outras áreas como também um maior engajamento, quando comparadas a outras. Onde se cuida da saúde e da vida das pessoas é onde deve estar assegurada a transparência e a ética.

É consenso entre os autores e diversos profissionais, com base nos estudos realizados, o conceito do termo *compliance*. Esta palavra vem do verbo em inglês “*to comply*”, que significa “cumprir”, “executar”, “satisfazer”, “realizar o que lhe foi exposto”. *Compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir

¹⁶ Controladoria-geral da União. **Relatório de avaliação da execução e programa de governo nº 71 – apoio financeiro para aquisição e distribuição de medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF).** Brasília, abr. 2017. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/fevereiro/23/RAEPG-SCTIE-ACAO-4705-OBJETIVO-0726.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2019.

¹⁷ Grupo Banco Mundial. Um ajuste justo: **Análise da eficiência e da equidade do gasto público no Brasil.**, p. 109-119. Disponível em: [lhttp://documents.worldbank.org/curated/en/Portuguese-Final-revised.pdf](http://documents.worldbank.org/curated/en/Portuguese-Final-revised.pdf). Novembro de 2017. Acesso em: 16. ago. 2019.

regulamentos internos e externos impostos às atividades das organizações. Os resultados das ações de *compliance* demonstram o quanto a organização está aderente às políticas, diretrizes, normas, regulamentos, legislação e procedimentos.¹⁸

Com relação às empresas privadas, a adoção de políticas de *compliance* é uma determinação da Lei Anticorrupção, Lei 12.846 de 2013, também chamada de Lei da Empresa Limpa, que traz a responsabilidade objetiva das empresas, e no seu artigo 5º estabelece as principais situações consideradas perigosas que podem resultar em atos corruptivos¹⁹.

A evolução histórica das atividades de *compliance* ocorreu pela necessidade do próprio mercado em instituir controles internos, de estar em conformidade. Assim, lembra Negrão²⁰ o *compliance* e os controles internos representam uma necessidade imperiosa da globalização para combater as fraudes nas organizações, a lavagem de dinheiro, como também o financiamento ao terrorismo.

Reconhece-se o papel fundamental da iniciativa privada na prevenção da corrupção e na manutenção de um ambiente corporativo que seja competitivo e que seja pautado por princípios éticos e de integridade. Esse movimento crescente e de tendência irreversível foi impulsionado, num primeiro momento, pela aplicação rigorosa de legislações anticorrupção ao redor do mundo, principalmente nos Estados Unidos.

O Brasil passou por um amadurecimento institucional significativo nos últimos anos. As punições imediatas passaram a atingir o patrimônio e a vida de empresas e de executivos e, principalmente, a imagem das companhias. Ou seja, usar a corrupção como parte do negócio passou a custar caro. Mas é também necessária a adoção de políticas de *compliance* pela Administração Pública e não somente pelas empresas privadas.

A busca da gestão de riscos e da implantação e manutenção de Programas de Integridade, por força do que está na Lei Anticorrupção, foram os motivos para a edição de normas referente à Integridade na Administração Pública. O *Compliance* Público, é algo relativamente novo no país, porém uma realidade para o setor público

¹⁸ Negrão, C. R. P. L.; Pontelo, J. F. *Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas*. Brasília: Editora Senac – DF, 2014, p. 43.

¹⁹ Veríssimo, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 201-207.

²⁰ Negrão, C. R. P. L.; Pontelo, J. F. *Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas*. Brasília: Editora Senac – DF, 2014, p. 23.

em todo Brasil. Ele deve se consolidar em todas as esferas e órgãos federais, estaduais e municipais, principalmente com a publicação da Lei 13.303/16. A Administração Pública deve dar o exemplo de boa fé, legalidade é boa governança.²¹

A corrupção como realidade nacional está, nos últimos anos, no centro do debate político, como também econômico no Brasil. Grandes operações investigativas foram capazes de apurar os valores desviados, que são de somas vultosas. O setor da saúde, neste contexto, aparece como protagonista de prática ilícitas, antiéticas, alheio ao que é considerado íntegro. E, com relação à má gestão na saúde pública, também pode-se afirmar que ela está relacionada com a deficiência da prestação deste direito fundamental, pois, além da corrupção, muitos recursos não são devidamente aproveitados, sendo até, desperdiçados.

Outro elemento importante no âmbito dos programas de *compliance* no setor da saúde está na natureza do bem jurídico envolvido nesta área de atuação, que é justamente a vida humana²². Dessa forma, o conjunto de preceitos, estruturas e procedimentos que vão dirigir a conduta ética, proba e honesta que deverá ser adotada por uma organização da saúde, previne a ocorrência de fatos que vão influenciar no devido atendimento de pacientes ou no fornecimento de medicamentos, por exemplo.

Na prestação do direito fundamental à saúde o mais importante é garantir que o sistema como um todo, funcione adequadamente. Para isso é necessário institucionalizar medidas que criem uma cultura de eficiência e probidade na gestão da saúde, e o melhor meio para se atingir esse objetivo é a criação de *compliance* na área da saúde no Brasil.²³

O objetivo é que sejam criadas regras internas que superem a legislação positivada, pois, mais do que estar de acordo com as normas, o *compliance* envolve verdadeira cultura institucional.²⁴ A maximização da eficácia e efetividade dos direitos

²¹ Coelho, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. “*Compliance para a administração pública no Brasil: uma necessidade para o Brasil*”. RDFG – Revista de Direito da faculdade Guanambi, v. 3, n.1., julho-dezembro de 2016. Guanambi- Bahia, Faculdade de Guanambi, pp. 75-76.

²² Mânicca, Fernando Borges. “*Compliance no setor de saúde*”. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (Coord.). *Governança, Compliance e Cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 463.

²³ Sarlet, Ingo Wolfgang.; Saavedra, Giovani Agostini. “*Judicialização, Reserva do Possível e Compliance na área da Saúde*”, em *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, n.1, jan/abr 2017, Vitória, Faculdade de Direito de Vitória, p. 265.

²⁴ Assi, Marcos. “*Gestão de compliance e seus desafios: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter eficiência nos negócios*”. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013, p. 98.

fundamentais depende, significativamente, da otimização do direito fundamental a uma administração que seja proba e moralmente vinculada.²⁵

É primordial a implantação de programas de *compliance* que possam reduzir as práticas corruptivas, como também o desperdício e outras ações de má gestão na prestação do direito fundamental à saúde. Tanto no setor público, como no privado devem acontecer iniciativas de boa gestão e combate a práticas corruptivas. O mais importante da adoção de políticas de *compliance*, não é a repressão em si, mas garantir que o sistema funcione adequadamente, como um todo, corrigindo falhas na prestação do direito fundamental à saúde.

O *compliance* auxilia na estratégia anticorrupção, que o Brasil e sua administração pública devem ter, pois as previsões legais são consequência também da adoção de instrumentos internacionais, como a Convenção da ONU contra a Corrupção e a Lei Anticorrupção, Lei 12.846/13, também chamada de Lei da Empresa Limpa e, posteriormente a Lei 13.303/16 que prevê o *compliance* público.

Encaminhando para as considerações finais, confirma-se a hipótese formulada na presente pesquisa: ambos os diplomas legais, a Lei Anticorrupção, Lei 12.846/13, também chamada de Lei da Empresa Limpa e, posteriormente a Lei 13.303/16 que prevê o *compliance* público, compreendidos e aplicados de modo complementar, oferecem instrumentos eficazes tanto para a prevenção, como também eventual repressão e responsabilização dos atores envolvidos, em relação a práticas corruptivas e de má gestão em geral, e, em particular, na área da saúde.

Implantar na administração da saúde a cultura que foi trazida pelas grandes corporações estrangeiras, e que atuam preventivamente com relação às boas práticas e de ética, alcançando a boa gestão e combatendo a corrupção, é o que se pretende fazer, com a adoção do *compliance* público.

Conclusão

O estudo realizado no presente responde à pergunta, que foi o problema da pesquisa: o *compliance* público é instrumento legítimo e efetivo para, juntamente com

²⁵ Sarlet, Ingo Wolfgang. “*Direitos Fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações*”. Espaço Jurídico, v. 16, n.2, jul/dez. 2015, Joaçaba, Universidade do Oeste de Santa Catarina, p. 476.

outras estratégias, assegurar melhor qualidade de gestão do sistema de saúde, reduzindo índices de desperdícios e práticas corruptivas?

Para responder o problema foram propostos três objetivos específicos, apresentados respectivamente em três partes: foram analisados os direitos fundamentais, acontecendo um maior enfoque, com relação ao direito social da saúde, abordando conceitos de saúde e de direitos fundamentais, e examinando, ainda que superficialmente, o regime jurídico da saúde no Brasil. No segundo, foram demonstradas algumas práticas corruptivas e de má gestão que acontecem com relação à prestação da saúde no Brasil, fazendo uso de fontes de institutos oficiais, disponíveis na *web*. E, finalmente, evidencia--se a necessidade de adoção, pela Administração Pública, de programas de *compliance*, quando acontecer a prestação da saúde como forma de evitar práticas de corrupção e de má-gestão, e como consequência, melhor prestação deste direito fundamental.

A Lei Anticorrupção, também chamada de Lei da Empresa Limpa - Lei 12.846 de 2013, prevê a responsabilidade objetiva das empresas, e como consequência desta previsão, as empresas privadas devem adotar programas de *compliance*, principalmente quando fazem negócios ou prestam serviços à Administração Pública, para não cometerem comportamentos corruptivos, que estão previstos no artigo 5º da Lei, e terem consequentemente a responsabilização objetiva. Já a Lei 13.303/2016, também chamada de Estatuto das Estatais, determina que a Administração Pública adote programas de *compliance*, para que melhore a gestão pública e também evite práticas desviantes de corrupção. Tal deverá ser adotada pelos órgãos públicos, por todos os atores envolvidos, quando na prestação do direito fundamental à saúde, que foi especificamente aqui, abordado.

Confirma-se a hipótese que se formulou, ou seja, que ambos os diplomas legais, Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013 e o Estatuto das Estatais - Lei 13.303/2016- compreendidos e aplicados de modo complementar, oferecem instrumentos eficazes tanto para a prevenção, como também eventual repressão e responsabilização dos atores envolvidos, em relação a práticas corruptivas e de má-gestão em geral, e, em particular, na área da saúde.

A deficiente prestação do direito fundamental à saúde, está diretamente ligada a práticas corruptivas, como também a práticas de má gestão na saúde pública, pois, além da corrupção, muitos recursos não são devidamente aproveitados, sendo até,

desperdiçados. Esta realidade gera consequências muito negativas, pois expõe a riscos pacientes e usuários e também todo o correto andamento do mercado. Neste sentido, as políticas de *compliance* surgem como meio capaz de modificar este cenário.

Destaca-se que estas previsões legais tanto para empresas privadas como para a Administração Pública, previstas em duas leis diferentes, trazem determinações legais que se complementam, atacam problemas de má gestão e corrupção em duas frentes distintas, pois a principal função dos programas de *compliance*, tanto na forma pública, como privada, é a de garantir que o sistema de saúde funcione adequadamente, sem práticas desviantes, alcançando melhor gestão na saúde pública, sem desvios ou desperdícios e com efetivos resultados sociais.

Referências

Assi, Marcos. *Gestão de compliance e seus desafios: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter eficiência nos negócios*. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013.

Catlett, Cynthia; Grion, Bruno Marques. **Corrupção no setor de saúde: um grande desafio na perspectiva de três grandes países**. 2015. Disponível em: <http://www.lecnews.com/artigos/2015/02/25/corrupcao-no-setor-de-saude-um-grande-desafio-na-perspectiva-de-tres-grandes-paises/>. Acesso em: 17 ago. 2019.

Cebes - Centro Brasileiro de Estudos da Saúde. **A desconstrução do SUS alimenta a corrupção no DF**. 2010. Disponível em: <http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2013/10/desconstrucao.pdf> . Acesso em 17 de ago. 2019.

Coelho, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. “*Compliance para a administração pública no Brasil: uma necessidade para o Brasil*”. RDFG – Revista de Direito da faculdade Guanambi, v. 3, n.1., julho-dezembro de 2016. Guanambi- Bahia, Faculdade de Guanambi, pp. 75-76.

Controladoria-geral da União. **Relatório de avaliação da execução e programa de governo nº 71 – apoio financeiro para aquisição e distribuição de medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF)**. Brasília, abr. 2017. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/fevereiro/23/RAEPG-SCTIE-ACAO-4705-OBJETIVO-0726.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2019.

Dimoulis, Dimitri.; Martins, Leonardo. “*Definição e Características dos Direitos Fundamentais*”. In: Leite, George Salomão; Sarlet, Ingo Wolfgang (Coords): *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra. 2009.

Grupo Banco Mundial. Um ajuste justo: **Análise da eficiência e da equidade do gasto público no Brasil.** Pág. 109-119. Disponível em: [lhttp://documents.worldbank.org/curated/en/88487151196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf](http://documents.worldbank.org/curated/en/88487151196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf). Novembro de 2017. Acesso em: 16. ago. 2019.

Leite, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014.

Mânicia, Fernando Borges. “*Compliance no setor de saúde*”. In: Nohara, Irene Patrícia; Pereira, Flávio de Leão Bastos (Coord.). *Governança, Compliance e Cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 461 – 476.

Ministério Público Federal. **Lava Jato/RJ: MPF denuncia Cabral e mais seis por corrupção na saúde.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/lava-jato-rj-mpf-denuncia-cabral-e-mais-seis-por-corrupcao-na-saude>. Acesso em: 19 ago. 2019.

Negrão, C. R. P. L.; Pontelo, J. F. *Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas*. Brasília: Editora Senac – DF, 2014.

Oliveira, Heletícia de. *Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juruá, 2015.

Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 02 out. 2018.

Rocha, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. “*Direitos Fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações*”. Espaço Jurídico, v. 16, n.2, jul/dez. 2015, Joaçaba, Universidade do Oeste de Santa Catarina, pp. 459-488.

_____.; Saavedra, Giovani Agostini. “*Judicialização, Reserva do Possível e Compliance na área da Saúde*”, em *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, n.1, jan/abr 2017, Vitória, Faculdade de Direito de Vitória, pp. 257-282.

Tribunal de Contas da União. **Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde**. Brasília, 2014. Pág. 103. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/relatorio-sistemico-de-fiscalizacao-saude.htm>. Acesso em: 16 ago. 2019.

Veríssimo, Carla. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

32. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO DAS FUTURAS GERAÇÕES NO CONTEXTO BRASILEIRO

THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL LAW TO THE BALANCED ENVIRONMENT OF FUTURE GENERATIONS IN THE BRAZILIAN CONTEXT



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-32>

Renata Albuquerque Lima¹

Iza Angélica Gomes Cedro²

Resumo

Este estudo visa percorrer as noções que fundamentam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental de terceira dimensão, interpretado sob a ótica constitucional brasileira e sua prospectiva de efetivação através da ótica de solidariedade intergeracional. Sob o embasamento das teorias jurídico-filosóficas de John Rawls, Edith Weiss e Hans Jonas, construiu-se um plano ético-moral específico com a finalidade de orientar a ingerência humana na natureza e sua responsabilidade intra e intergeracional. Para tal, fundados na premissa maior de assegurar a dignidade da pessoa humana e condução da vida em suas mais variadas formas, as teorias são apresentadas integrando-as ao contexto dos bens naturais ambientais para responder às indagações decorrentes das inovações do texto constitucional atual que confere direitos às gerações futuras e consequentemente origina a necessidade de remodelação dos institutos jurídicos clássicos, tal como o da responsabilidade, que em sua forma clássica não aborda a problemática em suas peculiaridades. As indagações foram realizadas através da técnica de pesquisa exploratória, concentrando-se na pesquisa bibliográfica, com a verificação e o aprofundamento das doutrinas relacionadas ao assunto dos direitos humanos fundamentais sociais.

¹ Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito – UFC e Administração de Empresas – UECE. Professora do Mestrado em Direito da UNICHRISTUS. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Coordenadora Geral do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão. Advogada. E-mail: realbuquerque@yahoo.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Bolsista de iniciação científica do CNPQ. E-mail: izaangelicacedro@gmail.com

Palavras-chave: meio ambiente; equidade intergeracional; responsabilidade intergeracional.

Abstract

This study aims to go through the notions that underlie the right to the ecologically balanced environment, the fundamental right of the third dimension, interpreted from the Brazilian constitutional perspective and its prospective realization through the perspective of intergenerational solidarity. Underpinning the legal-philosophical theories of John Rawls, Edith Weiss, and Hans Jonas, a specific ethical-moral plan was built to guide human interference with nature and its intra and intergenerational responsibility. To this end, based on the major premise of ensuring the dignity of the human person and conducting life in its most varied forms, theories are presented integrating them into the context of environmental natural goods to answer the questions arising from the innovations of the current constitutional text that confers rights to future generations and consequently gives rise to the need for remodeling of classical legal institutes, such as that of liability, which in its classical form does not address the problem in its peculiarities. The questions were conducted through the exploratory research technique, focusing on bibliographic research, with the verification and deepening of the doctrines related to the subject of social fundamental human rights.

Keywords: environment; intergenerational equity; intergeracional responsability.

Introdução

A constitucionalização da tutela protetiva do meio ambiente é resultado da tendência internacional do processo de consolidação do direito ambiental através de uma compreensão sistêmica e legalmente autônoma do Direito Ambiental que propicia tratamento jurídico específico da temática.

A Constituição de 1988, diante do contexto histórico de redemocratização e ampliação do catálogo de direitos humanos no Brasil, eliminou o paradigma liberal do Direito como mero instrumento de organização econômica orientado a resguardar liberdades de acordo com os critérios de conveniência de grupos dominantes, mas ampliou o escopo temático pela densidade e originalidade das novas matérias em um

processo constituinte que promulgou novos direitos sociais de terceira geração, entre os quais o direito ao meio ambiente equilibrado.

O novo texto, partindo de um compromisso ético de conservação e manutenção da biodiversidade (em um dito ‘equilíbrio ecológico’), proporcionou ao meio ambiente o expresso reconhecimento jurídico em patamar constitucional e instituiu deveres fundamentais, como o dever do Poder Público e da coletividade de proteger e de preservar o meio ambiente em uma responsabilidade para com as gerações atuais e futuras. Esta expressa subsunção do conteúdo ambiental aos direitos humanos fundamentais afirma-nos que o meio ambiente é vetor significativo para assegurar a dignidade da pessoa humana e de forma ainda mais abrangente a vida em todas as suas formas bem como sua continuidade no planeta, respaldando juridicamente através dos conceitos de solidariedade no tempo e no espaço, dita intergeracional, em eminente inovação normativa - ao reconhecer de maneira expressa o direito de gerações futuras. Entretanto, em relação a estes direitos das gerações do ‘por vir’ emergem problemas complexos para a Ciência Jurídica, de per si imediatista e pragmática, pois não há parâmetros estabelecidos acerca das necessidades do futuro ou o modus *operandi* de equacionar problemas decorrentes da má ingerência humana de consequências em nível global, intertemporal e intergeracional.

Diante deste quadro, importa, pois, construir um plano ético-moral específico com fins a conduzir a atuação humana na natureza e sua responsabilidade intra e intergeracional. Do exposto, indaga-se: Qual seria a ética aplicável nestas situações e qual seu escopo de desenvolvimento? Como a ciência jurídica, de per si imediatista e pragmática, adentraria neste aspecto? Este ideal encontra questões controversas que, contudo, não são insuperáveis ao se entender que as sociedades são sistemas de cooperações cujas implicações se estendem através do tempo. Urge, pois, definir critérios de justiça éticos em escolhas coletivas intergeracionais através de uma devida ponderação acerca de quais referenciais serão adotados.

Este estudo visa percorrer estas indagações através da técnica de pesquisa exploratória, concentrando-se na pesquisa bibliográfica, com a verificação e o aprofundamento das doutrinas relacionadas ao assunto. Organizou-se seções que interpretarão as éticas contemporâneas que possam embasar a preservação da vida e do princípio da dignidade humana através da preservação do meio ambiente na perspectiva intergeracional sob o ponto de vista da equidade de John Rawls e seus

desdobramentos em Edith Weiss, bem como a consequente necessidade de renovação dos institutos jurídicos clássicos que possam fundamentar esta perspectiva através da obra de Hans Jonas.

1 Ética ambiental intergeracional

A ética tradicional teve como escopo primordial estabelecer parâmetros de justificação dos julgamentos interpessoais destinados a regular a coesão social da sociedade frente ao comportamento humano egoístico, alinhando-o à reciprocidade através de sanções àqueles que violassem os códigos de conduta vigentes. Diversos modelos já foram apresentados na filosofia moral-ética, porém, este quadro sancionador-disciplinador não se adapta aos “direitos das futuras gerações”, dado que a geração atual não tem abrangência disciplinadora para impor sanções às gerações seguintes. Mas qual a ética aplicável a estes conceitos modernos atuais? A temática de justiça ambiental foi largamente percebida através da técnica hermenêutica de percepção dos males e riscos ambientais originados da atuação humana (interpretação a *contrario sensu* do conceito de justiça) ou mesmo na correta (justa) distribuição destes males em escala geográfica e /ou temporal. Temos como objeto de análise este último aspecto, particularmente qual a ética apropriada para desenvolver tal abordagem.

A escolha nos direciona para a justiça distributiva contemporânea baseada na igualdade material e na distribuição dos bens/recursos e riscos ambientais. A equidade é um campo de estudo antigo da ciência jurídica, empregada e estudada sob diversos aspectos, desde as mais remotas teorias de justiça distributiva e corretivas. A igualdade intergeracional, entretanto, é inovadora pois tem como objeto de estudo campo ainda em construção do pensar jurídico que vem reconhecendo direitos aos seres ainda inexistentes, mas em expectativa de vida.

Partindo então da difundida teoria de justiça como equidade de John Rawls, exposta em ‘*Em Uma Teoria de Justiça*’ (2000), percebe-se que este autor tem como pano de fundo uma teoria de justiça deontológica e de cunho liberal na qual, homens livres e racionais elaboram um acordo para definir os ideais de justiça que regerão a sociedade. Estes escolhem seus pressupostos de justiça em uma situação fictícia denominada ‘posição original’ e sob uma condição também fictícia denominada ‘véu

de ignorância', a qual põe os membros deste acordo em situação de igualdade, pois não os permite saber qual substrato social e temporal pertencerão no contexto ali abordado. Esta construção moderna do contrato social (na qual não se escolhe uma forma de governo que regerá a sociedade, mas os princípios de justiça que a integrarão) permite que as escolhas tomadas sejam imparciais, tomadas em igualdade e sob princípios escolhidos (de forma reflexiva).

Percebe-se que esta abordagem acerca do sistema de 'justiça como equidade' restaria incompleta sem o fator intergeracional, visto que no véu de ignorância da posição original, os indivíduos sequer conhecem a qual geração pertencerão. Sendo de estrita importância abordar referências "à extensão em que a geração seguinte é obrigada a respeitar as reivindicações de seus sucessores"³. Indagar este problema ético intergeracional nos conduz a problemas tais como: é plausível restringir direitos da geração atual em vista dos direitos das gerações futuras? Qual seria o mínimo social atual que deve ser atingido para que estas restrições/reivindicações sejam atendidas?

Rawls comprehende que este mínimo social também deve ser estabelecido de acordo com os princípios de justiça como equidade, pois a responsabilidade para com as gerações futuras advém do dever de manter instituições básicas justas e capazes de assegurar a vida humana das gerações vindouras através do princípio da solidariedade intergeracional (implícito no próprio contrato social), pois "cada geração deve não apenas preservar os ganhos de culturas e civilização, e manter intactas aquelas instituições justas que foram estabelecidas, mas também poupar a cada período de tempo o valor adequado para a acumulação efetiva de capital real"⁴. A poupança de cada geração pode dar-se de várias formas, pois este capital real não é delimitado apenas por renda e bens tangíveis, mas também por matérias intangíveis como educação, cultura, técnicas e habilidades que construam instituições justas e a liberdade dos indivíduos, garantindo a sustentabilidade do sistema como um todo e das gerações futuras, bem como a coesão social.

Vê-se que na obra de John Rawls não há menção expressa acerca dos bens naturais/ambientais enquanto bens primários da sociedade, contudo, a partir da ótica hermenêutica que em nosso ordenamento jurídico os bens ambientais estão incluídos

³ Rawls, John. *Uma teoria de justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 314.

⁴ Ibidem.

no rol de direitos fundamentais, percebemos a clara possibilidade de conexão à temática.

1.1 Equidade sob a Ótica Intergeracional – Teoria De Weiss

Diante do embasamento acerca da justiça ambiental baseada na perspectiva da igualdade apresentada em Rawls, abordamos o enfoque intergeracional do âmbito ambiental através da teoria da Equidade Intergeracional de Edith Brown Weiss, que, em síntese, aduz a necessidade de se conservar o meio ambiente, bem como repassá-lo para as gerações futuras nas mesmas condições em que o foi recebido (o que se considera em certo aspecto um tipo de poupança intergeracional com um mínimo socioambiental bem definido), pois as gerações, não importam em qual época vivam, têm direitos iguais de acesso ao meio ambiente.

As bases da sustentabilidade em Direito Ambiental podem, pois, ser definidas através do pensamento weissiano, que é baseado em 3 princípios basilares. Brandão e Souza assim explicam:

Três são os princípios básicos em que se funda a teoria

- a) **conservação das opções:** cada geração deve conservar a diversidade da base de recursos naturais e culturais, de modo a não restringir as opções disponíveis para as futuras gerações resolverem seus problemas e satisfazerem seus próprios valores; e deve receber essa diversidade em condições comparáveis àquelas usufruídas pelas gerações anteriores;
- b) **conservação da qualidade:** cada geração deve manter a qualidade do planeta de modo a não repassá-lo em piores condições que aquelas em que o recebeu, e deve poder usufruir de uma qualidade comparável àquela desfrutada pelas gerações anteriores; e
- c) **conservação do acesso:** cada geração deve prover seus membros com iguais direitos de acesso ao legado das gerações passadas e conservar esse acesso para as futuras gerações.⁵

Os princípios estão intimamente ligados, pois os esforços para a manutenção da qualidade de nada adiantariam se a possibilidade de acesso estiver restringida. Para a compreensão deste modelo, Weiss aborda como funciona esta relação intergeracional adotando o modelo de *trust planetário*, baseado no modelo original do instituto do trust⁶, no qual um dado gestor (trustee) administra o conjunto dos bens em benefício

⁵ BRANDÃO, Iliz Carlos Kopes; SOUZA, Carmo Antônio de. O princípio da equidade intergeracional. *Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas*, nº 2, 2010, Macapá (AP), UNIFAP, p. 170, grifo nosso.

⁶ Trust: instituto de direito civil anglo-saxão previsto na Convenção de Haia sobre a “Lei Aplicável ao trust e a seu reconhecimento” que em seu art. 2º diz que: “Para os propósitos desta Convenção, o termo

dos demais sujeitos denominados beneficiários. Assim, no trust planetário, a geração atual é trustee dos bens naturais (o planeta como um conjunto específico), ou seja, é guardiã e administradora dos bens naturais, devendo repassá-lo seguindo os princípios de utilização destes para as gerações futuras, os sujeitos beneficiários. Esta perspectiva exclui o pensamento utilitarista de utilização dos bens naturais sem qualquer plano ético e desconstrói as perspectivas fortemente antropocêntricas e tão arraigadas ao manejo dos bens naturais, pois a geração atual não é mais considerada proprietária dos recursos naturais, mas imbuída de direitos e deveres ao lado das gerações passadas e futuras que igualmente possuem as mesmas atribuições.

Estes conceitos originam todo o arcabouço de direitos e obrigações das gerações para com a ingerência humana frente ao meio ambiente. Cada geração tem o dever de repassar os bens naturais em condições semelhantes às recebidas pela geração imediatamente anterior, pois entende-se que as atuais gerações não são hierarquicamente superiores aos membros das gerações futuras para degradar os bens recebidos e repassá-los gravados de ônus que importem decréscimo em seu acesso ou qualidade. Esta visão supõe uma concreta solidariedade com fins a garantir a existência das gerações futuras.

2 Responsabilidade intergeracional: novo conceito do instituto da responsabilidade jurídica

Nesta nova e expressiva preocupação ética baseada na equidade para com as futuras gerações desenvolveu-se o fundamento jurídico de Weiss; procurou-se fundamentar o compromisso ético-jurídico das atuais gerações para com as futuras, dosando as responsabilidades das gerações atuais frente as demais que surgirão, bem como estabelecer limites e parâmetros de atuação. Percebendo entretanto que as questões ambientais representam uma ampliação na Ciência Jurídica Clássica, que

trust se refere a relações jurídicas criadas – *inter vivos* ou após a morte – por alguém, o outorgante, quando os bens forem colocados sob controle de um curador para o benefício de um beneficiário ou para alguma finalidade específica. O *trust* possui as seguintes características: a) os bens constituem um fundo separado e não são parte do patrimônio do curador, b) títulos relativos aos bens do *trust* ficam em nome do curador ou em nome de alguma outra pessoa em benefício do curador; c) o curador tem poderes e deveres, em respeito aos quais ele deve gerenciar, empregar ou dispor de bens em consonância com os termos do *trust* e os deveres especiais impostos a ele pela lei.' Disponível em < <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=59> > Acesso em 04 jul. 2019.

parte de concepções positivistas e abre-se a uma nova era neopositivista, eticamente responsável, amoldada às novas urgências sociais e ao amadurecimento das questões ambientais. Para tal teleologia, antigos institutos precisam ser readaptados, entre os quais citamos a responsabilidade civil, a representação da personalidade, a mensuração ou previsibilidade do dano ambiental que de per si é dinâmico e capaz de ocasionar outros danos de maneira correlata

Para abordar esta reformulação do instituto da responsabilidade, nos apoiamos no pensamento de Hans Jonas. A obra *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica* (2006) elabora um imperativo ético que busca superar a dualidade homem-natureza, fundada na metafísica e capaz de afirmar a imagem do homem no futuro, sendo assim dirigida à perspectiva intergeracional em estudo. Nesta obra, Jonas explicita que a “ideia tradicional de direitos e deveres” positivada na esfera jurídica já não é mais suficiente para embasar as novas éticas, pois aquela é marcada pelo antropocentrismo reduzida ao foro interno do sujeito que age no aqui e agora, delimitada assim ao presente, sem qualquer preocupação com o futuro. O imperativo categórico desta teoria relaciona-se a uma nova perspectiva da ação humana: o ser humano deve agir de forma que suas consequências/efeitos sejam compatíveis com a permanência da vida humana na Terra, visto que a degradação da natureza frente ao cenário moderno tornou crítica a própria continuidade da vida. Partindo de uma ordem racional para o agir coletivo, como bem público e não meramente individual, revela-se assim que “a natureza como uma responsabilidade humana é seguramente um *novum* sobre o qual uma nova teoria ética deve ser pensada”⁷.

O autor procura reorganizar a atividade tecnológica em face do dever humano e suas consequências para a coletividade, incorporando as liberdades negativas. Em sua obra cita que “o sujeito moral deve considerar objeto de sua responsabilidade seres humanos futuros, ou seja, seres que ainda não são e que, portanto, a partir de uma ótica tradicional, não têm direitos e nem podem exercer seus deveres”.⁸

Esta responsabilidade ética implica em desdobramentos políticos e jurídicos que embasam a sustentabilidade ecológica e os fundamentos jurídicos da obra de Weiss já analisada.

⁷ JONAS, O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica, p. 35

⁸ JONAS, Poder o impotencia de la subjetividad, p. 25

Conclusão

A crescente inserção modificativa e deletéria do homem no meio ambiente revisou o direito ambiental clássico arraigado no antropocentrismo para um escopo baseado em exigências novas, entre as quais o fator intergeracional. Do presente estudo, percebeu-se que o fundamento constitucional de construir uma sociedade justa, livre e solidária também perpassa os ditames de justiça ambiental e intergeracional, a qual está teleologicamente ligada ao fundamento maior da dignidade da pessoa humana que tem direito a uma vida em qualidade e bem-estar, qualquer que seja a posição geracional na qual esta esteja posicionada e/ou representada. É factível pois que a sustentabilidade, inserida no âmbito jurídico, traz a necessidade de um direito axiológico, que aborde condutas respaldadas na ética e na justiça, não bastando considerar inovações jurídicas desvinculadas destes pressupostos ou apenas legalmente positivadas.

Assim, adota-se a ética da equidade para viabilizar medidas político-jurídicas que embasem a conduta de preservação da vida através da conservação do meio ambiente. O pensamento de Rawls, Weiss e Jonas foram facilitadores teóricos para a construção desta ética ambiental intergeracionalmente responsável. O princípio maior da equidade de Rawls e seus reflexos encontrados em Weiss, mostraram-se como paradigmas que embasam este novo pensar ético-jurídico para além da geração presente, tese adstritamente necessária para a vida futura. A ponderação desta temática exige que mudanças imateriais abstratas aconteçam, com uma nova cognição de *superação* do pensamento em que o tecnicismo e o desenvolvimento tecnológico infinito trazem proporcional desenvolvimento humano (base teórica para a ingerência humana na natureza de forma descompromissada com a ética). Entendemos assim que os ideais de sustentabilidade seriam firmados no tempo presente e, a solidariedade constitucional e a equidade intergeracional, no futuro. Concluímos que vários são os fundamentos para a ampla tutela do meio ambiente de forma a alcançar as futuras gerações, entre os quais: a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o princípio da solidariedade e valor intrínseco dos bens naturais para além do mero utilitarismo prático.

As dificuldades para a construção dessas propostas de defesa às futuras gerações são: (a) as gerações futuras inevitavelmente estarão limitadas pelas

transformações feitas no meio ambiente pelas gerações anteriores, (b) a carência de representação das futuras gerações requer a inovação dos institutos jurídicos clássicos em maior extensão, não limitando-se ao instituto da responsabilidade já consolidado, (c) a indefinição do “quem” e “quando” na perspectiva intergeracional e a consequente “não-delimitação” de seus interesses e direitos; percebemos entretanto que a despeito de qualquer outro apontamento, o direito à vida é essencial e inegociável em qualquer escala temporal, vê-se por conseguinte que esta vida deve ter sua ampla proteção garantida também através da preservação ambiental, (d) outra dificuldade enfrentada refere-se aos fatores ligados ao tempo, pois quanto mais remota for a geração futura, menor o grau de empatia que se teria, e portanto menor nível de solidariedade, este óbice é eminentemente afastado pela igualdade discutida através do véu de ignorância de John Rawls, pois a discussão igualitária ultrapassa acordos éticos baseados no grau de emoção e afetividade, ligando-o ao âmbito jurídico em que a justiça é virtude institucional, não subjetiva.

Difícil entretanto é falar de equidade no futuro quando o presente ainda carece desta perspectiva de forma proeminente, mas o debate filosófico-jurídico não deve abandonar este enfrentamento que seguramente colaborará em seu aperfeiçoamento e ulterior concretização das decisões implementadas pelas políticas sociais deste âmbito. Por fim, compreendemos que é essencial balizarmos o direito ao meio ambiente equilibrado como o fundamento capaz de concretizar os demais direitos, visto que a vida é viabilizada através deste em estreita correlação (o equilíbrio natural propiciou o surgimento da humanidade, a permanência atual e futura dependem deste). O direito ao meio ambiente deve, portanto, configurar matriz norteadora de todos os demais direitos fundamentais

Bibliografia

Brandão, ILiz Carlos Kopes; Souza, Carmo Antônio de. O princípio da equidade intergeracional. *Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas*, nº 2, 2010, Macapá (AP), UNIFAP, pag. 163-175.

Jonas, Hans. *Poder o impotencia de la subjetividad*. Trad. e Introdução De Illana Giner Comín. Barcelona: Paidós; I. C. E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2005.

Jonas, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.* Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006

Rawls, John. *Uma teoria de justiça.* Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

33. O DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-33>

Saúl Hercán Kritski Báez¹

Resumo

O presente estudo visa promover análise doutrinária a respeito do desenvolvimento como liberdade, tendo como marco teórico a obra de Amartya Sen e objetivando compreender e considerar seus aspectos teóricos de modo a avaliar a concepção do direito ao desenvolvimento como um direito fundamental, uma vez as premissas existentes tanto para a conceituação do desenvolvimento no âmbito internacional como no âmbito nacional.

Palavras Chave: Desenvolvimento. Direitos Fundamentais. Constituição.

Abstract

This study aims to promote doctrinal analysis about development as freedom, having as its theoretical framework the work of Amartya Sen and aiming to understand and consider its theoretical aspects in order to evaluate the conception of the right to development as a fundamental right, once the premises both for the conceptualization of development at the international and national levels.

Keywords: Development. Fundamental rights. Constitution..

Introdução

O presente estudo não tem o condão de exaurir matéria extensa e profunda que é o de dissertar a respeito da viabilidade da conjunção do desenvolvimento como um direito fundamental, mas tem como pretensão promover análise a respeito dos argumentos que servem para a composição de estudo quanto a sua viabilidade como mecanismo jurídico de importate argumentação a respeito do direito ao desenvolvimento na seara constitucional.

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia, pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Pós graduado em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. e-mail: saulkritski@hotmail.com

Neste sentido a base teórica utilizada é a apresentada por Amartya Sen em importante obra designada Desenvolvimento como Liberdade. A referida obra tem sua importância vez que estabelece os parâmetros posteriormente utilizados por Sen quanto a promoção da Teoria da Justiça, obra que muito tem contribuído para o profícuo debate ocorrido no que concerne ao desenvolvimento. Como marco teórico Amartya Sen tem promovido intenso debate na seara mundial, seja no contexto econômico, filosófico, social e jurídico, de modo que importante produção científica tem servido como incremento nas mais importantes discussões a respeito da aplicabilidade do desenvolvimento.

As tensões sociais e o modelo econômico adotado ultimamente somado a crescente atenção dada às desigualdades, tem servido como objeto de estudos na seara do direito, vez que a participação estatal no modelo econômico vem sendo questionado principalmente quanto a sua aplicabilidade no contexto social.

A previsão legislativa para a criação de mecanismos no intuito da composição de condições de existência humana digna consta eclipsada na Constituição da República Federativa do Brasil quando o Estado, social intervencionista, propõe garantias fundamentais e os direitos sociais concernentes ao bem-estar, ao desenvolvimento e a igualdade de sua população.

A executabilidade social da dignidade da pessoa humana está estritamente vinculada ao condicionamento eficiente da criação e garantia de garantias de existência humana digna, sendo supedâneo para o direito subjetivo a aplicação e promoção de políticas públicas que objetivem a aplicação da previsão constitucional.

Dados relevantes tem sido objeto de publicações pelos organismos internacionais e servem como meio de controle e complementação para a existência das desigualdades, como exemplo importa citar que em 21 de março de 2017 o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), ao publicar dados do ano de 2015 a respeito do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), constatou que o Brasil ocupa atualmente o 79º (setuagésimo nono) lugar entre as 188 nações que tiveram seu índice de desenvolvimento humano – IDH.

Os indicadores constatam que a renda da saúde e da educação no país tiveram recuo em seu desenvolvimento proporcionalmente de 19 (dezenove) posições, o que resulta numa necessidade de revisão quanto as metas e a interpretação das circunstâncias estabelecidas pelo poder público.

A compreensão do desenvolvimento como direito fundamental de terceira dimensão parece ser de importante valia no que concerne à executabilidade de políticas públicas que visem a quebra histórica das desigualdades no cenário nacional.

Como dito, o interesse do presente estudo é avaliar argumentos que demonstram plausibilidade da compreensão do direito ao desenvolvimento como mecanismo l para consecução de vias jurídicas nas garantias adstritas à dignidade da pessoa humana, no viés dos direitos fundamentais de terceira dimensão.

Amartya Sen e o desenvolvimento

As obras de Amartya Sen têm se mostrado referência para a análise a respeito das liberdades. O economista indiano foi galardoado com prêmio Nobel de Economia no ano de 1998 pela sua contribuição teórica a respeito da econômica do bem-estar, bem como pela sua análise a respeito dos países em desenvolvimento. Os dados empíricos a respeito do desenvolvimento tem sido objeto de importantes modificações nas concepções de estudo a respeito de dados econômicos em nível global.

O índice de desenvolvimento humano – IDH tem sido um dos fatores de maior destaque nos estudos de Sen, sendo, até hoje, objeto de levantamento de dados, práticas de desenvolvimento e meio para a avaliação de indicadores econômicos e sociais.

A relevância do IDH é medida pelo seu uso tanto pelo Banco Mundial como pela Organização das Nações Unidas - ONU, sendo, ainda, critério para avaliação da política nacional de indicadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, mais especificamente mediante o levantamento de dados nos municípios, IDHM.

Apesar da contemporaneidade dos estudos de Sen, a sua aplicabilidade ainda requer maior esclarecimento por parte da doutrina, em que pese internacionalmente o desenvolvimento ser compreendido como direito humano cabe complementar que a noção de desenvolvimento e a concepção da promoção de funcionamentos e capacidades destacados por Amartya Sen ainda carecem de maior evolução no âmbito nacional, principalmente se considerado pelo viés dos direitos fundamentais.

Para Amartya Sen em Desigualdade Reexaminada as capacidades representam liberdades e são poderes para fazer ou deixar de fazer incluindo “formar”, “escolher”, “buscar”, “revisar” e “abandonar” objetivos, sem os quais não há escolha, já os

funcionamentos são definidos como estados e ações que uma pessoa consegue realizar vivendo de algum modo. Estes conceitos são de extrema relevância para a doutrina seniana uma vez que representam a liberdade de escolha.

Como exemplo pode-se citar que Sen define que a pobreza nada mais é do que a privação do indivíduo em exercer suas capacidades básicas. Ele destaca que a pobreza não se refere apenas a carência de renda ou a uma renda baixa, mas sim a ausência de possibilidades do sujeito em lograr exercer livremente suas capacidades. Correlaciona, ademais, que a renda baixa ou a carência desta influência deve ser analisada na percepção de pobreza como uma redução das liberdades substantivas do indivíduo, contudo não pode ser considerado como indicador único para compreender o fenômeno.

O que Sen busca definir é a relevância do conceito de liberdade para que se possa avaliar o desenvolvimento como mecanismo próprio para o alcance da própria liberdade como justiça, para tanto estabelece que as liberdades dependem intrinsecamente de disposições sociais, econômicas e de direitos civis.

Esclarece que para que haja a fruição da liberdade é necessário que as disposições que promovem as capacidades devem ocorrer mediante a remoção dos obstáculos existentes em sociedades desiguais. Declara que os principais fatores de privação da liberdade residem na pobreza social, na ausência de oportunidades econômicas e na negligencia de padrões governamentais que busquem programar e aprofundar o desenvolvimento.

Um dos pontos de interesse reside no que Sen irá denominar como liberdade em perspectiva instrumental. A liberdade pelo viés da perspectiva instrumental diz respeito aos estudos empíricos que fomentam o modo pelo qual o sistema econômico influencia no desenvolvimento de determinada sociedade. Para que haja desenvolvimento social é necessário que seja disponibilizado liberdade política, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora.

Se por um lado o objetivo do desenvolvimento está diretamente relacionado com a liberdade humana, há de se destacar a característica instrumental de determinadas liberdades como mecanismos de se lograr a eficácia da liberdade humana, aqui compreendida com a participação estatal, na segmentação de

planejamento e programas que visem a diminuição das desigualdades e o fomento ao desenvolvimento.

Assim, não há como desvincular a premissa da liberdade como mecanismo balizador e programático para a erradicação das desigualdades e, no caso brasileiro, a efetivação de direitos fundamentais. Pode-se observar que o valor liberdade ganha uma conotação de ferramenta universal que pressupõe o estabelecimento e o avanço do desenvolvimento. Aqui, se verifica que a economia não pode considerar apenas o crescimento ou o aumento de renda para se destacar como desenvolvimento e é necessária uma análise aprimorada quanto a outros elementos que compõem o desenvolvimento defendido por Sen.

Desta maneira, importa destacar que para Sen “*O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo*”²

Com isso é possível compreender que por liberdades políticas é compreendido a liberdade de expressão e a de manifestação mediante eleições livres e democráticas, tal correlação de liberdade democrática possibilita a que economicamente não existam travas ou empecilhos para que a economia esteja ao alcance de produtores e comerciantes, possibilitando assim maior oportunidade de fruição de renda. Ademais, quando Sen destaca a importância das oportunidades sociais, aqui concebidas como meios oficiais ou facilitados para o acesso à educação e saúde, esclarece que ao ter a sociedade acesso à educação e à saúde promove assim mecanismos de preparação e resguardo dessa população tanto para o mercado de trabalho como para fruição das liberdades.

Como se observa, o conceito de liberdade é o meio pelo qual o desenvolvimento encontra justificativa para sua fruição e isto se justifica visto que a liberdade em si resulta como meio constitutivo do desenvolvimento, bem como processo de execução e garantias. Contudo, Sen enfatiza que a questão liberdade no sentido social tem sido objeto de olvido por parte da comunidade econômica, para este esclarecimento Sen,

² SEN, Amartya. 2000. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010 p. 29.

em sua obra, cita John Hicks destacando que “*Os princípios liberais, ou de interferência, dos economistas clássicos (smithianos ou ricardianos) não eram, em primeiro lugar, princípios econômicos; eram uma aplicação à economia de princípios considerados aplicáveis a um campo bem mais amplo. A afirmação de que a liberdade econômica conduz à eficiência econômica não passava de um esteio secundário. [...] O que realmente questiono é se temos justificativa para esquecer, o outro lado do argumento*”³

A análise do desenvolvimento promovido por Sen nesta obra diz respeito, portanto, ao conceito das liberdades dos indivíduos no sentido de compreender como elementos constitutivos básicos de existência. O que se observa é que Sen destaca que este mecanismo de análise do desenvolvimento como liberdade resulta na promoção das capacidades destes indivíduos, ou seja, a liberdade do indivíduo somente estará presente quanto este tiver condições de concatenar a respeito da sua própria liberdade e assim desenvolver suas capacidades para fruir de uma vida digna.

Porém, Sen destaca que o alcance das capacidades depende do envolvimento político na sociedade de modo a expansão das capacidades: *Essas capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo. Essa relação de mão dupla é central na análise aqui apresentada [...] Ter mais liberdade para fazer as coisas que são justamente valorizadas é (1) importante por si mesmo para a liberdade global da pessoa e (2) importante porque favorece a oportunidade de a pessoa ter resultado valiosos [...] A segunda razão para considerar tão crucial a liberdade substantiva é que a liberdade é não apenas a base da avaliação de êxito e fracasso, mas também um determinante principal da iniciativa individual e da eficácia social. Ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento”*⁴

Como se observa, o papel constitutivo da liberdade relaciona-se com o enriquecimento da vida humana, de modo a que as liberdades substantivas promovam as capacidades essenciais de existência e de escolha, ou seja, o que se observa é que a ideia de liberdade nos sentido seniano diz respeito a promoção de constituir uma

³ Ibidem, p. 45

⁴ Ibidem, p. 33

sociedade onde cada indivíduo logre ter a liberdade de promover escolhas mediante a satisfação de necessidades básicas, tais como alimentação adequada, alfabetização, participação política e liberdade de expressão.

Já no que concerne à feição instrumental da liberdade, Sen irá destacar que a promoção de diferentes liberdades, constituídas no seio da sociedade, possibilitam a fruição de escolhas e oportunidades de modo a promover os chamados intitulamentos. Estes consagram uma interligação entre diferentes tipos de liberdades resultando nas liberdades instrumentais: (1) liberdades políticas; (2) facilidades econômicas; (3) oportunidades sociais; (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora.

Ou seja, não há como avaliar o desenvolvimento sem que haja participação política na promoção das liberdades substantivas, bem como, não haverá desenvolvimento se não houver participação tanto da sociedade organizada, como do mercado e das instituições. O papel do direito neste ponto parece-nos crucial, vez que é mediante a estrutura normativa, no caso brasileiro, inclusive constitucional, que o mercado é regulado e é mediante os direitos fundamentais estabelecidos pela constituição federal que os serviços públicos básicos se tornaram deveres do administrador público sendo obrigação do poder público a promoção e a execução de políticas públicas que promovem educação e saúde, sendo as instituições públicas garantidoras dessa executabilidade, seja pela via legislativa, seja pela via judicial.

O Desenvolvimento como direito fundamental

Importa destacar a promoção do desenvolvimento como conceito jurídico e neste sentido o direito internacional tem reconhecido o direito ao desenvolvimento como um direito humano. Flávia Piovesan destaca que “*Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania*”⁵

Foi mediante a Carta das Nações Unidas assinada em 1945 que a cooperação internacional foi levada à termo e em seu art. 55 que estabelece a finalidade da

⁵ PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos, In: PIOVESAN Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). Direito ao desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p 97.

cooperação econômica e social das nações no que tange ao desenvolvimento. Para este dispositivo a cooperação internacional deverá conceber como finalidade a criação de condições necessárias ao bem-estar, resultando em relações pacíficas entre as nações.

Posteriormente, em seu art. 56 a mesma Carta estabelece o comprometimento das nações signatárias quanto ao compromisso de se promover o preceituado no artigo precedente, consubstanciando, assim, em obrigatoriedade estatal interna a promoção do bem-estar de sua população. Esse direito cunhado na esfera internacional percorreu interessante período histórico de amadurecimento no organismo principalmente se considerado o período de gestação no contexto do pós-guerra - II Guerra Mundial - com o advento da Carta da ONU de 1945, em especial ao conteúdo do art.55.

Por sua vez, foi mediante a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotado pela ONU no ano de 1986 que o termo ganhou natureza jurídica, vez que no plano internacional restou consignado como direito fundamental. Apesar do Brasil ser signatário da citada declaração não há até o momento unanimidade quanto a aceitação do referido direito no âmbito constitucional, Melina Giardi Fachin afirma que “... *não há no direito (constitucional) pátrio qualquer menção ao direito ao desenvolvimento como um direito fundamental neste sentido abrangente e inclusivo que trata o documento internacional*”⁶

O que se observa aqui é o fato da compreensão de que o direito ao desenvolvimento na seara internacional abrange os direitos humanos, enquanto na seara constitucional estaria vinculado aos direitos fundamentais estabelecidos como de fraternidade e solidariedade. Assim, ressalta o fato de que é neste diapasão que a doutrina relaciona que os direitos humanos são considerados no âmbito do direito internacional, enquanto no âmbito pátrio a dignidade da pessoa humana está relacionada aos direitos fundamentais vinculados à constituição.

Conforme ensina Ingo W. Sarlet⁷ o desenvolvimento se encontra abrangido pelos chamados direitos de solidariedade e fraternidade de terceira dimensão, ou, para parte da doutrina, de terceira geração. Nesse magistério, Sarlet constata que o

⁶ FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). Direito ao desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 179.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 48.

desenvolvimento, a priori, logra se enquadrar no conceito de direito fundamental pois encontra sua positivação estabelecida pela Carta de 1988.

Se pela ótica internacional o direito ao desenvolvimento corresponde a expressão de garantias jurídicas da dignidade humana ou do direito humano, na esteira constitucional estaria vinculada àqueles direitos de titularidade do próprio Estado. Nas palavras de Ingo Sarlet “*Verifica-se, contudo, que boa parte desses direitos em franco processo de reinvindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados (à exceção dos direitos de titularidade notadamente coletiva e difusa) à ideia da liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos particulares*”⁸

Assim seria possível aferir que tanto o direito ao desenvolvimento compreendido na sua face internacional – direitos humanos – como na sua face pátria – direito fundamental – são complementares conceitualmente, visto que detêm em sua natureza a proteção transindividual. O que parte da doutrina irá como concepção bifronte, vez que ambos conceitos se confundem ou se complementam pela previsão normativa internacional e pela previsão constitucional, pois em ambos casos a titularidade, a priori, seria determinada por um direito ao desenvolvimento individual (ser humano), seja por um direito ao desenvolvimento coletivo ou comunitário (direito econômico/ internacional).

Por sua vez, o desenvolvimento é reconhecido como direito pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986 promovida pela Resolução n. 41/128, sendo mecanismo para a consecução de um processo econômico, social, cultural e político que objetiva a busca pelo bem-estar da sociedade.

O organismo internacional estabelece em sua justificação para a referida resolução uma conceituação de desenvolvimento. Em seu art. 1º consta a conceituação do direito ao desenvolvimento, bem como há previsão quanto a obrigatoriedade da participação dos cidadãos e o desempenho dos Estados em promover meios para a consecução do direito ao desenvolvimento, neste sentido, compreendemos importante, neste momento, abordar o conceito.

⁸ Ibidem, p. 50

Note-se que o desenvolvimento - a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento económico e social – alçado pelo organismo internacional como objetivo não vislumbra apenas a busca pelo desenvolvimento económico e qualitativo da vida dos cidadãos, mas vai além. Na nossa interpretação o mecanismo busca estabelecer o desenvolvimento à nível social, o que, automaticamente, abrange a esfera económica e como consequência a melhoria nas condições de vida.

Contudo, apesar da previsão legislativa constante na Emenda Constitucional n. 45/2004, em seu parágrafo 3º ao artigo 5º que trata a respeito do tratamento dos tratados internacionais de direitos humanos, é fato de que como nos casos dos demais direitos de terceira dimensão, a princípio, o direito ao desenvolvimento carece de mecanismos ou técnica própria de efetivação ou ainda de eficácia. Compreendemos que esse déficit esteja diretamente relacionado com o fato de que o desenvolvimento, compreendido como direito fundamental, a priori, tende a ter sua titularidade no próprio Estado.

Não adentrando à seara que trata a respeito dos conceitos de direitos humanos, direitos fundamentais e ainda aos direitos humanos fundamentais, é fato de que o desenvolvimento tem sido reconhecido por parte da doutrina como direito fundamental de terceira dimensão mesmo carecendo de uma estrutura normativa que logre promover eficácia concreta, apesar de ser relevante argumentação quanto a sua estrutura constitucional e disposição como um direito fundamental.

Conclusão

Para além da conceituação doutrinária a respeito do direito ao desenvolvimento e a sua correlação com direitos fundamentais chamados de terceira dimensão – fraternidade – o que se observa é o fato de que tanto o direito ao desenvolvimento em seu aspecto internacional como em seu aspecto nacional, de terceira dimensão, guardam pertinência temática com a liberdade abordada por Sen.

Os índices de desenvolvimento humano, o modo pelo qual a literatura económica promove analise a respeito do desenvolvimento económico e a sua repercussão na esteira de um planejamento social devem sua relevância aos estudos promovidos por Amartya Sen na obra “Desenvolvimento como liberdade”.

A liberdade a qual Sen promove a citada obra busca avaliar empiricamente os mecanismos utilizados pelos países quanto ao processo de desenvolvimento pelo qual perpassaram, demonstrando, razoavelmente, o modo pelo qual a econômica ou processo econômico de mercado não logra, unicamente, promover o desenvolvimento com base na liberdade.

A renda per capita e a promoção de riquezas foram objeto de avaliação por parte do economista indiano, o qual demonstrou que a liberdade garantida para a promoção das capacidades mediante as liberdades substantivas demonstram ser o caminho mais adequado para a equiparação das nações quanto ao seu desenvolvimento.

É por essa razão que a concepção de um direito fundamental ao desenvolvimento parece ser o mecanismo de interesse para a compreensão da efetivação do desenvolvimento, sendo, para tanto, de grande pertinência avaliar sua concepção e natureza jurídica. Em que pese a correlação de parte da doutrina quanto a faceta interna do direito ao desenvolvimento eclipsado na seara internacional, comprehende-se que há lastro para a interpretação de um direito ao desenvolvimento como direito fundamental, vez que, para além da pertinência temática advinda da Emenda Constitucional n. 45/2004, existe espaço teórico para aferir sua vinculação com a dignidade humana e, portanto, com a sua efetividade na seara das políticas públicas e ou deveres fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

BITENCOURT, Caroline Müller. Controle jurisdicional de políticas públicas. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

CARDUCCI, Michele. Relação entre desenvolvimento econômico, desenvolvimento constitucional e originalidade do Brasil. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 15-26, jul./set. 2012.
Judicial. 2a Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DEATON, Angus. A grande saída: saúde, riqueza e as origens das desigualdades. 1. Ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção

dos Direitos Humanos. *In: PIOVESAN Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). Direito ao desenvolvimento.* Belo Horizonte: Fórum, 2010

FERNANDES, Francisco Liberal. A pobreza perante o direito. Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Junho de 2014, n. 2.

FOLLONI, André. A Complexidade Ideológica, Jurídica e Política do Desenvolvimento Sustentável e a Necessidade de Compreensão Interdisciplinar do Problema. Revista Direitos Humanos Fundamentais, Osasco. Janeiro-Junho de 2014.

GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento social em um Estado Social. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 5, n. 1, p.99-141. Ribeirão Preto: 2018.

GOMES, Eduardo Bianchi. MASSUCHIN, Barbara Andrzejewaki. Direitos fundamentais e direito ao desenvolvimento. A Conferência de Copenhague: uma nova tentativa de cooperação internacional para uma política climática eficiente. Revista de Direito Administrativo&Constitucional. Fórum, Belo Horizonte, 2003 – n. 11.

HACHEM, Daniel Wunder. A Noção Constitucional de Desenvolvimento para Além do Viés Econômico: Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público Brasileiro. Revista de Direito Administrativo&Constitucional. Fórum, Belo Horizonte, 2013 – n. 53.

KAGEYAMA, Angela. HOFFMANN, Rodolfo. Pobreza no brasil: uma perspectiva multidimensional. Economia e Sociedade, Campinas, v. 15, n. 1 (26), p. 79-112, jan./jun. 2006

MALISKA, Marcos Augusto. Estado e Século XXI: A Integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático, 1^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos, *In: PIOVESAN Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). Direito ao desenvolvimento.* Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PRADO, Mariana Mota. O Paradoxo das Reformas do Estado de Direito: Quando reformar iniciais se tornam obstáculos para reformas futuras. Revista de Sociología Política V. 21, n. 45. Março de 2013.

REZA, Sonia Yolanda Rocha. Pobreza, socialización y movilidad social: tesis doctorado, Universidad Iberoamericana: México, 2007.

RASTREPO, Juan Camilo Castellanos. BETANCUR, Milany Andrea Gómez. El Desarrollo como Derecho. Una Perspectiva Histórica de su Consagración Jurídica Internacional. Revista: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 44, n. 121. Medellín – Colômbia. Julio-Diciembre de 2014.

SACHS, Jeffrey D. A era do desenvolvimento sustentável. 1 Edição, Lisboa: Actual, 2017.

O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SALVIA, Agustín. LÉPORE, Eduardo. Desafíos del Enfoque de los Derechos Humanos y del Desarrollo en la Lucha Contra la Pobreza: Aportes al Debate desde las Ciencias Sociales. Universidade Católica Argentina – UCA. www.top.org.arg (acesso em 03/08/2018)

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. São Paulo: Cortez, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHIER, Adriana Ricardo. Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016

in Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho./ Edgar Guimarães (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004

SEN, Amartya. A ideia de justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERRA, Adriana Stankiewcz. Pobreza multidimensional no Brasil rural e urbano. Campinas, São Paulo [s/n], 2017.

VALLE, Vera Regina Lírio Do. Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial. 2a Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VEIGA, José Eli da. Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

34. ACORDOS BRASILEIROS DE COOPERAÇÃO SUL-SUL: INSTRUMENTOS DE AUXÍLIO À EFETIVAÇÃO DOS ODS NA AMÉRICA LATINA¹

*BRAZILIAN AGREEMENTS OF SOUTH-SOUTH COOPERATION: INSTRUMENTS
OF AID TO THE EFFECTIVENESS OF ODS IN LATIN AMERICA*



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-34>

Andreia Maria Santiago²

Resumo

O Programa das Nações Unidas reconheceu, em março de 2019, o papel fundamental da Cooperação Sul-Sul para promoção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) estabelecidos pela Agenda 2030 das Nações Unidas. Face a esse reconhecimento, por intermédio do artigo que ora se apresenta, pretende-se analisar o processo evolutivo da Cooperação Sul-Sul e seus desdobramentos para impulsão do desenvolvimento socioeconômico latino-americano. Objetiva-se, ainda, examinar como instituições públicas, privadas e organismos multilaterais podem atuar como atores desse desenvolvimento e quais as parcerias estabelecidas com a Cooperação Sul-Sul para implementação dos ODS. Ao final do presente estudo, quer-se oferecer uma visão ampliada sobre as atuais estratégias da Cooperação Sul-Sul e sua política externa com vistas ao cumprimento da Agenda 2030 na América Latina. A metodologia de pesquisa assenta-se em estudo descritivo-analítico, com abordagem qualitativa, desenvolvida por meio de um referencial teórico do tipo bibliográfico, legislativo e documental.

Palavras-chave: Cooperação Sul-Sul. Cooperação entre países em desenvolvimento. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. América Latina.

¹ Trabalho elaborado ao longo da disciplina de Direito Constitucional Comparado Latino-Americano.

² Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Bolsista de produtividade em pesquisa pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPQ Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina – REPJAL sob a orientação da Doutora Gina Vidal Marcílio Pompeu. E-mail: andreiamsantiago@gmail.com

Abstract

The United Nations Program in March 2019 recognized the key role of South-South Cooperation in promoting the Sustainable Development Goals (SDGs) established by the United Nations Agenda 2030. In light of this recognition, through the article presented here, we intend to analyze the evolutionary process of South-South Cooperation and its developments in order to promote Latin American socio-economic development. It also aims to examine how public and private institutions and multilateral organizations can act as actors in this development and what partnerships are established with South-South Cooperation to implement the SDGs. At the end of the present study, we want to offer an expanded view on current South-South Cooperation strategies and their foreign policy in order to comply with Agenda 2030 in Latin America. The research methodology is based on a descriptive-analytical study, with a qualitative approach, developed through a theoretical reference of the bibliographic, legislative and documentary type.

Keywords: South-South cooperation. Cooperation between developing countries. Sustainable Development Goals. Latin America.

Introdução

A Cooperação Sul-Sul pode ser designada como a cooperação entre países em desenvolvimento que possuem objetivos comuns nas áreas técnica, financeira, humanitária, educacional, de saúde, entre outras, com vistas a promover o desenvolvimento econômico e social. Destarte, por meio da transferência de conhecimentos técnico, operacional e científico, busca-se reduzir a dependência frente ao capital estrangeiro.

Vale destacar que a Cooperação Sul-Sul abrange países da América Latina e Caribe, África, Ásia, Oceania, Oriente Médio e Leste Europeu. Não obstante essa abrangência, o presente estudo analisa especificamente os acordos de cooperação em vigor do Brasil com outros países da América Latina. O objetivo é investigar como essa política de cooperação é capaz de contribuir para a promoção do desenvolvimento sustentável dessas nações.

Nesse diapasão, vale ressaltar que, nos anos 2000, as condições de implementação de uma política externa fundamentada na lógica Sul-Sul foram

favorecidas, principalmente, porque alguns países emergentes têm sua situação econômica melhorada. Nesse aspecto, o Brasil se sobressai como país capaz de contribuir para o desenvolvimento dos países vizinhos.

Diante desse panorama, por meio do presente estudo, busca-se fundamentos para responder se a Cooperação Sul-Sul pode ser considerada instrumento político e econômico de integração regional capaz de auxiliar no desenvolvimento dos países Latino-Americanos, sob a perspectiva dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), da Agenda 2030 da ONU. Será que as ações implementadas em conjunto contribuíram/contribuirão para esse modelo de desenvolvimento?

Nesse intuito, inicia-se o tema com abordagem histórica que descreve o contexto mundial determinante para implementação da Cooperação Sul-Sul. Na segunda seção, disserta-se sobre os processos internacionais de construção de uma consciência em prol da implementação do desenvolvimento sustentável até a elaboração da Agenda 2030 determinada pelas Nações Unidas. Na terceira seção, apresentam-se os acordos de cooperação do Brasil em vigor com países da América Latina, bem como os parceiros não estatais e organismos multilaterais que auxiliam na promoção desse desenvolvimento.

A metodologia assenta-se em estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica com referencial teórico nacional e internacional. Quanto à abordagem, a pesquisa é qualitativa, na medida em que se aprecia a realidade fática do tema. Nesse aspecto, cabe destacar que a escolha do Brasil como representante dos países da América Latina, para tecer reflexões sobre a Cooperação Sul-Sul, justifica-se pela necessidade de maior delimitação da pesquisa, e, sobretudo, em face da importância dessa nação na trajetória política de cooperação internacional, haja vista que, em decorrência de seu desenvolvimento econômico, passou de nação receptora de investimentos para nação que coopera, oficialmente, com o desenvolvimento de outros países.

Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e analítica, uma vez que buscou descrever e explicar o problema apresentado, bem como destacou a Cooperação Sul-Sul como um mecanismo capaz de auxiliar na promoção dos objetivos de desenvolvimento sustentável determinados pela Agenda 2030 da ONU, no âmbito da América Latina.

1 Contexto histórico de implantação da cooperação sul-sul

No pós-Segunda Guerra, a Europa sofria com a insuficiência de alimentos e de energia por todas as partes. Na França, por exemplo, cortava-se a luz durante o dia e a ração de pão a quantidades inferiores ao período da própria guerra³. Diante dessa conjuntura, a política de cooperação entre Estados passa a ser objeto de interesse e de estudo no campo das relações internacionais. Nações hegemônicas constatam que a solução para os graves problemas se encontrava na formulação de políticas internacionais de cooperação com vistas a reconstruir os países afetados pelo conflito⁴.

Nesse panorama, desenvolve-se a Cooperação Internacional para o Desenvolvimento (CID), posteriormente denominada de Cooperação Norte-Sul, a qual teve seu primeiro programa de ajuda financiado pelos Estados Unidos, com escopo de reconstruir os países da Europa Ocidental devastados pela Segunda Guerra Mundial. Segundo Celso Furtado⁵, o intento dos Estados Unidos era recuperar seus mercados externos. Para tanto, criou o Grupo de Planejamento Político do Departamento de Estado, liderado por *George F. Kennan*, o qual apresentou, em memorando, a possibilidade de normalização da vida econômica na Europa por meio de transferências unilaterais dos Estados Unidos. Nascia, então, o Plano *Marshall*, que oportunizou aos países da Europa Ocidental se reestruturarem de modo rápido.

No Ocidente, a consolidação da cooperação nas décadas de 50 e 60 insere-se na política do Primeiro Mundo como forma de combate à expansão do comunismo no Terceiro Mundo, principalmente no pós-Revolução Cubana⁶. Jorge Chediek⁷ esclarece que as raízes da Cooperação Sul-Sul remontam à Conferência de Bandung, ocorrida em 1955, ocasião em que surgiu a expressão “Terceiro Mundo”. Nessa conferência, consolida-se a ideia de solidariedade entre países com trajetória comum de ex-colônia e o reconhecimento de que o esforço comum entre esses países pode contribuir para o seu desenvolvimento. Anunciam-se, então, princípios que no futuro farão parte da

³ FURTADO, Celso. “Obra autobiográfica”. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p.31.

⁴ ABREU, Fernando José Marroni de. “A evolução da cooperação técnica internacional no Brasil”. Revista Mural Internacional. v. 4, n. 2, jul – dez, 2013, p.4.

⁵ FURTADO, Celso. “Obra autobiográfica”. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p.36-37.

⁶ POLITIZE. “Cooperação norte-sul e a cooperação internacional para o desenvolvimento”. 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cooperacao-norte-sul-entenda/>. Acesso em: 01 jul. 2019.

⁷ CHEDIEK, Jorge. “O papel do Brasil na Cooperação Sul-Sul: um estudo analítico e histórico”. In: ALMINO, João; LIMA, Sérgio Eduardo Moreira (org.). 30 anos da ABC: visões da cooperação técnica internacional brasileira. Brasília: FUNAG, 2017, p.42.

Cooperação Sul-Sul, quais sejam, a não interferência em assuntos nacionais e a condução das relações horizontais entre países em desenvolvimento com base na cooperação e na reciprocidade⁸.

Diego Pautasso⁹ destaca que, no pós-guerra, principalmente na década de 1970, o poder reordenou-se com mudanças estruturais nas relações internacionais, intensificadas no plano econômico pelo fim do padrão dólar-ouro e pela crise petrolífera, reformatando o sistema capitalista em todas as suas dimensões. As crises das décadas de 1970 e 1980 impactaram os países do Sul Global e contribuíram para o seu endividamento externo. Resultaram, ainda, na redução da Cooperação Norte-Sul e na exigência de reformas estruturais nos países beneficiários desta cooperação, a exemplo da redução de gastos públicos, reforma tributária, abertura comercial, privatização de empresas estatais, dentre outras propostas alinhadas pelo chamado *Consenso de Washington*¹⁰.

Com efeito, exacerba-se a crítica dos países em desenvolvimento frente à política externa de Cooperação Norte-Sul, os quais passam a avaliar se a agenda de países do Norte realmente dialoga com os interesses dos países do sul. Questionam-se, inclusive, em que medida o fluxo financeiro dessa cooperação leva os países do sul a efetivamente se desenvolverem. Chega-se a vislumbrar que “todas essas iniciativas políticas buscavam redirecionar o conflito internacional para o eixo Norte-Sul em oposição ao eixo Leste-Oeste que caracterizava a guerra fria”¹¹.

Em contrapartida, o fim da bipolarização mundial dá lugar à ordem centrada no processo de globalização e transnacionalização progressiva da produtividade. Tornam-se explícitos os contrastes existentes entre as nações do eixo norte, em sua maioria desenvolvidas, e as nações do eixo sul, em sua maioria em vias de desenvolvimento. Por seu turno, o sentimento de mudança e a troca de experiências

⁸ PEREIRA, Analúcia Danilevitz; MEDEIROS, Klei. “A Emergência da Periferia no Sistema Mundial: Da Conferência de Bandung à Conferência de Buenos Aires (1955-1978)”. Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais, v. 4, n. 7, 2015, p.120.

⁹ PAUTASSO, Diego. “O fortalecimento das relações sul-sul: estratégia e realidade para os países emergentes”. Revista Conjuntura Austral. vol. 2, nº. 8, out-nov., 2011, p.49.

¹⁰ POLITIZE. “Cooperação norte-sul e a cooperação internacional para o desenvolvimento”. 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cooperacao-norte-sul-entenda/>. Acesso em: 01 jul. 2019.

¹¹ MENEZES, Roberto Goulart; RIBEIRO, Claudio Oliveira. “A cooperação sul-sul revisitada: a política externa do governo lula da silva e o desenvolvimento africano”. Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos. Brasília: Ipea, 2012, p. 4. Disponível em: <file:///D:/AMÉRICA.osul.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2019.

acentuam a integração da sociedade mundial. Desta integração surge a necessidade premente de cooperação internacional para alcançar interesses comuns¹².

Nesse contexto, nações em via de desenvolvimento, com grandes mercados emergentes, destacam-se como atores capazes de influenciar na dinâmica das relações internacionais. Ganham força outras dimensões geopolíticas e econômicas de integração, com viés regionalizado, que objetivam aproximar países vizinhos, com necessidades semelhantes, para a promoção de seu desenvolvimento.

Nessa dialética, surge a Cooperação Sul-Sul como contraponto à Cooperação Norte-Sul, no sentido de países parceiros alcançarem objetivos comuns, por intermédio do compartilhamento de experiências e boas práticas, na questão do desenvolvimento. Nesse sentido, fortalecer o eixo da Cooperação Sul-Sul é fator importante para alcançar objetivos transnacionais, pois o apoio de outros países aumenta a capacidade de influência e diminui a vulnerabilidade no âmbito externo¹³.

É importante destacar a pressão doméstica como determinante na política de cooperação entre países, por se tratar de fator que impulsiona os governos a disputarem agendas da política externa. Esse ambiente interno, composto por grupos domésticos, a exemplo de empresários e trabalhadores, pressionam os governos a adotar políticas favoráveis a seus interesses. Por seu turno, grupos políticos formam coalizões com esses grupos de interesses com o objetivo de capitalizar mais poder político. Nesse jogo, no âmbito internacional, os governos nacionais buscam maximizar a própria habilidade de satisfazer pressões domésticas, bem como o “fortalecimento de suas relações políticas e econômicas com o desenvolvimento ou reforço de novas parcerias estratégicas”¹⁴.

Segundo o embaixador Ruy Pereira, Diretor da Agência Brasileira de Cooperação (ABC), em 1978, as Nações Unidas adotam a Cooperação Sul-Sul e desenvolvem suas diretrizes na Conferência de Buenos Aires, caracterizada como a

¹² RIBEIRO, Daniela Menegoti; ROMANCINI, Malu. “A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina”. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p.161.

¹³ JÚNIOR, Haroldo Ramanzini; MARIANO, Marcelo Passini; ALMEIDA, Rafael Augusto Ribeiro de. “As diferentes dimensões da cooperação sul-sul na política externa brasileira”. In: Política externa brasileira, cooperação Sul-Sul e negociações internacionais. JÚNIOR, Haroldo Ramanzini; AYERBE, Luis Fernando (orgs.) 1. ed. - São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

¹⁴ MENEZES, Roberto Goulart; RIBEIRO, Claudio Oliveira. “A cooperação sul-sul revisitada: a política externa do governo lula da silva e o desenvolvimento africano”. Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos. Brasília: Ipea, 2012.p. 50-51.

primeira conferência a tratar especificamente do tema¹⁵. Tais diretrizes contam com a assinatura de 138 Estados-membros das Nações Unidas e estão elencadas no Plano de Ação de Buenos Aires para Promoção e Implementação de Cooperação Técnica entre Países em Desenvolvimento (PABA).

No XXXVI período de Sessões da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL)¹⁶, realizado na cidade do México, em 2016, foi criado o Fórum dos Países da América Latina e do Caribe sobre o Desenvolvimento Sustentável, com o objetivo de formar mecanismo regional para a implementação e seguimento da Agenda 2030, adotada em 2015 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Na primeira reunião desse fórum, realizada em abril de 2017, os delegados dos países da América Latina e Caribe reafirmaram o compromisso coletivo com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e destacaram nas conclusões e recomendações¹⁷ a importância da Cooperação Sul-Sul:

Recordamos que la cooperación Sur-Sur es un elemento importante de la cooperación internacional para el desarrollo como complemento, y no como sustituto, de la cooperación Norte-Sur, y reafirmamos la importancia de cumplir plenamente los compromisos internacionales contraídos en ese sentido, incluida la movilización de recursos financieros y no financieros y la promoción del desarrollo, la transferencia y la difusión de tecnologías ambientalmente racionales en los países en desarrollo en condiciones favorables, y recomendamos también aumentar la cooperación regional, entre otras cosas, para el desarrollo de capacidades endógenas en materia de ciencia y tecnología.

Em março de 2019, em comemoração aos 40 anos da Primeira Conferência das Nações Unidas sobre a Cooperação Sul-Sul, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) reuniu delegações estrangeiras de quase 200 nações, na Segunda Conferência das Nações Unidas sobre a Cooperação Sul-Sul, conhecida como Conferência do Plano de Ação de Buenos Aires de 2019 (PABA + 40). Nesta, o PNUD

¹⁵ A FAO em sua home page deixou disponível todo o evento ocorrido em Roma, no dia 19.10.2018, intitulado “Brasil-Cooperação Sul-Sul trilateral da FAO sobre Segurança Alimentar e Nutricional”. Disponível em: <www.fao.org/webcast/en/item/4881/icode/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁶ CEPAL. “Países da América Latina e do Caribe reafirmaram compromisso coletivo com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável no encerramento de Fórum no México”. 2017. Disponível em: <https://foroalc2030.cepal.org/2017/pt/noticias/paises-da-america-latina-e-do-caribe-reafirmaram-compromisso-coletivo-com-agenda-2030-o>. Acesso em: 02 jul. 2019.

¹⁷ As conclusões e recomendações compõem o documento intitulado *Conclusiones y recomendaciones acordadas entre los gobiernos reunidos en la primera reunión del foro de los países de América Latina y el Caribe sobre el desarrollo sostenible*, assinado por todos os delegados dos países da América Latina e Caribe ao final do fórum. O documento encontra-se disponível para download em: <https://foroalc2030.cepal.org/2017/es/documentos/conclusiones-recomendaciones-acordadas-gobiernos-reunidos-la-primer-reunion-foro-paises>. Acesso em: 03 jul. 2019.

reconheceu o papel fundamental da Cooperação Sul-Sul para promoção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) estabelecidos pela Agenda 2030 das Nações Unidas (ONU-Brasil, 2019).

No Brasil, a Cooperação Sul-Sul dá-se pela política internacional de cooperação técnica coordenada pela Agência Brasileira de Cooperação (ABC) que se responsabiliza pela negociação e acompanhamento de programas e projetos junto a parceiros bilaterais, regionais e multilaterais. Esses projetos são avaliados mediante demandas dos países que querem receber a cooperação técnica e, se aprovados, consolidam-se por meio de acordos de cooperação técnica que podem se dar na modalidade bilateral ou multilateral.

No âmbito da América Latina e Caribe, o Brasil possui inúmeros acordos de cooperação, os quais constam no anexo 1 do presente estudo. De acordo com Nunes Ferreira¹⁸, a ABC protagoniza a cooperação técnica internacional do Brasil, servindo de melhoria às condições de vida dos países amigos, ressalta ainda:

A cooperação técnica representa instrumento indispensável da política externa brasileira e um poderoso recurso de *soft power* do Brasil. Por meio de seus projetos e de suas ações, permite que muitos países sejam expostos pela primeira vez à tecnologia, ao “saber fazer” e aos valores brasileiros, em campos tão diversos quanto agricultura tropical, saúde pública, educação profissional e governo eletrônico.

Segundo Valério Mazzuoli¹⁹, o termo “tratado internacional” deve ser definido como acordo formal de vontades firmado entre Estados ou organizações interestatais entre si, regido pelo Direito das Gentes e destinado a produzir efeitos jurídicos para as partes contratantes. Elenca como exemplos os tratados de paz, amizade, arbitragem, cooperação, navegação entre outros. Dessa definição, depreende-se serem os acordos de cooperação técnica brasileiros que fazem parte da Cooperação Sul-Sul verdadeiros tratados internacionais, haja vista apresentarem os requisitos exigidos no conceito ora mencionado.

¹⁸ FERREIRA, Aloysio Nunes. Apresentação. In: ALMINO, João; LIMA, Sérgio Eduardo Moreira (org.). “30 anos da ABC: visões da cooperação técnica internacional brasileira”. Brasília: FUNAG, 2017, p.10.

¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Direito dos tratados”. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

2 Construção global do modelo de desenvolvimento sustentável

Na segunda metade do século XX, com a intensificação do crescimento econômico, agravaram-se os problemas ambientais, de modo a tornarem-se mais evidentes, principalmente nos países centrais, haja vista terem sido os primeiros afetados pelos efeitos da Revolução Industrial²⁰.

Em 1962, Rachel Carson publicou o livro *Silent Spring* (Primavera Silenciosa²¹) que revelou os danos causados pelo uso dos inseticidas DDT, evidenciando que o uso generalizado destes produtos coloca em risco a vida dos animais selvagens e dos seres humanos. Essa obra teve repercussão pública nos EUA e provocou, nos anos seguintes, alerta para a necessidade de inspeção por diversos países de seus ecossistemas, dada a preocupação com os danos que poderiam ser causados ao meio ambiente.

A partir das décadas de 1960 e 1970, iniciaram-se os primeiros movimentos internacionais ambientalistas, decorrentes da tomada de consciência, por diversos setores da sociedade, de que o crescimento econômico adotado e o processo de industrialização predatória prejudicam a preservação do planeta e comprometem a disponibilidade de recursos naturais para as gerações futuras.

Nesse contexto, em 1968, a Suécia propõe à ONU a realização de uma conferência internacional para discutir os principais problemas ambientais de alcance global. Tal proposta foi aceita e a conferência realizou-se em 1972, em Estocolmo. Resulta desta conferência a produção da Declaração sobre o Meio Ambiente (Declaração de Estocolmo) e a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), encarregado de monitorar o avanço dos problemas ambientais no mundo.

Na década de 1980, torna-se evidente a interdependência entre meio ambiente e desenvolvimento. Nessa lógica, constata-se que os problemas ambientais são sistêmicos e, em virtude disso, necessitam de atuação global para resolvê-los ou, pelo menos, amenizá-los. Frente à essa conjuntura instalada, o professor Sidney Guerra²²

²⁰ DIAS, Reinaldo. “Gestão ambiental: responsabilidade social e sustentabilidade”. São Paulo: Atlas, 2009, p.5-7.

²¹ Livro, com tradução de Raul Polillo, disponível para download gratuito em PDF no link: <https://biowit.files.wordpress.com/2010/11/primavera_silenciosa_-_rachel_carson_-_pt.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019.

²² GUERRA, Sidney Cesar Silva. “Direito internacional público”. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p.22.

defende a necessidade de ações estratégicas capazes de reduzir os riscos ambientais e o estabelecimento de políticas públicas ativas e orientadas a solução de macroproblemas em variadas dimensões.

Atenta a essa necessidade, a Assembleia Geral da ONU cria, em 1983, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), também conhecida por Comissão *Brundtland*, formulada para ouvir a opinião mundial sobre a relação entre desenvolvimento e meio ambiente e apresentar propostas viáveis para as mudanças necessárias.

O relatório, conhecido por *Our Common Future* (Nosso Futuro Comum), é divulgado em 1987, sendo responsável pela amostragem de algumas opiniões, como a de que o crescimento econômico não é incompatível com a proteção ambiental (ecoeficiência), e de que a questão social deve ser observada, bem como as consequências das ações atuais para as gerações futuras.

O relatório de *Brundtland* formalizou o conceito de desenvolvimento sustentável, apresentado como aquele desenvolvimento que atende às necessidades das gerações presentes sem comprometer o atendimento das necessidades das gerações futuras. As ideias desenvolvidas no relatório mostraram que, para haver efetivação do desenvolvimento sustentável, se faz necessária a interconexão entre três esferas, quais sejam: a ambiental, a econômica e a social.

O relatório “Nosso Futuro Comum” serviu de referência para os debates da segunda Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), também conhecida como “Cúpula da Terra”, realizada no Rio de Janeiro, em 1992. Segundo Oliveira (2008, p.24), a Rio-92 objetivou implementar o conceito de desenvolvimento sustentável em escala mundial e apresentar soluções para os problemas globais com destaque para o aquecimento global e para a perda de biodiversidade.

Nessa conferência, criam-se importantes documentos no intuito de traçar as diretrizes a serem seguidas, quais sejam: Agenda 21 conhecida como “a cartilha do desenvolvimento sustentável”; Convênio sobre a Diversidade Biológica (CDB); Princípios para a Gestão Sustentável das Florestas; Declaração do Rio de Janeiro sobre meio ambiente e desenvolvimento. Para assegurar a implantação das propostas desses documentos foram criadas a Comissão do Desenvolvimento Sustentável (CDS) e a Comissão do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC).

Em 2002, realiza-se uma conferência, em Johanesburgo, para avaliar os resultados da Rio-92, conhecida como Cúpula Global, Rio+10. Porém, as conclusões apresentadas são nefastas, haja vista várias metas não terem sido efetivadas, além de somarem-se a elas novos problemas como a degradação dos recursos hídricos.

Vale lembrar que em agosto 2015, com a realização da Cúpula das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável, a Organização das Nações Unidas, em parceria com governos de 193 países, empresários e milhares de pessoas ao redor do mundo, lança a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável mundial, com 17 objetivos e 169 metas, em documento chamado de Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). Os ODS começaram a ser elaborados na Conferência Rio + 20, já com a pretensão de substituírem os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs). Deve-se registrar que, desde a primeira reunião para a elaboração dos ODS, houve o cuidado de reunir as três dimensões do desenvolvimento sustentável, quais sejam, econômica, social e ambiental.

Conforme o texto da Agenda 2030, no item 10, os ODS são guiados pelos propósitos e princípios da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Desse modo, estão integrados e buscam o equilíbrio das três dimensões do desenvolvimento sustentável, em movimento cíclico que objetiva concretizar os direitos humanos, ponto em que se destaca o lema “ninguém será deixado para trás”²³.

Nessa ótica, a Agenda 2030 salienta que o respeito aos direitos humanos inclui o direito ao desenvolvimento (item 35 da Agenda), portanto as nações não podem se utilizar do princípio da autodeterminação dos povos para criar medidas que afetem negativamente o desenvolvimento econômico, social e ambiental.

Dante dessas ponderações sobre a implementação do desenvolvimento sustentável, percebe-se que a cooperação internacional é de relevância salutar, visto que a problemática da degradação se insere no contexto global. Edis Milaré²⁴ coaduna com esse entendimento e explica:

[...] a ação isolada de um ou de alguns países em defesa do patrimônio ambiental – que, afinal, pertence à humanidade, de hoje e de amanhã – pouco resultado produzirá na contenção de problemas de alcance transfronteiriço, como a poluição

²³ ONU. Organização das Nações Unidas. “Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development”. 2015. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?70/1&Lang=E. Acesso em: 26 mai. 2019.

²⁴ MILARÉ, Édis. “Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário”. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.1164.

atmosférica, a contaminação dos ecossistemas aquáticos, a degradação do solo e da vegetação, a extinção de espécies animais e vegetais. É por isso que a afirmação ‘o meio ambiente não tem fronteiras’ tornou-se bastante comum, tanto nos meios científicos como dentro das próprias comunidades nacionais, malgrado os pruridos nacionalistas ainda freqüentes, pela falta de visão holística, sistêmica e planetária.

Pelo exposto, é inquestionável a necessidade de ação internacional conjunta que vise implementar globalmente políticas de cooperação que tenham por escopo integrar, de modo equilibrado, crescimento econômico, desenvolvimento social e preservação ambiental. Não obstante, sabe-se que a realização desse escopo se inicia em âmbito local, no seio de cada ordenamento jurídico, que tem de certo modo que abdicar de um pouco de sua soberania, para cumprir as diretrizes internacionalmente traçadas para o desenvolvimento sustentável. Assim, a cooperação vem no sentido de estimular as nações a aderirem às diretrizes internacionais para promoção do desenvolvimento sustentável.

Nesse particular, é salutar registrar que a ordem jurídica pátria compatibiliza-se com as diretrizes internacionais para o desenvolvimento sustentável, uma vez que a Constituição Federal de 1988 estabelece, no artigo 170, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observado o princípio de defesa do meio ambiente, assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica.

3 Brasil na cooperação sul-sul

No contexto brasileiro, a cooperação internacional inicia-se com o Brasil na posição de receptor de cooperação de países desenvolvidos e de organismos internacionais. Nas primeiras décadas, a partir de 1950, o foco da cooperação centrou-se na estruturação de instituições federais e entidades nacionais especializadas como a Empresa Brasileira de Pesquisa e Agropecuária (Embrapa), o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), consideradas naquele momento áreas estratégicas para a economia nacional²⁵.

Com o aporte propiciado pela política de Cooperação Norte-Sul, o Brasil pode chegar a determinado grau de crescimento econômico que o coloca na perspectiva das

²⁵ ABREU, Fernando José Marroni de. “A evolução da cooperação técnica internacional no Brasil”. Revista Mural Internacional. v. 4, n. 2, jul – dez, 2013, p. 3.

relações internacionais como estado emergente forte, capaz de contribuir com o desenvolvimento de países menos desenvolvidos. Translada, pois, sua *expertise* de país receptor de cooperação para seus projetos de ajuda, mormente, no âmbito da Cooperação Sul-Sul, de modo a possibilitar o desenvolvimento econômico de nações menos desenvolvidas.

Dito isso, é importante consignar que, na década de 2000, as relações Sul-Sul ganham impulso, sobretudo, porque há o questionamento da centralidade dos EUA, frente à emergência de novos países com capacidade de influenciar no âmbito internacional. Nesse momento, o Brasil passa a ter papel de destaque, haja vista sua melhora econômica conferir-lhe ambiente favorável à implementação de sua política externa de Cooperação Sul-Sul.

João Almino²⁶, no Relatório Cobradi²⁷, especifica as linhas de atuação das instituições brasileiras na Cooperação Sul-Sul e ressalta o empenho dessas instituições em construir relações de parceria alinhadas às prioridades nacionais de desenvolvimento dos países parceiros, com respeito às características de cada país, por meio de projetos de natureza estruturante.

A natureza estruturante mencionada designa iniciativas de fortalecimento das bases tecnológicas, institucionais e de recursos humanos desenvolvidos em cada setor prioritário, a exemplo do campo da saúde, no qual o foco a ser trabalhado não diz respeito a um problema específico, mas sim à estrutura do sistema de saúde, cujo objetivo seria aprimorar esse sistema, por meio da criação de institutos universitários, escolas de saúde e ministérios²⁸. Na mesma lógica estruturante, diversos outros campos são contemplados, dentre os quais destacam-se o combate à fome, o desenvolvimento agrícola, a educação e as políticas de desenvolvimento e inclusão social.

Dentre esses setores de atuação do Brasil na Cooperação Sul-Sul, cabe destacar o de cooperação técnica, com ênfase para a atuação da Agência Brasileira de

²⁶ ALMINO, João. “Cooperação Brasileira para o Desenvolvimento Internacional 2011-2013”. Brasília: IPEA, 2016, p.12.

²⁷ No Relatório Cobradi (Cooperação Brasileira para o Desenvolvimento Internacional) são apresentados os gastos do governo federal com a política externa de Cooperação Sul-Sul e aponta-se que nos anos de 2011 a 2013 houve investimentos equivalentes a US\$ 1,5 bilhão. Todo o relatório pode ser baixado no site: <file:///D:/AMÉRICA%20LATINA/ARTIGO.%20DADOS%20COLETADOS/20desenvolvimento%20internacional_2011-2013.pdf>. Acesso em 21 de jun. 2019.

²⁸ SILVA, Daniel Martins; WAISBICH, Laura Trajber. “Guia para o monitoramento e mensuração da cooperação sul-sul brasileira”. São Paulo: Articulação Sul, 2017, p.11.

Cooperação (ABC)²⁹, “criada, em 1987, para coordenar, executar e avaliar os programas e ações da cooperação técnica e humanitária internacionais do Brasil, em parceria com governos estrangeiros ou com organismos internacionais”. Ressalte-se que, em sua estrutura institucional, existe uma unidade específica para cooperação responsável pelos programas de cooperação com a América Latina e Caribe, e outra para os programas com o Mercosul e organismos de âmbito regional.

Em termos de cooperação técnica, de 2011 a 2013, o Brasil despendeu gastos no valor de R\$ 61,5 milhões com a Cooperação Sul-Sul nas regiões da América Latina e Caribe, cifra correspondente a 45,5% de todo o gasto com a política externa brasileira de cooperação técnica neste período.

Esses valores advêm do orçamento federal e estão destinados de forma prévia na dotação orçamentária da União, que está subdividida em treze classificações, das quais a que melhor determina o objeto e consequentemente o acompanhamento pelo cidadão é a ação orçamentária que pode ser criada anualmente na LOA³⁰.

A ABC também apresenta cooperação técnica triangular com agências da Organização das Nações Unidas, a exemplo da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tentam implementar projetos de combate ao trabalho infantil na Bolívia, Paraguai e Equador. Com o Banco Mundial, possui o Programa de Merenda Escolar e o Programa para Manejo de Resíduos Sólidos em benefício do Haiti³¹.

Nessa cooperação triangular, destaca-se a parceria da Organização para a Alimentação e a Agricultura das Nações Unidas (*Food and Agriculture Organization - FAO*) com o Brasil, com vistas a auxiliar o combate à fome no mundo. Deve-se mencionar que essa parceria se deu, inicialmente, com o Brasil na condição de beneficiário de financiamento e apoio técnico da FAO. O programa de destaque apoiado pela FAO foi o Fome Zero. Segundo Graziano da Silva³², a parceria Brasil-FAO

²⁹ Para a execução de suas ações, a ABC conta com 116 parceiros nacionais, públicos e privados; alianças estratégicas com países desenvolvidos (Alemanha, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Suíça, entre outros); além de parcerias com 45 organismos internacionais, bloco regionais e extra regionais, e mais de cem países em desenvolvimento com os quais o Brasil mantenha Acordo Básico de Cooperação Técnica (ABC, 2019). Disponível em: <<http://www.abc.gov.br/SobreABC/Introducao>>. Acesso em 20 mar. 2019.

³⁰ SILVA, Daniel Martins; WAISBICH, Laura Trajber. “Guia para o monitoramento e mensuração da cooperação sul-sul brasileira”. São Paulo: Articulação Sul, 2017, p.17.

³¹ ABREU, Fernando José Marroni de. “A evolução da cooperação técnica internacional no Brasil”. Revista Mural Internacional. v. 4, n. 2, jul – dez, 2013, p. 14.

³² SILVA, José Graziano da. “O Brasil e a FAO – Parceria por um mundo sem fome”. In: ALMINO, João; LIMA, Sérgio Eduardo Moreira (org.). 30 anos da ABC: visões da cooperação técnica internacional brasileira. Brasília: FUNAG, 2017, p. 310.

no programa Fome Zero “impactou dezenas de milhões de brasileiros, que viram sua renda média aumentar em cerca de 20% apenas com a transferência de renda; agricultores familiares viram sua receita crescer em 33%”. O resultado positivo no combate à fome e a experiência acumulada serviram de impulso para que o Brasil e a Guatemala sugerissem, em outubro de 2005, a adoção do programa Fome Zero como modelo de iniciativa para livrar toda a América Latina e Caribe da fome e má-nutrição. A proposta foi endossada por 29 países da região, com a meta de erradicar a fome até 2025.

Observa-se que a meta proposta pelo Brasil e Guatemala superava o primeiro dos oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas que previa, até 2015, reduzir à metade o número de pessoas que padeciam com a fome. A iniciativa inspirou o então diretor-geral da FAO, Jacques Diouf, de modo que a FAO propôs, na Cúpula Mundial sobre Segurança Alimentar de 2009, ocorrida em Roma, erradicar a fome do planeta até 2015. Não obstante, naquele evento declarou-se o compromisso internacional de acabar com a fome “o mais breve possível”. Três anos depois, o secretário-geral das Nações Unidas, Ban Ki-moon, lançou na Rio+20 o *Zero Hunger Challenge*, que tinha por escopo eliminar a fome e a má-nutrição em todas as suas formas, ocasião em que citou o Brasil como modelo. Três anos após a Rio+20, em 2015, o Fome Zero torna-se o segundo Objetivo de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas³³.

Frente ao exemplo ora relatado, verifica-se que a parceria bilateral Brasil-FAO possibilitou a efetivação de uma política de governo. A experiência acumulada redundou em um dos eixos da Cooperação Sul-Sul do Brasil, a qual, em parceria multilateral com a FAO, visa beneficiar e apoiar países da América Latina e Caribe no combate à fome. O modelo de parceria Brasil-FAO serviu de base para a formulação do ODS nº 2: “Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável”³⁴.

Face ao exposto, constata-se que as áreas trabalhadas pela Cooperação Sul-Sul, em prol do desenvolvimento dos países da América Latina, se coadunam com as diretrizes traçadas pelos 17 ODS, da Agenda 2030 das Nações Unidas. Portanto, a Cooperação Sul-Sul serve de instrumento de auxílio e promoção desses objetivos.

³³ *Idem*, p. 311-312.

³⁴ ONU. Organização das Nações Unidas. “Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development”. 2015. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_E. Acesso em: 26 mai. 2019.

Dessa forma, faz-se necessário ampliar essa rede de cooperação de modo que a disseminação de boas práticas e a transferência de tecnologias possam gestar políticas capazes de auxiliar na implementação dos ODS.

Conclusão

À guisa de conclusão, pode-se constatar que a construção de modelo global de desenvolvimento sustentável não é algo novo, pois remonta à década de 1960. Reverte-se, porém, com as demandas próprias do século XXI, por meio, da definição dos oito Objetivos Gerais nomeados as Metas do Milênio da ONU. Essas metas foram parcialmente cumpridas até o ano de 2015, quando então foram reestruturadas em 17 objetivos e 169 metas a serem consolidadas na agenda dos países signatários até a data de 2030.

Em contrapartida, verifica-se que, nos anos 2000, o Brasil atinge crescimento econômico significativo, fato que o torna apto a cooperar para o desenvolvimento de outros países. Passa, então, a desenvolver sua política externa para a promoção do desenvolvimento dos países do eixo-sul, por meio da Cooperação Sul-Sul.

Referida cooperação tem-se consolidado como instrumento de correção de assimetrias sociais e econômicas. Em seu modelo de promoção de desenvolvimento na América Latina, por meio da Cooperação Sul-Sul, o Brasil procura implementar a vertente estruturante para seus programas e ações, por acreditar que essas ações causam mais impacto social e econômico, na medida em que promove o desenvolvimento das instituições e das capacidades individuais, de modo a possibilitar mobilidade social.

Constata-se, ainda, que a política externa brasileira de Cooperação Sul-Sul atua em diversas áreas, a exemplo do combate ao trabalho infantil, promoção da saúde, erradicação da fome, cooperação técnica e educacional. Em face disso, congrega rol extenso de ações que permite afirmar ser dada cooperação instrumento capaz de auxiliar na implementação dos ODS no âmbito da América Latina.

Referências

ABREU, Fernando José Marroni de. “A evolução da cooperação técnica internacional no Brasil”. Revista Mural Internacional. v. 4, n. 2, jul – dez, 2013, p. 3-16.

ALMINO, João. “Cooperação Brasileira para o Desenvolvimento Internacional 2011-2013”. Brasília: IPEA, 2016.

BRASIL, Agência Brasileira de Cooperação. “Acordo Básico de Cooperação Técnica”. ABC, 2019. Disponível em: < <http://www.abc.gov.br/SobreABC/Introducao>>. Acesso em 20 mar. 2019.

CARSON, Rachel. “Primavera silenciosa”. Tradução de Raul de Polillo. 2 ed. São Paulo: Portico, 1962.

CEPAL, 2017. “Países da América Latina e do Caribe reafirmaram compromisso coletivo com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável no encerramento de Fórum no México”. Disponível em: <https://foroalc2030.cepal.org/2017/pt/noticias/paises-da-america-latina-e-do-caribe-reafirmaram-compromisso-coletivo-com-agenda-2030-o>. Acesso em: 02 jul. 2019.

CHEDIEK, Jorge. “O papel do Brasil na Cooperação Sul-Sul: um estudo analítico e histórico”. In: ALMINO, João; LIMA, Sérgio Eduardo Moreira (org.). 30 anos da ABC: visões da cooperação técnica internacional brasileira. Brasília: FUNAG, 2017.

DIAS, Reinaldo. “Gestão ambiental: responsabilidade social e sustentabilidade”. São Paulo: Atlas, 2009.

FAO, Food and Agriculture Organization of the United Nations. “Brasil – Cooperação Sul-Sul Trilateral da FAO sobre Segurança Alimentar e Nutricional”. Disponível em: www.fao.org/webcast/en/item/4881/icode/. Acesso em: 20 abr. 2019.

FERREIRA, Aloysio Nunes. Apresentação. In: ALMINO, João; LIMA, Sérgio Eduardo Moreira (org.). “30 anos da ABC: visões da cooperação técnica internacional brasileira”. Brasília: FUNAG, 2017.

FURTADO, Celso. “Obra autobiográfica”. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

SILVA, José Graziano da. “O Brasil e a FAO – Parceria por um mundo sem fome”. In: ALMINO, João; LIMA, Sérgio Eduardo Moreira (org.). 30 anos da ABC: visões da cooperação técnica internacional brasileira. Brasília: FUNAG, 2017.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. “Direito internacional público”. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

JÚNIOR, Haroldo Ramanzini; MARIANO, Marcelo Passini; ALMEIDA, Rafael Augusto Ribeiro de. “As diferentes dimensões da cooperação sul-sul na política externa brasileira”. In: Política externa brasileira, cooperação Sul-Sul e negociações internacionais. JÚNIOR, Haroldo Ramanzini; AYERBE, Luis Fernando (orgs.) 1. ed. - São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, p. 13-49).

LEITE, Patrícia Soares. “O Brasil e a operação Sul-Sul em três momentos: os governos Jânio Quadros/João Goulart, Ernesto Geisel e Luiz Inácio Lula da Silva”. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Direito dos tratados”. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MENEZES, Roberto Goulart; RIBEIRO, Claudio Oliveira. “A cooperação sul-sul revisitada: a política externa do governo lula da silva e o desenvolvimento africano”. Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos. Brasília: Ipea, 2012. Disponível em: <<file:///D:/AMÉRICA%20LATINA/ARTIGO.%20DADOS%20COLETADOS/texto%20cooperação%20sul%20sul.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

MILARÉ, Édis. “Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário”. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. “Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ONU. Organização das Nações Unidas. “Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development”. 2015. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E. Acesso em: 26 mai. 2019.

ONU-BRASIL. Organização das Nações Unidas. “Do sul ao mundo – Cooperação Sul-Sul para o Desenvolvimento Sustentável”. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-do-sul-ao-mundo-cooperacao-sul-sul-para-o-desenvolvimento-sustentavel/>. Acesso em 28 jun. 2019.

PAUTASSO, Diego. “O fortalecimento das relações sul-sul: estratégia e realidade para os países emergentes”. Revista Conjuntura Austral. vol. 2, nº. 8, out-nov., 2011, p. 48-62).

PEREIRA, Analúcia Danilevicz; MEDEIROS, Klei. “A Emergência da Periferia no Sistema Mundial: Da Conferência de Bandung à Conferência de Buenos Aires (1955-1978)”. Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais, v. 4, n. 7, 2015, p. 119-138.

POLITIZE. “Cooperação norte-sul e a cooperação internacional para o desenvolvimento”. 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cooperacao-norte-sul-entenda/>. Acesso em: 01 jul. 2019.

RIBEIRO, Daniela Menegoti; ROMANCINI, Malu. “A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina”. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 159-174.

SILVA, Daniel Martins; WAISBICH, Laura Trajber. “Guia para o monitoramento e mensuração da cooperação sul- sul brasileira”. São Paulo: Articulação Sul, 2017.

35. ENSINO SUPERIOR PARA O DESENVOLVIMENTO SÓCIOECONÔMICO BRASILEIRO

HIGHER EDUCATION FOR BRAZILIAN SOCIOECONOMIC DEVELOPMENT



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-35>

Rafaela Dantas de Siqueira¹

Daiane de Queiroz²

Resumo

Este artigo tem por escopo analisar a educação, em especial do ensino superior, como imprescindível à redução das desigualdades sociais existentes a partir do questionamento sobre qual deve ser a política pública de ensino a ser adotada pelo governo brasileiro. Como hipóteses a serem verificadas, tem-se a política pública voltada ao desenvolvimento humano e formação de cidadãos, pela perspectiva de Martha Nussbaum, e a política voltada ao desenvolvimento econômico pessoal, pela perspectiva do capital humano de Gary Becker. Utilizam-se fontes documentais e bibliográficas, em especial Gary Becker e Martha Nussbaum como referenciais teóricos. Além das discussões doutrinárias pertinentes, contextualiza-se o Brasil na América Latina em termos de desenvolvimento humano e econômico.

Palavras-Chaves: Ensino Superior. Desenvolvimento Econômico. Desenvolvimento Humano. Equidade da Educação.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), com ênfase em Relações Privadas. Desenvolve pesquisa na linha Relações Jurídicas Patrimoniais. Integra o grupo de pesquisa Núcleo de Estudos sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social (NEDTS), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD) da UNIFOR. Especialista em Advocacia Empresarial pela PUC-MG. Advogada inscrita na OAB/CE sob o número 29.829, com experiência profissional nas áreas de Direito Civil, Direito de Empresa e Direito do Trabalho. Professora universitária no curso de Direito da Faculdade Alencarina de Sobral/CE, na qual leciona as disciplinas de Direito Civil e Direito Processual Civil e atua como gestora de estágios.

² Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2020), Pós-Graduada em Docência do Ensino Superior (2012), Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (2010). Pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisa em Ensino no Direito - GEPEDI, da Universidade de Fortaleza. Experiência no Ensino Superior, background em gestão acadêmica na graduação e pós-graduação, atuando principalmente nas seguintes áreas: coordenação, regulação, supervisão e avaliação do ensino superior. Professora universitária nas disciplinas: Introdução ao Estudo do Direito, Direito Público e Privado, Direito Ambiental, Novas Tecnologias e outras disciplinas correlatas.

Abstract

This article aims to analyze education, especially in higher education, as essential to the reduction of existing social inequalities, based on the question of what should be the public education policy to be adopted by the Brazilian government. As a hypothesis to be verified, we have the public policy focused on human development and citizen training, from the perspective of Martha Nussbaum, and the policy focused on personal economic development, from the perspective of human capital Gary Becker. Documentary and bibliographic sources are used, especially Gary Becker and Martha Nussbaum as theoretical references. In addition to the relevant doctrinal discussions, Brazil is contextualized in Latin America in terms of human and economic development.

Keywords: Higher Education. Economic development. Human Development. Equity of Education.

Introdução

Ignorância é escravidão e a educação, liberta. Educação não seria a solução de todos os problemas de desigualdade um país, mas o pressuposto das soluções a fim de promover o seu desenvolvimento, atuando como um fator estratégico em prol de diversos outros direitos. Pompeu³ afirma que se o direito à educação não é efetivado, os demais não hão de prosperar. Daí a importância da educação e da efetivação desse direito social à formação e qualificação de um povo. A educação proporciona equidade de oportunidades com vistas ao desenvolvimento socioeconômico e, assim, corrobora com a redução das desigualdades sociais. A elitização pelo qual a história do ensino superior no Brasil foi marcada reflete o processo de desigualdade socioeconômica pelo qual a sociedade passou e ainda se encontra, bem como justifica o baixo índice de desenvolvimento humano do Brasil, que se encontra na 79º colocação do ranking mundial, ano de 2017. De acordo com o IBGE⁴ a população brasileira acima de 25 anos que concluiu o ensino superior corresponde a exatos 19,6%.

³ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **A Democracia e o direito fundamental à educação:** o papel da sociedade para a sua efetivação perante a exigibilidade dos direitos sociais. 2004. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.p. 13.

⁴ IBGE (2017, online)

Dias Sobrinho⁵ afirma que todo estado democrático (e sempre pertinente ressaltar que os brasileiros encontram-se inseridos em um) haveria de promover esforços para interromper o círculo vicioso da desigualdade socioeducativa e a equidade vislumbra ampliar e qualificar a sociedade de forma justa e igualitária. Assim, a educação é a maior aliada do Estado para a erradicação das mazelas e do desequilíbrio social e econômico que assola a população. Para tanto, qual deve ser a política de ensino adotada pelo governo para que a educação reduza, e quiçá elimine, a desigualdade socioeconômica no Brasil? Como hipóteses a serem verificadas, tem-se a política voltada ao desenvolvimento humano e a voltada ao desenvolvimento econômico.

Utiliza-se fontes bibliográficas e documentais, com a respectiva análise qualitativa e quantitativa das informações e dados coletados. Como referenciais teóricos, tomam-se as lições de Gary Becker, um dos precursores da Teoria do Capital Humano, como marco teórico a respaldar o entendimento de educação, em especial a voltada ao mercado profissional, como principal contribuinte ao capital humano e elemento impulsionador do desenvolvimento econômico do próprio sujeito e, consequentemente, do seu país, e as compreensões de Martha Nussbaum, de que o ensino deve objetivar, em primeiro lugar, a formação de cidadão e, por isso, deve valorizar o estudo de conteúdos das humanidades, cada vez mais excluídos dos programas educacionais e que vem sendo preterido em face de conteúdos científicos e que visam a obtenção de lucro e desenvolvimento econômico a curto prazo.

Assim, o artigo percorre, inicialmente, o caminho para se chegar ao desenvolvimento econômico a partir da cumulação de capital humano, o qual é intrínseco ao ser humano e cujo principal elemento integrador é o ensino, em especial o ensino superior, que prepara o homem para exercer funções que exigem de seu titular maior qualificação profissional. Na sequencia, realiza-se contraposição de ideias de Becker em relação às de Martha Nussbaum que, no livro “Sem Fins Lucrativos – Por que a democracia precisa das humanidades”, defende a ideia de que o ensino objetivando o crescimento econômico não é suficiente para dirimir as desigualdades sociais existentes, o qual só seria possível mediante o desenvolvimento humano, razão pela qual o ensino de matérias relacionadas a humanidades e artes seriam de suma

⁵ DIAS SOBRINHO, José. **Democratização, qualidade e crise da educação superior:** faces da exclusão e limites da inclusão. Educação e Sociedade. Campinas, v.31, n.113, p.1223-1245. 2010. p. 1.228-1.229.

importância. A educação no Brasil é abordada, a seguir, contextualizando sua inserção como um direito social nas constituições pátrias brasileiras e a política pública educacional adotada até então. Ademais, apresentam-se dados relacionados a Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), Índice Gini, Produto Interno Bruto (PIB) e Capital Social.

Desenvolvimento humano *versus* desenvolvimento econômico

Gallari⁶ coloca a educação, enquanto instrumento de capacitação e formação profissional, de qualificação em formação continua e de reciclagem, como uma das soluções ao problema da equidade de oportunidades na sociedade. O mercado de trabalho vem exigindo que pessoas mais qualificadas ocupem posições de trabalho específicas, as quais se tornam mais valorizadas que as demais e, em consequência, recebem melhores remunerações. O acesso a essas posições específicas carecem de conhecimento e habilidades adquiridas por meio, em especial, da educação, o que acaba restringindo as oportunidades a uma pequena categoria da população, na qual não se incluem os menos instruídos, cujas oportunidades ficam restritas a atuação profissional nos setores informais da economia. Trata-se de um modelo de desenvolvimento excludente.

Este problema da equidade não se resolveria apenas abrindo as portas da formação profissional a toda a população, fazendo-se necessário acrescer aos fatos empregabilidade, o qual pode ser resumido em competências, que por sua vez implicam em um nível maior de compreensão intelectual, capacidade de atuarem em um certo nível de incerteza com tomada de decisões e ter disposição para trabalhar em conjunto. Exigem-se, para tal, habilidades básicas como capacidade de comunicar-se bem na via oral e escrita, capacidade na resolução de problemas e habilidades cognitivas que os tornam capazes de abstrair características gerais dos problemas de modo a aprender com eles.

Gallari⁷ diz que essas competências exigem um aprendizado gradual e ensino

⁶ GALLARI, María Antonia. *Reestructuración productiva, educación y formación profesional*. In: Pobreza y Desigualdad en América Latina: Temas y nuevos desafíos. Argentina: Paidós, 1999.p. 120-121.

⁷ GALLARI, María Antonia. *Reestructuración productiva, educación y formación profesional*. In: Pobreza y Desigualdad en América Latina: Temas y nuevos desafíos. Argentina: Paidós, 1999. p. 121.

sistemático. A educação, portanto, teria um duplo papel: o de recapturar os profissionais com qualificação obsoleta e de capacitar aqueles que ainda encontram-se no início dessa jornada. Nesse contexto insere-se a ideia da educação para o capital humano e este como propulsor do desenvolvimento econômico, tendo como um de seus precursores Gary Becker. Destaca-se que, na concepção de Robert Putman⁸, o capital social é de suma importância, mais do que o capital humano e físico, para estabilidade política, boa governança e desenvolvimento econômico.

O conceito de capital para Becker vai além do tradicional conceito monetário e similar, incluindo nesse rol tudo aquilo que melhora saúde, aumenta ganhos ou valoriza a pessoa. Despesas com educação, capacitação, saúde e outros são investimentos de capital (BECKER, 1993, p.15-16)⁹ e, por não poderem ser tais produtos dissociados da pessoa, representam capital humano. Educação e treinamento são, em sua opinião, os investimentos mais importantes em capital. (BECKER, 1993, p. 16) ¹⁰A análise do capital humano pressupõe que a escolaridade gera ganhos e oportunidades a partir da oferta de conhecimento, habilidades e capacidade para análises de problemas. Fundamentado em estatísticas, afirma que os ganhos financeiros de uma pessoa que teve acesso a educação estão sempre acima da média e que essa diferença de percepção financeira é mais notável em países menos desenvolvidos. O aumento da renda da população seria diretamente proporcional ao seu nível de escolaridade que, por sua vez, corresponde ao nível de capital humano do homem.

No Brasil, conforme dados do IBGE ¹¹ relacionados ao ano de 2017, 80,6% da população entrevistada acima de 25 anos cursou até o ensino médio, ou seja, apenas 19,6% da população teve acesso ao ensino superior e percebeu, em média, como renda familiar *per capita* mensal R\$ 4.145,00, se do sexo masculino, e R\$ 3.369,00, se do sexo feminino, ao passo que o rendimento médio familiar *per capita* daqueles que encerraram seus estudos no ensino médio é de R\$ 1.418,00 e R\$ 1.262,00 para homens e mulheres, respectivamente. A formação profissional de ensino superior é, portanto, de fato, capaz de triplicar o rendimento mensal de uma pessoa.

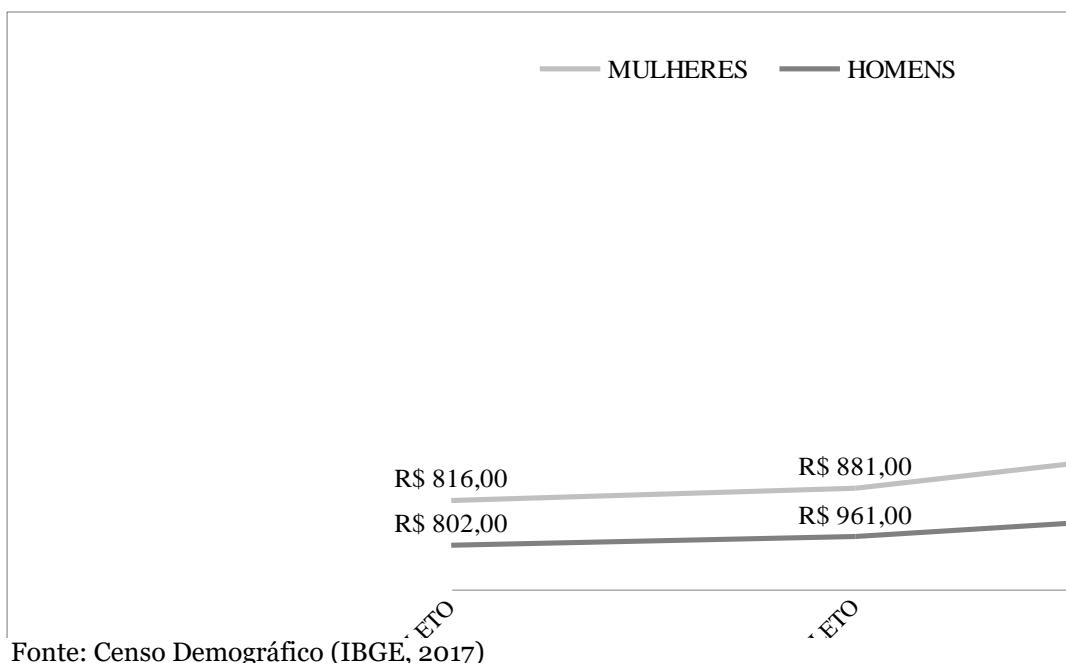
⁸ PUTNAM, Robert D. **Comunidade e democracia**: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: FGV, 1993. p. 192.

⁹ BECKER, Gary Stanley. **Human Capital**: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference do Education. 3^a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1993. p.15-16.

¹⁰ BECKER, Gary Stanley. **Human Capital**: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference do Education. 3^a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1993. p. 16.

¹¹ IBGE (2017, online)

Gráfico 01: Rendimento Médio Real Familiar *Per Capita*



A principal característica que difere capital humano dos demais tipos de capitais é o fato de aquele se incorporar a pessoa que realiza esse tipo de investimento e o tempo despendido na produção de seu próprio capital está intimamente ligado a essa incorporação.¹² O aumento do capital investido implica no aumento do tempo investido, ou dedicado, à sua acumulação. Para Becker “as únicas medidas comumente usadas de formação e treinamento são anos de escolaridade e treinamento”. A finalidade da educação profissional, realizada pelas universidades, é ensinar aos seus alunos habilidades intelectuais básicas, capacitando-os a desenvolverem outras e novas, e a adquirir conhecimentos para atuarem em um mercado de trabalho em constante mudança.

Conta-nos que tipos de conhecimento têm mais valor neste mundo e como esse conhecimento deveria ser desenvolvido e distribuído. Esses projetos não se destinam a substituir as formas nacionais existentes, embora se possa esperar que as influenciem. Contudo, oferecem, efetivamente, um conjunto distinto de alternativas, voltadas à melhoria da contribuição da educação para a Economia do

¹² BECKER, Gary Stanley. ***Human Capital***: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education. 3^a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1993. p. 113.

Conhecimento de modos que não podem ser alcançados apenas pelos esforços de cada Estado-nação.¹³

A educação no Brasil, desde a década de 60 até os dias atuais, é marcada pela concepção de educação como um agente de desenvolvimento, integrante da teoria do capital humano. Demerval Saviani¹⁴ diz que “na sociedade do conhecimento a educação é o diferencial. O grau de educação é que faz a diferença; não é você ter as coisas, não é o capital físico” e que a educação deveria ser eleita um fator estratégico para o desenvolvimento do país, devendo o poder público investir todos os recursos possíveis nela a fim de ampliar o numero de escolas e absorvendo todos os estudantes carecedores de educação, para os quais portas seriam abertas, empregos seriam criados, pessoas sairiam das ruas, haveria mais consumo, o comércio e indústrias seriam ativadas, haveria maior distribuição de renda, a igualdade social seria estimulada, haveriam mais recursos a serem percebidos pelo Estado, que os utilizaria para sanar as dificuldades do país, e, pelo conjunto da obra se promoveria o desenvolvimento econômico.¹⁵

Martha Nussbaum critica veementemente esse modelo de educação voltada à “educação para o lucro” ou “educação para o crescimento econômico” ao referir-se ao modelo de ensino que objetiva o crescimento econômico¹⁶, e afirma que a educação vem sendo se tornando o motivo de uma grande crise mundial¹⁷, apesar de silenciosa, pois vem sendo privilegiado o ensino de disciplinas que trazem à população competências lucrativas e extremamente práticas, as quais são mais adequadas à geração do lucro de curto prazo, motivo pelo qual estão sendo deixadas de lado disciplinas consideradas inúteis pelos administradores públicos, mas que, na opinião da autora, são essenciais para o futuro da democracia. Essas disciplinas seriam humanidades e artes e tais ausências estariam produzindo “gerações de máquinas lucrativas, em vez de produzirem cidadãos íntegros que possam pensar por si próprios,

¹³ DALE, Roger. *Os diferentes papéis, propósitos e resultados dos modelos nacionais e regionais de educação*. Educação e Sociedade, vol. 30, n. 108, p. 867-890. 2009. p. 878-879.

¹⁴ SAVIANI, Demerval. *Educação em diálogo*. Campinas: Autores associados, 2011. p. 224-225.

¹⁵ SAVIANI, Demerval. *Educação em diálogo*. Campinas: Autores associados, 2011. p. 212.

¹⁶ NUSSBAUM, Martha C. *Sem fins lucrativos*: por que a democracia precisa das humanidades. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015., p. 11.

¹⁷ NUSSBAUM, Martha C. *Sem fins lucrativos*: por que a democracia precisa das humanidades. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015 p. 03.

criticar a tradição e entender o significado dos sofrimentos e das realizações dos outros.”¹⁸

A preocupação de Nussbaum repousa no fato de que, em meio ao alvoroço causado pela ávida busca pelo crescimento econômico, as competências ligadas às humanidades e às artes, “decisivas para o bem-estar interno de qualquer democracia e para a criação de uma cultura mundial generosa, capaz de tratar, de maneira competitiva, dos problemas mais prementes do mundo”)¹⁹, se perderiam. Portanto, defende a ideia de que o ensino deve se voltar para a cidadania, em uma visão humanística, e não voltada ao lucro.

Na obra “Sem Fins Lucrativos – Por que a democracia precisa das humanidades”, apesar de não retirar a importância dos estudos de matérias como ciências e ciências sociais, inclusive economia, Nussbaum demonstra seu ponto de vista de que o estudo das disciplinas de humanidades e artes são decisivas e encontram-se impregnadas em outras disciplinas, motivo pelo qual o interesse econômico exigiria também a abordagem das humanidades e das artes. Não seria o caso de se escolher entre a educação que promova o lucro, ou o desenvolvimento econômico, e a educação que promova a cidadania plena, mas entende que “(...) a economia sólida é um dos instrumentos para se alcançar objetivos humanos, e não um objetivo em si (...)”²⁰

Nussbaum²¹ fala que para pensar na educação para uma cidadania democrática é necessário pensar o que são as nações democráticas e pelo que ela lutam. Assim, para um país progredir, sob determinado ponto de vista (não o seu), seria necessário aumentar o PIB *per capita*, o que consistiria em um modelo de desenvolvimento (econômico) de todo o mundo, como se isto representasse adequadamente a qualidade de vida de uma nação, mas que não leva em consideração igualdade distributiva e social, dentro outros aspectos de qualidade de vida que não estejam completamente ligados ao crescimento humano. Esse modelo é o predominantemente utilizado nas

¹⁸ NUSSBAUM, Martha C. ***Sem fins lucrativos***: por que a democracia precisa das humanidades. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015., p. 04.

¹⁹ NUSSBAUM, Martha C. ***Sem fins lucrativos***: por que a democracia precisa das humanidades. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 8.

²⁰ NUSSBAUM, Martha C. ***Sem fins lucrativos***: por que a democracia precisa das humanidades. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 12.

²¹ NUSSBAUM, Martha C. ***Sem fins lucrativos***: por que a democracia precisa das humanidades. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 14.

políticas governamentais, em especial as influenciadas pelos Estados Unidos da América.

O Brasil foi um dos países que receberam influência americana e que implementaram esse modelo de desenvolvimento na década de 60, quando, por ocasião da Reforma Universitária, foi promulgada a Lei nº 5.540/68 colocando com um dos objetivos do ensino superior a formação de profissionais em nível universitário, reformulando as características do ensino superior no Brasil, passando a “atender aos interesses imediatos do setor produtivo, do Estado e da sociedade, produzindo especialistas, conhecimento tecnológico e aplicado, pesquisas de interesse utilitário, assim como serviços (extensão).”²² Essa mudança do paradigma do ensino superior no clamor da reforma universitária que ganhou força com a assunção dos militares ao poder, os quais tinham como um dos focos de seu projeto político e econômico para o país ampliar o desenvolvimento.

Em que pese aqueles que aderiram ao modelo de desenvolvimento acima exposto afirmarem que a adoção desse modelo de desenvolvimento é capaz de trazer, por si só saúde, educação e diminuição das desigualdades social e econômica, Nussbaum conclui que, ao analisar o resultado das aplicação desses modelos, verifica-se que ele não cumpre com o prometido e que as conquistas com saúde e educação pouco relacionam-se com o desenvolvimento econômico. Assim, produzir crescimento econômico não significa “(...) criar uma população saudável, participativa e educada em que as oportunidades de uma vida boa estejam ao alcance de todas as classes sociais.”²³ Apesar das demonstrações, Nussbaum prossegue generalizando que todos seriam a favor do crescimento econômico e que a tendência é de que continuem a confiar nesse método de desenvolvimento, sem que suas políticas sejam pensadas tendo em vista o desenvolvimento humano.

Vislumbrando o ingresso no mercado econômico mundial e a apropriação de boa parte dos recursos financeiros do mundo, os países estariam cortando disciplinas humanistas dos currículos acadêmicos, valorizando aquelas voltadas para o conhecimento técnico. O raciocínio crítico não seria bem-vindo no modelo de desenvolvimento econômico adotado e, por isso, viria sendo desestimulado, pois

²² (TAUCHEN e FÁVERO, 2011, p. 409)

²³ NUSSBAUM, Martha C. **Sem fins lucrativos:** por que a democracia precisa das humanidades. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 15-16.

parece não conduzir ao progresso pessoal ou da economia nacional²⁴. Assim, ter-se-ão trabalhadores obedientes, treinados para executarem projetos das elites, os quais seriam os responsáveis pela contribuição com o desenvolvimento econômico do país. Nesse contexto, Martha Nussbaum não vê a educação da população como fator para o crescimento econômico, pois tal crescimento não implicaria, necessariamente, em melhor qualidade de vida dos nacionais.

Que tipo de educação o modelo antigo de desenvolvimento preconiza? A educação voltada para o crescimento econômico exige competências básicas, que a pessoa seja alfabetizada e tenha noções básicas de aritmética. Também precisa que algumas pessoas tenham conhecimentos mais avançados de informática e tecnologia. A igualdade de acesso, porém, não é extremamente importante; um país pode muito bem crescer enquanto os camponeses pobres continuam analfabetos e sem dispor dos recursos básicos de informática, como demonstram os acontecimentos recentes em muitos estados indianos. Em estados como Gujarat e Andhra Pradesh, assistimos o aumento do PIB per capita por meio da educação de uma elite técnica, o que torna o estado atraente para os investidores externos. Os resultados desse crescimento não se refletiram na melhora da saúde e das condições de vida dos camponeses pobres, e não existe nenhum motivo para pensar que o crescimento econômico exija que eles recebam uma educação adequada. Esse foi sempre o principal e mais importante problema do paradigma de desenvolvimento baseado no PIB per capita. Ele não dá importância à distribuição, e pode avaliar positivamente países ou estados em que os níveis de desigualdade são alarmantes. É o que ocorre com a educação: dada a natureza da economia da informação, os países podem aumentar o PIB sem se preocupar muito com o acesso à educação, desde que criem uma elite tecnológica e empresarial competente.²⁵

O desenvolvimento brasileiro e a efetivação do direito à educação

Ao analisar os índices de IDH, Capital Humano e PIB na América Latina e no Mundo, percebe-se que, mesmo com as desigualdades na qualidade do ensino e o fato de seu ensino público ser pago (realidade que mudou a partir de 2018), o Chile é considerado o melhor país latino americano em termos educacionais, ocupando o 1º lugar nos rankings de desenvolvimento humano e capital humano na América Latina, além de estar em equilíbrio de posições em relação a PIB (41º), Capital Humano (45º) e IDH (44º) no ranking mundial.

²⁴ NUSSBAUM, Martha C. ***Sem fins lucrativos***: por que a democracia precisa das humanidades. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 23.

²⁵ NUSSBAUM, Martha C. ***Sem fins lucrativos***: por que a democracia precisa das humanidades. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. p. 20.

Tabela 01: Ranking de Capital Humano na América Latina

PAÍS	CAPITAL HUMANO AMÉRICA LATINA	CAPITAL HUMANO GERAL	PIB GERAL (Crescimento Econômico)
Chile	1º	45º	41º
Costa Rica	2º	57º	77º
Trinidad e Tobago	3º	62º	109º
Argentina	4º	63º	21º
México	5º	64º	15º
Equador	6º	66º	62º
Uruguai	7º	68º	78º
Colômbia	8º	70º	38º
Peru	9º	72º	49º
Brasil	10º	81º	8º
Paraguai	11º	90º	91º
Panamá	12º	91º	74º

Fonte: Banco Mundial (2017; 2019)

Da perspectiva de Nussbaum, conforme tabela a seguir, verifica-se que o Brasil, apesar de, no ano de 2018, ocupar o 8º lugar em Produto Interno Bruto, ou seja, ser a 8ª maior economia do mundo (em termos de crescimento econômico), ficou apenas na 79ª colocação em Índice de Desenvolvimento Humano. Em comparação com os demais países da América Latina, ocupa apenas o 11º lugar em desenvolvimento humano, reflexo das disparidades econômicas entre a sua população.

Tabela 02: Desenvolvimento Humano e Crescimento Econômico na América Latina e Caribe

PAÍS	IDH NA AMÉRICA LATINA	IDH GERAL	PIB GERAL (Crescimento Econômico)
Chile	1º	44º	41º
Argentina	2º	47º	21º
Bahamas	3º	54º	131º
Uruguai	4º	55º	78º
Costa Rica	5º	63º	77º
Panamá	6º	66º	74º
Trindade e Tobago	7º	69º	109º
Cuba	8º	73º	64º
México	9º	74º	15º
Venezuela	10º	78º	Sem classificação no período
Brasil	11º	79º	8º

Fonte: Banco Mundial (2017); PNUD (2018)

O Brasil tem investimentos em educação bem próximo aos números chilenos – de acordo com o Banco Mundial (online), em 2015 o governo do Chile investiu 18,197% do seu PIB em ensino superior, enquanto que o brasileiro utilizou 33,284% para o mesmo fim. O Brasil é 6,27 vezes mais rico que o Chile, mas seu PIB *per capita* é de apenas 7,563 euros enquanto que o país andino é de 13,480 euros. Este, portanto, tem menos desigualdade de renda do que aquele país. Em 2017, o Índice GINI marcou 0,533 como indicador para o Brasil e 0,466 para o Chile. O PIB per capita do Chile é 13,480 enquanto que do Brasil é 7,563

Quanto mais próximo de 0,00 estiver o indicar, menor a desigualdade de renda de um país, e quanto mais próximo de 1,00, maior a desigualdade existente. Esses índices comprovam a afirmação de Nussbaum que os resultados do crescimento econômico não implicam, necessariamente, em melhora das condições de vida e tampouco implica que esteja ligado a uma educação adequada.

Dias Sobrinho²⁶, em similar pensamento ao de Martha Nussbaum, refuta, portanto, a ideia de que educação como fator ao desenvolvimento econômico, pois restringiria seu papel a uma função da economia e, em razão dessa função, o conhecimento que antes era centrado nas humanidades agora orbitaria em torno de conhecimento de ordem técnica, de interesse das grandes empresas, fazendo com que esses temas tornassem prioridade na produção do saber.

Como já mencionado, a política educacional no Brasil seguiu a visão de desenvolvimento dos Estados Unidos, ou, mas palavras de Nussbaum, de educação voltada para o lucro. Embora o contexto dessa adoção tenha sido durante a ditadura militar, a prática teve inicio ainda na época de Brasil-Colônia, quando a corte portuguesa fugiu de Portugal rumo a terra “descoberta” nas Américas. Até então não existia ensino voltado a atividades profissionais e a intenção da corte portuguesa em oferecer a educação profissional nestas terras não era de desenvolverem o local que passaram a habitar, e sim para capacitar aqueles que almejavam ocupar os postos de trabalho mais privilegiados da colônia, garantindo, assim, a manutenção de seu respectivo status naquela sociedade.

²⁶ DIAS SOBRINHO, José. **Democratização, qualidade e crise da educação superior:** faces da exclusão e limites da inclusão. Educação e Sociedade. Campinas, v.31, n.113, p.1223-1245. 2010. p. 1.231.

Mesmo após a proclamação da república, em 1822, o ensino superior até então desenvolvido pouco mudou. Anísio Teixeira²⁷, ao discorrer sobre o ensino superior no Brasil, afirmou que o ensino oferecido buscava uma eficiência de modo que se vinculou a certo tipo de saber aplicado e útil, e não ao saber pelo saber. “Essa educação superior contribuiu sobremaneira para a perpetuação da hegemonia das élites e também para a conservação da unidade territorial e ideológica no Brasil.”²⁸

Se hoje associamos ensino superior oferecido pelo poder público como gratuito, nem sempre foi assim. O ensino, com exceção do primário, deveria ser custeado por seus usuários, com exceção daqueles que não poderiam fazê-lo. O Decreto n. 19.851, de 11 de abril de 1931, foi um dos vários que efetivaram a Reforma Educacional do governo provisório de Getúlio Vargas, reforma esta voltada para a estruturação e centralização da administração federal de cursos de ensino superior, secundário e o comercial (ou como hoje conhecemos, ensino médio profissionalizante), e no qual também fora criado o Conselho Nacional de Educação. Percebe-se, portanto, que o desenvolvimento do ensino superior no Brasil associou-se ao desenvolvimento da sociedade brasileira, e este marcado pelo elitismo, restringindo o acesso à educação profissional àqueles que por ele podiam pagar, ou seja, privilegiando as pessoas mais abastadas da sociedade.

Contra a elitização do ensino, a Igreja Católica em 1932 lançou o Manifesto dos Pioneiros através do qual defendiam a ideia, dentre outros, de unicidade, ou seja, sem distinção entre ensino público e privado, bem como a gratuidade desse ensino, como forma de por fim ao elitismo do ensino superior e superar a exclusão social. Em outras palavras, buscavam o fim da privatização da educação. Movimento intrigante, já que a Igreja foi criadora de alguns dos cursos privados de ensino superior, a exemplo dos que hoje integram a atual Universidade Mackenzie, em São Paulo/SP. Mas não foi apenas o clero nacional quem tinha o interesse, ainda que suspeito, em uma reforma na educação.

A então classe média, nascida com a sociedade industrial emergente, também queria acesso às universidades para que o país seguisse rumo ao desenvolvimento econômico, muito mais em benefício próprio do que pelo bem social da nação.

²⁷ TEIXEIRA, Anísio. *A escola pública universal e gratuita*. Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos. Rio de Janeiro, v.26, n.64, out./dez. 1956. p.3-27. p. 68.

²⁸ SOUZA, Everton Aparecido Moreira. *História da Educação no Brasil*: O Elitismo e a Exclusão no Ensino. Cadernos da Pedagogia. São Carlos, Ano 12 v. 12 n. 23 jul/dez 2018. p. 18.

Saliente-se que Anísio Teixeira (1956, p. 3-27) levantou essa bandeira quando, em 1956, defendeu a escola pública, universal e gratuita, construindo uma escola única para todos. Favaro e Tumolo, mencionando Saviani, dizem que este

Preconizou então que, “sem um sistema educacional consolidado sobre a base de uma escola elementar comum universalizada, não será possível modernizar o parque produtivo nacional”, inviabilizando nossa modernização tecnológica, o aumento da produtividade e nosso ingresso no “Primeiro Mundo”.²⁹

Uma das legislações mais importantes foi a Lei n. 5.540/68, já mencionada, que organizou o funcionamento do ensino superior, articulou tal ensino com o ensino médio e teve por finalidade, em suma, formar profissionais com vista ao crescimento econômico. O desenvolvimento econômico sempre foi o fator que impulsionou as políticas governamentais, inclusive as da educação, mas uma das críticas realizadas à era do Milagre Econômico foi o fato de que o desenvolvimento econômico obtido não refletia no desenvolvimento humano e social, tendo contribuído com a concentração de renda e o aumento da desigualdade social, o que coaduna com a conclusão de Nussbaum³⁰ que o desenvolvimento econômico como se apresenta não dá importância a distribuição de renda, culminando com a desigualdade econômico-social, motivo pelo qual não haveriam motivos para pensar que, para haver crescimento econômico, deve-se exigir dos pobres que eles recebam uma educação adequada.

Gallart³¹ diz que a América Latina não tem tradição com educação profissional e um dos pontos a serem considerados para essa conclusão seria o fato de que os programas de ensino superior abarcariam apenas uma pequena parcela de matrículas de formação profissional. Sua afirmação encontra respaldo nos números brasileiros de novas vagas disponibilizadas no sistema de ensino superior no Brasil relativo ao ano de 2017 e do número de candidatos a ocuparem essas vagas.

De acordo com a Sinopse Estatística da Educação Superior – 2017, cujos dados foram coletados durante o censo da educação superior realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), foram criadas

²⁹ (SAVIANI, 1994, apud FAVARO e TUMOLO, 2016, p. 560)

³⁰ NUSSBAUM, Martha C. **Sem fins lucrativos:** por que a democracia precisa das humanidades. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.p. 20.

³¹ GALLARI, Maria Antonia. **Reestructuración productiva, educación y formación profesional.** In: Pobreza y Desigualdad em América Latina: Temas y nuevos desafíos. Argentina: Paidós, 1999. p. 129.

7.900.060 vagas nas instituições de ensino superior, das quais apenas 655.033 foram disponibilizadas pela rede pública, elevando a concorrência ao número de 11,91 candidatos para 01 vaga. Se considerar apenas a existência de instituições de ensino mantidas pelo poder público, a quantidade de vagas disponibilizadas para a capacitação profissional e, assim, fomento ao capital humano é 11 vezes menor do que o ideal. Essa pode ser uma das justificativas a explicar o porque tão baixo índice capital humano em relação a países de menor PIB que o Brasil.

Embora esta pesquisa não adentre na temática da equidade da educação, que perpassa pelo acesso igualitário e qualidade do ensino, torna-se visível, dentro da argumentação da importância do capital humano para o crescimento econômico e a partir dos dados apresentados, que a relação existente entre capital humano e desenvolvimento econômico não é proporcional ao desenvolvimento humano, ao menos em relação ao Brasil. Se este é um país economicamente desenvolvido, não o é pelo desempenho econômico individual da sua população, mas sim pelo fruto de uma pequena parcela, considerada elite da sociedade, que detém mais de 27,8% da renda nacional (World Inequality Report, 2018, p. 140). O Brasil é um país rico, porém injusto na distribuição de sua riqueza.

Martha Nussbaum³² fala que o desenvolvimento humano está comprometido com a democracia que “atribui um papel importante a direitos fundamentais que não possam ser retirados das pessoas por meio de caprichos da maioria – assim, ele favorecerá uma firme proteção da liberdade política; da liberdade de palavra, de associação e de prática religiosa; e direitos fundamentais em outras áreas como educação e saúde.” Seu modelo ideal de desenvolvimento humano seria aquele no qual o mais importante é garantir oportunidades à todos nas diversas áreas da vida, inclusive educação.

Assim, o modelo de desenvolvimento humano proposto está relacionado com os compromissos constitucionais do governo para com a nação, onde as leis e as instituições respeitam a dignidade humana, reconhecem que o ser humano é um ser de direitos e é garantida à população que fique acima do patamar mínimo de oportunidades em cada uma das áreas de suas vidas, além de estar comprometido com a democracia que “atribui um papel importante a direitos fundamentais que não

³² NUSSBAUM, Martha C. **Sem fins lucrativos:** por que a democracia precisa das humanidades. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.p. 25.

possam ser retirados das pessoas por meio de caprichos da maioria – assim, ele favorecerá uma firme proteção da liberdade política; da liberdade de palavra, de associação e de prática religiosa; e direitos fundamentais em outras áreas como educação e saúde.”³³

O modelo de desenvolvimento humano de Nussbaum relaciona-se com a garantia e efetivação dos direitos sociais. Nesse mesma linha, Pompeu³⁴ fala que “para a realização dos direitos sociais, é *conditio sine qua non* do Estado o desenvolvimento econômico.”

A educação, bem como todos os direitos fundamentais sociais, surgiu no Brasil na Constituição de 1934, quando passou a ser um direito de todos, sendo ministrado pela família e pelos Poderes Públicos. Contudo, foi a Constituição Brasileira de 1988 que buscou sanear as desigualdades existentes, tanto do aspecto social como econômico, impondo estratégias de desenvolvimento social e político públicos, que devem respeitar e promover os direitos fundamentais, reduzindo a desigualdade e impulsionando o desenvolvimento.³⁵ Saliente-se que são as políticas públicas que concretizam os direitos sociais, garantindo o patamar mínimo civilizatório, sendo a base do estado democrático de direito e devem, portanto, equilibrar as forças econômicas de uma nação com o bem-estar social da população.

Conclusão

Em que pesem as críticas dos estudiosos sobre as mudanças no paradigma do ensino superior oferecido, de visão humanista àquela que vislumbra o crescimento econômico, o ensino proporciona a todos as mesmas oportunidades de desenvolverem-se com base nos seus talentos, sejam eles inatos ou adquiridos no ambiente universitário. Educação, independente de ser oferecida em ensino básico, médio ou superior, trata-se de um instrumento ao combate a exclusão social e o ensino público, em especial por ser gratuito, derruba as barreiras existentes que dificultam o

³³ NUSSBAUM, Martha C. ***Sem fins lucrativos***: por que a democracia precisa das humanidades. Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.p. 25.

³⁴ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. ***A Democracia e o direito fundamental à educação***: o papel da sociedade para a sua efetivação perante a exigibilidade dos direitos sociais. 2004. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. p. 28.

³⁵ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. ***A Democracia e o direito fundamental à educação***: o papel da sociedade para a sua efetivação perante a exigibilidade dos direitos sociais. 2004. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. p.50-51.

processo de inclusão social e de desenvolvimento econômico que, antes de ser nacional, é pessoal.

Não se crê integralmente que o ensino das humanidades é essencial ao desenvolvimento humano e que por isso deva o seu ensino ser priorizado, mas há verdade quando Nussbaum afirma que não necessariamente a educação conduz ao desenvolvimento econômico porque a realidade, corroborada por dados de PIB, Capital Humano, IDH e Índice Gini, atesta que se o Brasil é um país de riquezas, não se pode dizer o mesmo de toda sua população, sendo, portanto, a renda fruto do esforço de uma diminuta parcela. O Brasil é rico, mas injusto na distribuição de sua riqueza.

Por outro lado, acredita-se piamente na educação para fins de acumulação de capital humano e, por conseguinte, contribuinte ao desenvolvimento econômico. É necessário produzir riquezas a fim de que se consiga desenvolver os mais variados setores da vida, inclusive para que o Estado, através da arrecadação de impostos, implante e mantenha políticas públicas que extingam as desigualdades existentes, criando um ciclo vicioso benéfico à população por meio da educação.

Se o ideal é que o ensino impulse o desenvolvimento socioeconômico, seja a curto, médio ou longo prazo (lembrando que a educação, com toda sua grandeza, é capaz de desenvolver vários setores da sociedade, conforme tão bem expressou-se Savini, não só o econômico), e se os fatos atestam que esse desenvolvimento ainda restringe-se a uma parcela ínfima da população nacional, é preciso que o poder público reanalise suas prioridades de investimento, não se atendo ao mínimo constitucional previsto para investimento à educação e reelaborando suas políticas públicas cujas execuções e distribuindo melhor os valores de investimento que encontram-se previstas em seus Plano Plurianual (PPA) e Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), respetivamente, a fim de efetivar de fato o direito social à educação, de modo que não atenda apenas às necessidades básicas e imediatas da população, cumprindo verdadeiramente os princípios estabelecidos constitucionalmente.

Assim, entende-se que o poder público, aquele responsável por efetivar os direitos sociais constitucionalmente previstos, deve proporcionar a equidade da educação, a qual leva a justiça social e a equidade de oportunidades que, por consequência, levam ao efetivo desenvolvimento socioeconômico do ser humano e da nação no qual se inserem.

Referencias

BECKER, Gary Stanley. *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference do Education.* 3^a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.* Brasília: Senado, 1934.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado, 1988.

_____. *Decreto n. 19.851*, de 11 de abril de 1931. Dispõe que o ensino superior no Brasil obedecerá, de preferencia, ao sistema universitario, podendo ainda ser ministrado em institutos isolados, e que a organização technica e administrativa das universidades é instituida no presente Decreto, regendo-se os institutos isolados pelos respectivos regulamentos, observados os dispositivos do seguinte Estatuto das Universidades Brasileiras. Brasília: Câmara, 1931.

_____. *Lei n. 5.540*, de 28 de novembro de 1968. Fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média, e dá outras providências. Brasília: Senado, 1968.

DALE, Roger. *Os diferentes papéis, propósitos e resultados dos modelos nacionais e regionais de educação.* Educação e Sociedade, vol. 30, n. 108, p. 867-890. 2009.

DIAS SOBRINHO, José. *Democratização, qualidade e crise da educação superior:* faces da exclusão e limites da inclusão. Educação e Sociedade. Campinas, v.31, n.113, p.1223-1245. 2010.

FAVARO, Neide de Almeida Lança Galvão; TUMOLO, Paulo Sergio. *A relação entre educação e desenvolvimento econômico no capitalismo: Elementos para um debate.* Educação e Sociedade. Campinas, v.37, n. 135, p. 557-571, jun. 2016.

GALLARI, Maria Antonia. *Reestructuración productiva, educación y formacion profesional.* In: Pobreza y Desigualdad em America Latina: Temas y nuevos desafíos. Argentina: Paidós, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2017.* In: Síntese de Indicadores Sociais. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?=&t=resultados>>. Acesso em 21 jun. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANISIO TEIXEIRA (INEP). *Sinopse Estatística da Educação Superior 2017.* Brasília: Inep, 2018. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinope>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

NUSSBAUM, Martha C. *Sem fins lucrativos: por que a democracia precisa das humanidades.* Tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *A Democracia e o direito fundamental à educação: o papel da sociedade para a sua efetivação perante a exigibilidade dos direitos sociais.* 2004. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). *Human Development Indices and Indicators 2018: Statistical Update.* New York: Pnud, 2018. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2019.

PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna.* Rio de Janeiro: FGV, 1993.

SAVIANI, Demerval. *Educação em diálogo.* Campinas: Autores associados, 2011.

_____. *Interlocuções pedagógicas: conversa com Paulo Freire e Adriano Nogueira e 30 entrevistas sobre educação.* Campinas: Autores Associados, 2010.

_____. *O trabalho como princípio educativo frente às novas tecnologias.* In: Novas tecnologias, trabalho e educação: um debate multidisciplinar. Petrópolis: Vozes, p. 151-166, 1994.

SOUZA, Everton Aparecido Moreira. *História da Educação no Brasil: O Elitismo e a Exclusão no Ensino.* Cadernos da Pedagogia. São Carlos, Ano 12 v. 12 n. 23 jul/dez 2018.

TAUCHEN, Gionara, FÁVERO, Altair. *O princípio da indissociabilidade universitária: dificuldades e possibilidades de articulação.* Linhas Críticas. Brasília, DF, v. 17, n. 33, p. 403-419, maio/ago. 2011.

TEIXEIRA, Anísio. *A escola pública universal e gratuita.* Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos. Rio de Janeiro, v.26, n.64, out./dez. 1956. p.3-27.

_____. *Ensino superior no Brasil: análise e interpretação de sua evolução até 1969.* Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1989.

WORLD BANK GROUP (WBG). *Government expenditure per student, tertiary (% of GDP per capita).* Washington: Online. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/SE.XPD.TERT.PC.ZS?locations=BR-CL>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

_____. *World development Report 2017: Governance and the Law.* Washington: 2017. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

_____. *World development Report 2019: The Changing Nature of Work.* Washington: 2019. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/816281518818814423/pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

World Inequality Report (2018). Disponível em:
<https://wir2018.wid.world/files/download/wir2018-full-report-english.pdf>.
Acesso em: 04 jul. 2019.

36. A MÉTRICA DO DESENVOLVIMENTO HUMANO A PARTIR DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO ARTÍSTICA E CULTURAL NO ENSINO JURÍDICO SUPERIOR

THE METHOD OF HUMAN DEVELOPMENT FROM FUNDAMENTAL LAW TO ARTISTIC AND CULTURAL EDUCATION IN HIGHER EDUCATION



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-36>

Diana Moreira Gondim¹
Marília Studart Mendonça Gomes²

Resumo

Em tempos de transjuridicidade, a ciência do direito e a realidade social devem estar bem alinhadas, a fim de que o processo de elaboração de normas seja condizente com a realidade social, expressando a experiência estética entre o belo e o justo, a partir da adequação da norma às realidades humanas, sendo essa a essência do direito, o objeto da arte e uma das maiores finalidades do ensino jurídico. Este artigo tem como objetivo destacar a importância da inserção da arte e da cultura no ensino jurídico superior, como meio de superar a percepção de que as metodologias de ensino desta ciência seriam algo isolado da realidade social, destacando o uso de conceitos e metacritérios provenientes da arte para a compreensão e análise crítica da concretização de direitos fundamentais, bem como para metrificar o desenvolvimento humano a partir da perspectiva do contato do discente com a educação artística e cultural. Nessa perspectiva, por meio de uma pesquisa documental e bibliográfica, com objetivo descritivo-exploratório, de abordagem qualitativa, foi possível desenvolver um estudo no qual se aponta a arte e o direito cultural como mecanismo eficaz de colaboração para uma construção metodológica analítica, criativa e didática de difusão pedagógica do ensino jurídico superior, desenvolvendo as competências humanas e as habilidades necessárias para o mercado de trabalho do século XXI.

Palavras-chave: Arte. Experiência estética. Ensino jurídico. Profissionais do século XXI.

¹ Mestranda em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil. Pós-graduada em Direito Constitucional. Pós-graduanda em Mediação e Gestão de Conflitos.

² Mestranda em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortalez, CE, Brasil

Abstract

In times of transjuridicity, the juridical discipline and social reality must be aligned as much as possible. The balance that its imposed in order that law reveals a rule elaboration process proper with real rule factors expresses the aesthetic experience between beauty and fair, what is made starting with the adequacy of the rules with human realities, being this the essence of law, art's object and one of the biggest purposes of legal education. The research aims to highlight the importance of art's insertion on higher legal education as a way to overcome the perception that the methodology of education of this science would be isolated from social reality, highlighting the use of concepts and artistic metacriterios to the comprehension and critical analysis of realization of rights. In this perspective, by means of a documental research and bibliographic, with descriptive-exploratory objective, qualitative approach, was possible to develop a study that reveals that the efficacy of the legal rule learning it is not measure in terms of abstract ethics, but in relation of the degree of commitment in translate the facts of life reliably, aesthetic dimension of realization of fundamental rights translated fully by most different ways of artistic revelation, which must be implanted gradually in higher education, in order to bring the student closer to a concrete science, palpable and capable of (trans)forming professionals able to meet the aspirations of the labor market the XXI century professionals

Keywords: Art. Aesthetic Experience. Legal Education. XXI Century Professionals.

Introdução

Em um primeiro momento, pode parecer ousado pensar em como seria um diálogo metodológico entre a ciência jurídica e as incalculáveis formas de manifestações artísticas encontradas na sociedade. Tem-se, pois, uma relação que é necessária, mas bastante incompreendida. As conexões de aprendizagem que envolvem a arte e a ciência jurídica, inicialmente, não são muito fáceis de serem percebidas, mas resta claro que, quando se pensa em metodologia de aproximação da ciência com a realidade, não existe ambiente mais adequado que o da arte, que retrata a vida.

O estudo do direito é eminentemente histórico e artístico. Não se conhece do direito de um país ou de um povo sem conhecer sua história e sua arte, fato que justifica o porquê de culturas antigas expurgarem, no momento da dominação de povos, seu

referencial artístico, histórico e cultural. O uso das artes desde o início das civilizações colabora com a formação do pensamento crítico, da imaginação, da percepção e da sensibilidade dos seres humanos. Integrar arte a outras ciências sempre foi um caminho tranquilo na construção do conhecimento. Com o passar do tempo, todavia, no âmbito da ciência jurídica, foi possível observar, paulatinamente, o positivismo normativista afastar do Direito manifestações artísticas e culturais.

A inovação e a concreção de projetos com densidade capaz de impactar a sociedade moderna pressupõem que a união entre as aparentes distintas áreas da arte e ciência se mostra cada vez mais basilar. Contudo, apesar de essa conclusão parecer um tanto quanto inovadora, esse é um pensamento trazido desde as primeiras civilizações. No caso do Brasil, depois de tantos anos de sua descoberta, chega-se ao consenso de que é necessário dar alguns passos para trás na prática de delimitar e compartilhar os saberes, para reproduzir exemplos históricos, como o da representação simbólica do direito pela arte que inspira reflexões sobre direitos sociais, mostrando claramente a presença da arte em tudo quanto o direito possa tocar.

Para dar densidade à pesquisa foi necessário estudar também perfis de juristas vencedores de prêmios Nobel que chamam à atenção por suas capacidades de inovação a partir da similaridade de congregarem a arte à ciência jurídica, com vistas ao enriquecimento de suas habilidades e competências para muito além da mera e mecânica reprodução de artigos de lei. Em seguida, a pesquisa busca dar resposta à seguinte indagação: pode o ensino jurídico superior se servir da arte para concretizar suas finalidades? E, caso a resposta seja afirmativa, de quais maneiras?

O objetivo desta pesquisa é destacar a importância da inserção da arte no ensino jurídico superior como mecanismo eficaz de colaboração para uma construção metodológica analítica, criativa e didática de difusão pedagógica nos cursos de Direito. Nesse contexto, ressaltam-se, ainda, as diversas semelhanças entre os processos que envolvem o criar artístico e as maneiras de elaboração da norma e da prática jurídica. Para tanto, utiliza-se de metodologia de fontes documentais e bibliográficas de títulos nacionais e estrangeiros, revistas e artigos científicos de base de dados *online* – *Scientific Electronic Library Online* (SciELO) –, de abordagem qualitativa, com objetivo descriptivo-exploratório.

A relevância deste trabalho firma-se na necessidade de aumentar a qualidade da aprendizagem do ensino jurídico e da produção acadêmica científica nacional,

abordando, para tanto, ao longo de suas três seções, a construção de como tornar viável a quebra de barreiras disciplinares parametrizantes envolvendo a arte e o ensino jurídico superior, para aproximar o bacharel em Direito, ao máximo, de sua realidade social e tornando possível a concretização do direito fundamental à educação e a metrificação do desenvolvimento cultural e do atendimento, na maior medida possível, da dignidade da pessoa humana.

Efetivação do direito à educação a partir do ensino jurídico artístico e cultural

Tratar acerca da eficácia dos direitos fundamentais se faz necessário em todos os debates que circundam a sociedade moderna, posto que somente a partir deste é possível contextualizar e metrificar, na origem e no tempo, os objetivos relacionados ao desenvolvimento sociocultural e o nível de alcance do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como do cumprimento de direitos fundamentais. Partindo desse pressuposto, tem-se a promulgação da Constituição Federal, em seu título VI, capítulo III, como marco histórico responsável por institucionalizar os direitos culturais e artísticos educacionais que se encontravam positivados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Indispensável, nesse contexto, a diferenciação entre a constitucionalização dos direitos sociais – que se desempenham como direito positivo, conforme é encontrado no artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como no artigo 6º da Constituição Federal³ de 1988⁴ e a constitucionalização dos direitos humanos na forma de direitos fundamentais, os quais se encontram previstos no direito positivo, com particular aplicação no ordenamento jurídico constitucional, vinculando tanto as entidades públicas, como as privadas.

O direito a educação e os direitos culturais, previstos nos artigos 6º e 216 da Constituição Federal de 1988, respectivamente, tratam acerca dos direitos sociais positivados, que versa acerca dos Direitos e Garantia Fundamentais, de tal sorte, conforme conta no art. 5º, § 1º todos os direitos fundamentais constitucionais são de exigência e aplicação imediata. Tal afirmação confirma o desejo do constituinte de

³ UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

1988 de romper com a tradição de que direitos e garantias fundamentais devessem ter feição fortemente retórica. Isso significa que foram tomadas precauções, conforme citado, para encerrar a inserção de promessas no plano constitucional, as quais, posteriormente, seriam ineficazes no plano fático.

A Magna Carta traz em seu art. 205 ainda a educação como “direito de todos e dever do Estado e da família (...)”, ou seja versa acerca de um direito subjetivo, o qual o Estado possui o dever jurídico de prestação e o cidadão detém a faculdade jurídica de exigir a prestação desse serviço. Em face do exposto o direito a educação consagra-se como norma de eficácia plena, ou mesmo contida, mas em ambas as hipóteses são de exigência imediata.

2 O processo de (re)conhecimento do direito como arte a partir de experiências sociais estéticas valorativas e subjetivas

Resgatar valores para o âmbito da ciência jurídica constitui um fundamento marcante do neopositivismo, que, historicamente, foi um dos principais responsáveis por reaproximar o direito de outros meios de expressões estéticas, artísticas e culturais, ocasionado a ruptura com o positivismo normativista. Segundo Xerez⁵, o direito como arte consiste na compreensão de que a construção da norma jurídica é, em si, uma manifestação artística. Tal premissa destaca a importância da arte na construção histórica e simbólica do direito e revela o caráter de indissociabilidade e imbricamento entre eles, reforçando o quanto são fundamentais para a vida dos indivíduos e da sociedade.

A compreensão de que a arte é uma experiência estética subjetiva revela-se como algo intrínseco e pessoal, que pode variar, a depender do espectador, sendo um ponto de partida para a percepção de que os mais diferentes objetos e inusitadas situações da vida podem produzir experiências sem nenhuma similaridade, variando desde fatores emotivos e cognitivos até fatores relacionados à personalidade, confirmindo a lição de Kant⁶, que assim assevera: “[...] juízo de gosto não é um juízo de conhecimento, um juízo lógico, mas sim estético, ou seja, um juízo cujo motivo determinante só pode ser subjetivo”.

⁵ XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁶ KANT, Immanuel. Crítica da faculdade de julgar. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009 (pág. 47).

Desmistificam-se, em um “bailar” de nomenclaturas artísticas e jurídicas, ideias que buscam dissociar, ou mesmo tangenciar, a possibilidade de combinação e imbricamento dessas ciências, demostrando a relação que as envolvem, com uma reflexão sobre o modo com o qual são construídas as premissas que norteiam o direito e a arte, bem como o método de repasse de conhecimentos restritos e limitados por disciplinas que tornam rígida e inflexível a maneira de aferir experiências reais no campo do direito a partir de uma visão artística.

Os conflitos humanos são infinitos, complexos e multifacetados, fato que aumenta o desafio de retratar o direito por meio das mais diversas formas de manifestações artísticas. Não obstante, todavia, todas as dificuldades e desafios que se apresentam na hora de reproduzir fidedignamente fatos e atos da vida a partir de uma visão jurídica, chama à atenção o modo como estas manifestações fazem com que os juristas enxerguem suas atitudes a partir de uma análise crítica, de dentro para fora, tornando o assunto fascinante, não apenas para os operadores do direito, mas para os estudantes e cientistas sociais⁷.

A arte é historicamente utilizada como uma ferramenta eficaz de denúncia e de resistência contra violações aos direitos humanos e ultrajes a ideais democráticos referentes ao justo. Não raras vezes traduzem conflitos inerentes à ideia de ética, justiça e probidade administrativa, sendo bastante comum observar que as tramas das ficções televisivas evidenciam fatos que, por analogia ou não, parecem ter saído dos noticiários diários ou das mídias sociais, já que vinculam situações claramente ocorridas no cotidiano do cenário político, policial, econômico, dentre outros, em uma lógica que põe a vida e a arte dentro de um ciclo vicioso sobre quem imita quem⁸.

Múltiplas são as perspectivas que permeiam o campo da experiência estética subjetiva no direito. Essas infindáveis nuances produzem um latente convite ao (re)desenho de um novo quadro teórico e prático para a aplicação dessa ciência às mais profundas questões sociais, levando em consideração a complexidade e amplitude das temáticas relacionais pós-globalização, por meio da análise interdisciplinar ou, até mesmo, *antidisciplinar* – em que não é possível vislumbrar barreiras disciplinares,

⁷ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

⁸ HENRIQUE, Alexandre; GUIMARÃES, Monteiro. *Formar, [des]formar, [trans]formar: repensando a arte na escola como campo pedagógico de emancipação e resistência*. In: QUEIROZ, João Paulo; OLIVEIRA, Ronaldo. *Arte e ensino: propostas de resistência*. Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Belas-Artes, Centro de Investigação e Estudos em Belas-Artes, 2018. p. 23-37.

tornando o Direito forte, vívido e potente⁹.

Para aliar a criatividade à ciência jurídica, é preciso destacar o desenvolvimento da capacidade de transformar processos judiciais em processos criativos, a partir de uma combinação que vai muito além da memorização de conhecimentos teóricos, pois toca habilidades práticas obtidas ao longo do trilhar acadêmico e torna as figuras do discente e do advogado verdadeiros gestores de conflitos pessoais e sociais. A arte como expressão capacita o indivíduo a interpretar ideias por meio de diferentes linguagens e maneiras. Já a arte como cultura relembra o conhecimento da história, a trajetória de figuras públicas e a importância de cultos e tradições¹⁰.

Vivenciar expressões artísticas em quaisquer de suas manifestações amplia o conhecimento acerca de panoramas que vão muito além do campo de contato de cada indivíduo. Sob uma perspectiva estética, o direito e a arte – o justo e o belo ético – devem se manter coesos e em harmonia, de modo a possibilitar que o estudante e o aplicador da norma jurídica consigam adequar o direito a mais justa e devida experiência estética subjetiva no caso concreto⁵. Essa harmonia só se concretiza quando é possível observar o equilíbrio entre a norma e a vida.

3 A quebra de barreiras disciplinares parametrizantes pela arte na grade curricular dos cursos de Direito

As áreas de interseções entre cientistas jurídicos e artistas trazem questionamentos fundamentais acerca do mundo e observam grandes problemas com um olhar inovador, sendo o mesmo olhar que o mercado profissional suscita para que os campos de pesquisa possam partir de múltiplos referenciais e se desenvolverem sem que haja as mesmas limitações sancionadoras impostas pelas matrizes curriculares acadêmicas (extensiva e compartimentarizada), principalmente nos cursos de Direito.

O Direito é uma das ciências mais difíceis de se deixar penetrar por outros ramos de conhecimento. Desse modo, antever acontecimentos que reivindiquem respostas rápidas, subjetivas e precisas às complexas e multifacetadas demandas sociais talvez seja um dos maiores desafios dessa ciência na atualidade, e é nesse momento que a arte ganha espaço, principalmente no âmbito acadêmico. A arte, em suas

⁹ ITO, Joichi. **Antidisciplinar**. Polytech, [s. l.], 3 out. 2014.

¹⁰ MELO, Irlan. Arte e Educação, o poder da transformação. Hoje em Dia, Belo Horizonte, 5 mar. 2018.

diferentes manifestações, é responsável por contextualizar e avaliar questões sociais trazidas às academias em busca de soluções inovadoras.

Relações provenientes do direito como arte, em uma simbiose interdisciplinar, podem ser facilmente exploradas dentro de um diálogo transcientífico, desde que ofereçam uma perspectiva arejada e um olhar moderno a diversos institutos, capazes de enriquecer o arsenal de argumentos e a análise crítica dos discentes. Nesse sentido, o curso de Direito não deve servir apenas como critério utilitarista para alcance de aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ou em um concurso público, mas sim para a formação pessoal e social do bacharel em Direito, rechaçando a percepção de que o processo de condicionamento imposto pelas leis e matrizes curriculares é o segredo para o sucesso profissional¹¹.

Pensar no processo de (re)conhecimento do direito como arte importa refletir também sobre o modo de ensinar e aprender, posto que, ao retirar discentes e docentes de suas tradicionais posturas hierarquizadas, rígidas e bem definidas, o ensino jurídico pautado por formas de manifestações artísticas é responsável por tornar o meio institucional mais convidativo à construção de saídas criativas e em harmonia com o contexto social na qual estão inseridos, o que torna a prática pedagógica menos superficial e capaz de concretizar não só o direito à educação plena, mas servindo de mecanismo de aprendizagem e de concretização de direitos.

O resgate da criatividade como um caminho para desenvolvimento de habilidades acadêmicas e para manutenção do futuro profissional no mercado de trabalho é uma condição de progresso, que quebra paradigmas e desconstrói a ideia de mero ensino técnico e retórica da didática profissional.

Considerando-se que a arte, dentro de uma acepção ampla, aprimora o conhecimento criativo e inovador e consolida a aprendizagem, tem-se que ela é uma grande aliada na facilitação de metodologias participativas e construtivas, principalmente em ciências que requerem constantes esforços hermenêuticos, como a ciência jurídica. Nesse diapasão, a arte amplia o referencial de fontes interpretativas e atua, decisivamente, no papel criativo do interprete, possibilitando a formação de profissionais que possuem a capacidade de acessar e criar soluções inovadoras em suas

¹¹ FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PASSOS, Daniela Veloso Souza. O concurso público e as novas competências para o exercício da magistratura: uma análise do atual modelo de seleção. *Sequência* (Florianópolis), Florianópolis, n. 76, p. 131-154, 2017.

práticas¹².

Esta pesquisa segue a construção teórica e metodológica percorrida por Cunha¹³, na qual “[...] o direito é uma empreitada artística, por se tratar de uma ciência por demais complexa para se restringir à normatividade”. Para o autor, não é possível que o Direito seja visto como uma ciência isolada, ao contrário, deve ser analisado a partir de uma visão tripartite, divida entre aspectos científicos, artísticos e técnicos, para que seja clarividente que as manifestações artísticas estão imbricadas ao Direito de modo que a técnica e a ciência jurídica servem àquela, que é a quem o norteia verdadeiramente.

Uma grade curricular acadêmica que contempla as formações jurídicas, além de elementos socioculturais, formas de manifestações artísticas como meio de se atingir a almejada aproximação do acadêmico com a realidade do social e cultural do País, toca, naturalmente, a transdisciplinaridade, ou até mesmo o que o coordenador do MIT *Media Lab*, Joichi Ito, chama de *antidisciplinaridade* – a ruptura total de barreiras disciplinares na academia, visando à construção projetos que impactam positivamente a sociedade, a partir de soluções reais¹¹. A aplicação da trans e da *antidisciplinariedade* proporciona novas perspectivas em relação a problemas em que não são possíveis compartmentalizar soluções.

As mudanças ocorridas no mundo necessitam ser perpetuadas no modo como as pessoas exercem suas profissões, e tudo começa na fase acadêmica. Nesse sentido, estudos de algumas universidades americanas, como Harvard e Massachusetts Institute of Technology (MIT), e do Fórum Mundial Econômico apontam condutas de profissionais formados e em formação para que se mantenham “pulsantes” diante das mudanças nas quais vem passando a sociedade¹⁴.

No estudo realizado por Grant¹⁵, ao comparar o perfil dos vencedores do prêmio Nobel entre os anos de 1901 e 2005 com os artistas comuns, foi observado que ambos tinham as mesmas experiências no que diz respeito aos campos de estudo, mas que os artistas têm o diferencial de terem ligação com a arte. A pesquisa comprovou que as

¹² SIROTTI, Raquel Rezende. A literatura como nova possibilidade para o ensino jurídico brasileiro: a questão das introduções históricas. Revista Espaço Acadêmico, Maringá, PR, v. 15, n. 170, p. 69- 79, 2015.

¹³ CUNHA, Paulo Ferreira da. Anti-Liviatã: direito, política e sagrado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005 (pág. 33).

¹⁴ SILVEIRA, João. Black Mirror, MIT e ANTIdisciplinaridade. ArteCiência Brasil, [s. l.], 9 jan. 2017.

¹⁵ GRANT, Adam. Originais: como os inconformistas mudam o mundo. Tradução de Sergio Rodrigues. Rio de Janeiro: Sextante, 2016.

probabilidades de um cientista, que seja artista, vencer um prêmio Nobel são muito maiores em relação aos cientistas comuns, senão vejam-se as seguintes proporções: a relação com música e instrumentos aumenta duas vezes; com as artes plásticas é sete vezes maior; com as artes manuais é sete vírgula cinco vezes maior; com a escrita é doze vezes maior; e com as artes cênicas correspondem ao aumento de vinte e duas vezes.

Ao recorrer a outras ciências correlatas, o direito atinge um viés universalista, acessando novas áreas de aplicação e interpretação, com linguagem que auxilia na construção de bases teóricas e metodologias que dão sentido à norma jurídicaposta, fazendo com que ele se mantenha vívido. A arte aliada ao direito faz parte de uma etapa necessária para a construção de um pensamento crítico e transjurídico de concretização de uma cultura pluralista, conforme os desígnios constitucionais. O Direito é multi, trans e antidisciplinar. O contrário dessa afirmação desconsidera a realidade humana e social¹⁵.

4 A disciplina jurídico-estético e o profissional do século XXI

Atualmente, um dos maiores desafios do Brasil é uma educação superior de qualidade, que possibilite o acesso a ferramentas essenciais à manutenção dos profissionais dentro do mercado de trabalho. No tocante aos cursos de Direito, os primeiros a serem implantados no País, não se pode dizer que, ao longo desses quase 200 anos, este em algum momento tenha atingido uma época áurea, fato que só colabora com a crise na qual estão imersos o ensino e diversos institutos jurídicos¹⁶.

A falta de estruturação metodológica concreta de ensino e o direcionamento privatista das grades curriculares contribuem para uma formação tendenciosa de um ciclo de isolamento do ensino jurídico, aliado à metodologia de mera transmissão do conhecimento, e essas conjunções o mantiveram atrelado às bases ideológicas estritamente voltadas para o plano dos conteúdos curriculares da livre economia. O resultado maior possível é a mera reprodução do conhecimento existente, levando os discentes a recorrerem a outros ramos da ciência na busca por respostas aptas a corresponder às expectativas sociais depositadas neles.

¹⁶ VENÂNCIO FILHO, Alberto. Das arcadas ao bacharelismo. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

Ao seguir, no exemplo do positivismo puro, sem que haja a formulação de nenhum juízo de valor, tem-se que a construção da aprendizagem e das abordagens práticas nos cursos de Direito o converte em uma ciência claramente formal e desconexa da realidade. E, partindo do pressuposto de que o jurista não é um mero receptador de informações descontextualizadas e nem um operador isolado de leis, ao contrário, resolve problemas sociais.

A compreensão de que a arte motiva e é responsável por fixar a atenção do receptor por um período considerável de tempo deixa claro seu incentivo à educação, aprendizagem e transmissão conhecimento. Essa ferramenta multitarefas possui em seu repertório a dança, o teatro, a música, a artes visuais, dentre outras que se adequam aos ambientes de educação e ensino superior. O desenvolvimento das habilidades e das competências dos discentes está intrinsecamente relacionado aos métodos teóricos e práticos de aprendizagem e da organização das grades curriculares dos cursos de Direito¹⁷.

Baseado em teorias que relacionam a ideia de competência com o desenvolvimento de habilidades e soluções eficazes, como as de Perrenoud²³ e Le Boterf (2003), surge a necessidade de reflexão sobre o perfil dos cursos jurídicos e do atual acadêmico de Direito, que ainda se apresentam incapazes de agregarem ao direito outras áreas de conhecimento, saberes e informações, bem como dos campos de negociações, do mercado mundial, das problemáticas sociais, da intensa corrida de informatização, da robotização de processos e procedimentos e tantas outras demandas do mundo pós-globalização.

O ensino jurídico do futuro – aliás, do presente – deve dar conta de um aluno apto a por fim a retórica tradicional, bem como deve rechaçar grades curriculares engessadas a ponto de negar contrárias à ciência abordagem que não seja puramente positivista¹⁸. A educação em direito é espaço de interrogações sobre os próprios sentidos da humanidade e da democracia e ultrapassa as retóricas das dogmáticas e dos condicionantes impostos por políticas estatais. Nessa linha, Warat¹⁹ sustenta a que deve ser fomentado a liberdade e autonomia na construção dos saberes, como meio de

¹⁷ PERRENOUD, Philippe. Desenvolver competências ou ensinar saberes? A escola que prepara para a vida. Tradução de Laura Solange Pereira. Porto Alegre: Penso, 2013.

¹⁸ MACHADO, Antônio Alberto. Ensino jurídico e mudança social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹⁹ WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao Direito: o Direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 3.

se atingir, inclusive, a democracia. Trata-se, pois, da orientação informacional da formação pessoal do discente a partir de suas bases ideológicas.

A retórica do ensino inaplicável à realidade brasileira e a crescente separação do ensino prático e técnico fizeram surgir, no século XIX, uma geração acadêmica de traços marcantes que, por meio da ideia de liberdade do ensino e da autonomia para buscar as ciências necessárias ao desenvolvimento de habilidades transversais, foi capaz de se graduar social e cicamente como bacharel em Direito, desempenhando suas funções notadamente precípuas, como resolver problemas sociais e reais que margeavam a sociedade na época, com uma “visão de mundo” bastante ampla, não obstante às restrições tecnológicas. Essa não é, todavia, uma realidade do discente da atualidade.

É importante ponderar que existem condições sociais que influenciaram o aprendizado e o desenvolvimento das habilidades dos estudantes. Cabe, para tanto, elencar a perspectiva de Freire²⁰, no que diz respeito à parte da realidade objetiva dos oprimidos, ponderando que exista uma pedagogia que transforme a realidade social. Então, quando se trata de uma visão ampla e social de que os estudantes de Direito tenham realidades sociais, econômicas e psicológicas diversas, é preciso que se tenha uma pedagogia adequada que propicie o desenvolvimento estudantil de acordo com as características pessoais de cada estudante.

A neurofisiologia e outras ciências afins não foram capazes de avançar suficientemente em um problema como o que se está lidando na atualidade, e ainda não se sabe como, por que e de que maneira parte do cérebro é ativada para produzir ideias inovadoras. Gordillo²¹ aduz que os trabalhos do cientista e do artista possuem mais semelhanças do que se possa supor, acreditando que a imaginação criativa é imprescindível para a arte, tecnologia e ciência e asseverando que, no que diz respeito ao processo do ato de criação, os cientistas e os artistas possuem infinitos pontos de convergência. Desta maneira, pode-se dizer que o processo de criação artística é um modo de desenvolver habilidades e competências, auxiliando na própria construção das capacidades do cientista.

Estimular as devidas competências e habilidades baseadas em experiências estéticas subjetivas nos estudantes de Direito do Brasil no século XXI não é mais uma

²⁰ FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

²¹ GORDILLO, Agustín. El método en Derecho: aprender, enseñar, escribir, crear, hacer. Madrid: Civitas, 1997.

construção apenas do ensino por meio de uma base curricular imposta pelo Ministério da Educação, trata-se da reestruturação do ensino oferecida aos estudantes por intermédio de um espaço de resgate progressivo de autonomia suficiente e capaz de propiciar o desenvolvimento de ideias criativas que não “esbarram” no engessamento do ensino técnico, resultando em algo maior: o desenvolvimento deste. A presente pesquisa sugere a formatação de cadeiras obrigatórias na graduação e pós-graduação – *lato sensu e stricto sensu* – que promova a fusão das ciências da arte e do direito.

Indaga-se, ainda, além dos reais propósitos do Ministério da Educação em promover uma educação humanista e social nos cursos de Direito, o porquê da viabilidade de metas que se retroalimentam do único propósito de êxito em concursos públicos e nos exames da OAB e que são contrárias à promoção de uma atmosfera estudantil potencializadora de habilidades e *expertises* desenvolvedoras de lideranças a partir da construção de soluções para problemas concretos, que vão desde os mais simples aos mais complexos, refutando o progresso pessoal de cada estudante por meio de uma maior autonomia e da quebra de matrizes e barreiras disciplinares no ensino jurídico.

Conclusão

O conhecimento obtido dentro das academias, em muitos casos, tornou-se algo pouco entusiástico, uma vez que o rigor em enfatizar modelos já estabelecidos e com viés pouco prático acaba provocando um desconhecimento do discente acerca de processos metodológicos e restringi sua liberdade criativa, razão pela qual não se vislumbram grandes estímulos para a aprendizagem científica na graduação e pós-graduação (*lato sensu e stricto sensu*). O estudo de metodologia envolvendo arte e a ciência do direito é responsável por estimular o graduando e o pós-graduando do ponto de vista exploratório, permitindo a observação do movimento e da forma com mais propriedade.

A educação superior que a população brasileira recebe ao longo de toda história da educação formal não reflete de modo positivo no desenvolvimento de habilidades necessárias ao mercado de trabalho, que, mesmo diante da reformulação que vem sofrendo, se mantém estático ante aos desafios impostos pela sociedade contemporânea. E, quando se levam estas constatações para o ramo das ciências

jurídicas, o cenário se torna bem mais preocupante, haja vista que todas as habilidades apontadas estão intrinsecamente contidas nos afazeres cotidianos do futuro bacharel e são bem distintas dos instrumentos de avaliação que medem apenas a capacidade de memorização dos alunos.

Os discentes de Direito do século XXI, sem autonomia e assoberbados por uma matriz curricular extremamente técnica, são conduzidos, pelo sistema de ensino, ao treinamento para as provas da OAB e de concursos públicos, nas quais a sistematização de informações em estilo “decoreba” se apresenta como receita de sucesso. Não sendo, desta maneira, promovido com eficiência o desenvolvimento pessoal e social do profissional de direito por meio do ensino jurídico a este oferecido.

O século XXI traz uma série de desafios para os profissionais do direito. Urge a construção de uma grade curricular que os permitam acessar novas metodologias e abordagens, baseadas em modelos artísticos, criativos e negociais. O ensino do direito deve ser capaz de ultrapassar os condicionamentos impostos pelos interesses estatais e pela utilização de manuais descontextualizados com a realidade, baseando-se em relações de confiança e de colaboração interconectado com o mundo globalizado.

A conclusão a que se chega é a de que um ensino jurídico pautado por uma base de transversalidade, de autonomia e da livre criatividade advindas do contato com as mais diversas formas de expressões artísticas colaboram sobremaneira com o desenvolvimento da criatividade e com a capacidade de resolução de problemas complexos dentro de um contexto social concreto, fazendo com que o estudante e o profissional de Direito estejam mais capacitados para enfrentarem as mais inusitadas situações apresentadas pelas demandas de uma sociedade globalizada, contribuindo, assim, diretamente para o desenvolvimento social e para o crescimento do País.

A pesquisa não esgota a temática e, pelo contrário, faz surgir uma série de questionamentos sobre quais os meios capazes de possibilitar o resgate desse espaço artístico e criativo para o desenvolvimento de competências que já existiram entre os acadêmicos de Direito, mas que foram se esvaziando com o passar do tempo. É preciso descobrir maneiras de “alforriar” o bacharel em Direito da árdua missão de vivenciar os ditames de uma ditadura técnica sem fim, e, após tudo isso, devolver aos estudantes a difícil e prazerosa missão de descobrir por quais caminhos desejam percorrer para que seu papel na sociedade vá além da aquisição de diplomas.

Referências

CHAVES, Marianna; ARNAUD NETO, Raphael Carneiro. Direito e Arte: uma simbiose necessária para uma construção mais humanista e crítica dos juristas. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 191, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs./4549>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CUNHA, Humberto Filho. **Teoria dos Direitos Culturais**. SESC SP. 2018.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Anti-Leviatã**: direito, política e sagrado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Kafka**: por uma literatura menor. Tradução de Júlio Castaño Guimarães. Rio de Janeiro: Imago, 1977.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PASSOS, Daniela Veloso Souza. O concurso público e as novas competências para o exercício da magistratura: uma análise do atual modelo de seleção. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 76, p. 131-154, 2017.

DOI: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p131>.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552017000200131&lng=en&nrm=iso.

Acesso em: 22 abr. 2019.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Ensayos de filosofía jurídica**. Bogotá: Temis, 2003.

GORDILLO, Agustín. **El método en Derecho**: aprender, enseñar, escribir, crear, hacer. Madrid: Civitas, 1997.

GRANT, Adam. **Originais**: como os inconformistas mudam o mundo. Tradução de Sergio Rodrigues. Rio de Janeiro: Sextante, 2016.

HENRIQUE, Alexandre; GUIMARÃES, Monteiro. Formar, [des]formar, [trans]formar: repensando a arte na escola como campo pedagógico de emancipação e resistência. In: QUEIROZ, João Paulo; OLIVEIRA, Ronaldo. **Arte e ensino**: propostas de resistência. Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Belas-Artes, Centro de Investigação e

Estudos em Belas-Artes, 2018. p. 23-37. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/37125>. Acesso em: 22 abr. 2019.

ITO, Joichi. Antidisciplinar. **Polytech**, [s. l.], 3 out. 2014. Disponível em: <https://medium.com/polyteck/antidisciplinar-af2600d93e78>. Acesso em: 22 abr. 2019.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade de julgar**. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009.

LE BOTERF, Guy. **Desenvolvendo a competência dos profissionais**. Tradução de Patrícia Chittoni Ramos Reuillard. Porto Alegre: Artmed, 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELO, Irlan. Arte e Educação, o poder da transformação. **Hoje em Dia**, Belo Horizonte, 5 mar. 2018. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/opinião/colunas/irlan-melo-1.540331/arte-e-educação-o-poder-da-transformação-1.602945>. Acesso em: 22 abr. 2019.

PERRENOUD, Philippe. **Desenvolver competências ou ensinar saberes?** A escola que prepara para a vida. Tradução de Laura Solange Pereira. Porto Alegre: Penso, 2013.

PORTE, Mário Moacyr. **Os fundamentos estéticos subjetivos do direito**. [S. l.: s. n.], 1961. Disponível em: <https://rodrigoleite2.jusbrasil.com.br/artigos/121938516/os-fundamentos-esteticos-do-direito-por-mario-moacyr-porto>. Acesso em: 22 abr. 2019.

SCHWARTZ, Germano; MACEDO, Elaine. Pode o direito ser arte? Respostas a partir do direito & literatura. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII., 2008, Salvador. **Anais** [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 1013-1031. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/germano_schwartz.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

SILVEIRA, João. Black Mirror, MIT e ANTIdisciplinaridade. **ArteCiência Brasil**, [s. l.], 9 jan. 2017. Disponível em: <https://www.artecienciabrasil.org/single-post/2016/11/29/A-Disneylândia-da-arte-ciência-e-tecnologia-MIT-Media-Lab?platform=hootsuite>. Acesso em: 22 abr. 2019.

SIROTTI, Raquel Rezende. A literatura como nova possibilidade para o ensino jurídico brasileiro: a questão das introduções históricas. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, PR, v. 15, n. 170, p. 69- 79, 2015. Disponível em:

<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/2680>
1. Acesso em: 22 abr. 2019.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 25 agosto de 2019.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito**: o Direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 3.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WORLD ECONOMIC FORUM (Suíça). **The future of jobs**: employment, skills and workforce strategy for the fourth industrial revolution. Genebra: World Economic Forum, 2016. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos direitos fundamentais**: teoria, método, fato e arte. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

37. O PRINCÍPIO SUSTENTABILIDADE COMO COROLÁRIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI

THE SUSTAINABILITY PRINCIPLE AS A COROLLARY OF GOOD ADMINISTRATION IN THE 21ST CENTURY



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-37>

Liane Maria Santiago Cavalcante Araújo¹

Resumo

A sociedade reconhece, a passos lentos, a necessidade de mudança dos parâmetros de bom governo adotados a partir da Revolução Industrial. Esta postura do Antropoceno é claramente autodestrutiva e exige da sociedade respostas imediatas, que têm sido difundidas por autores de renome, de diferentes áreas do conhecimento. Neste cenário, propõe-se, por meio do presente artigo, uma análise dos impactos da sustentabilidade no paradigma patrimonialista insaciável do Poder Público, como medida de identificar as principais mudanças a serem implementadas para a concretização dos direitos fundamentais a boa administração pública e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Conclui-se que, a fim de possibilitar mudanças efetivas, é preciso conceber e promover uma interação constante entre crescimento econômico, desenvolvimento humano e respeito ao meio ambiente, a partir da abertura do Poder Público para a realidade subjacente. Para tanto, a Administração Pública necessita promover a reforma do paradigma patrimonialista vigente no século XXI, a partir de um viés sustentável. Como esforço inadiável, identifica-se o imediato treinamento dos recursos humanos com vistas a suplantar a cultura jurídica vigente e viabilizar o direito ao futuro, por meio da preocupação real com a preservação e promoção do meio ambiente saudável, para as atuais e futuras gerações. Nessa linha,

¹ Pesquisadora no Pós Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2016-2020). Bolsista FUNCAP-CAPES/BRASIL. Pesquisadora dos Grupos REPJAAL e GEPEDI, ambos da Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2014). Especialista em Direito Processual: Grandes Transformações pela UNISUL (2009). Advogada com experiência em Direito Administrativo, Civil, Ambiental e Trabalhista. Interessada em pesquisas científicas com ênfase nas áreas de Sustentabilidade, Direitos Humanos, Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito do Trabalho, Epistemologia Jurídica, Hermenêutica Jurídica, Deontologia Jurídica, Argumentação Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica.

constata-se que o Direito Administrativo deve se apropriar da realidade, deixando de lado o modelo rígido e fechado ultrapassado em prol de uma concepção sistêmica de administração pública, mais flexível e aberta, influenciada pela teoria dos direitos fundamentais. Trata-se de uma pesquisa pura, qualitativa, exploratória, documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito fundamental à boa administração pública ou bom governo. Meio ambiente. Cultura jurídica. Sustentabilidade.

Abstract

Society is slowly recognizing the need to change the parameters of good governance adopted since the Industrial Revolution. This posture of the Anthropocene is clearly self-destructive and demands from society immediate responses, which have been disseminated by renowned authors from different areas of knowledge. In this scenario, it is proposed, through this article, an analysis of the impacts of sustainability on the insatiable patrimonialist paradigm of the Government, as a measure to identify the main changes to be implemented for the realization of fundamental rights to good public administration and the environment. environmentally balanced environment. It is concluded that, in order to enable effective change, it is necessary to conceive and promote a constant interaction between economic growth, human development and respect for the environment, from the opening of the Government to the underlying reality. Therefore, the Public Administration needs to promote the reform of the patrimonialist paradigm in force in the 21st century, based on a sustainable bias. As an unavoidable effort, we identify the immediate training of human resources in order to supersede the current legal culture and enable the right to the future, through the real concern with the preservation and promotion of the healthy environment, for present and future generations. In this line, it is clear that the Administrative Law must appropriate reality, leaving aside the rigid and closed model outdated in favor of a more flexible and open systemic conception of public administration, influenced by the theory of fundamental rights. It is a pure, qualitative, exploratory, documentary and bibliographical research.

Keywords: Administrative Law. Fundamental Right to good administration. Environment. Legal culture. Sustainability.

Introdução

No século XXI, a visão tradicional do direito administrativo, eminentemente positivista, voltada para um sistema com sólida unidade e coerência, dá lugar à compreensão do conceito de boa administração pública, tão multifacetado quanto a própria Administração o é. Isso acontece não somente pela influência do fenômeno da globalização, mas também diante do surgimento de normas transnacionais ou transgovernamentais, o que remete estudiosos da área a conteúdos internacionais que, com frequência, regulam setores da atividade administrativa nacional. Isso acontece, em especial, no contexto do meio ambiente.

Por outro lado, verifica-se, no transcurso do século XX, que as Constituições deixam de representar documento de mera orientação política e assumem o caráter de conjunto de normas jurídicas vinculantes para as autoridades públicas, mediante a implementação do instituto jurídico do controle de constitucionalidade. No Brasil, a Constituição de 1988 disciplina a atuação administrativa com foco nos direitos e deveres de servidores públicos, gestão dos entes estatais, diretrizes para organização de serviços públicos, entre outros.

Nessa linha, o Direito Administrativo aproxima-se do Direito Constitucional, uma vez que é composto por normas constitucionais, legais e regulamentares. Contudo, entre seus elementos constitutivos, figura ainda a cultura jurídica, produzida a partir de teorias, interpretações e práticas destinadas a, por meio do Direito, organizar e controlar efetivamente a Administração Pública e, ainda, assegurar direitos aos particulares.

É preciso observar, a essa altura, que tanto nas normas quanto na cultura administrativista, alternam-se elementos estatistas e antiestatistas, pois a sociedade vive uma dinâmica de profundas e contínuas mudanças, em praticamente todos os campos do conhecimento (como o social, econômico, político e tecnológico). Daí surge a necessidade de analisar a importância da adaptação do Direito Administrativo à realidade no século XXI, considerando-se, para tanto, que a cultura jurídica da Administração Pública é edificada por meio da figura humana, na esfera do pensamento individual.

A Administração Pública assume a obrigação de buscar, de forma direta e ativa, nas normas constitucionais e no ordenamento jurídico como um todo, o fundamento para a solução dos casos concretos que lhes são correlatos, para além da expressa

manifestação do legislador ordinário, a partir da apreciação da realidade subjacente. Como forma de enfrentar esse desafio, ganha destaque, a partir de então, a teoria dos direitos fundamentais, que vem colaborar para a solidez do sistema, de forma a legitimar a existência do Estado Democrático de Direito.

Nessa medida, propõe-se análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, mediante a premissa de que a ação do administrador público deve observar a lei em sentido amplo, que compreende o conjunto formado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, o que inclui regras e princípios.

1 O Direito administrativo no século XXI

O Direito Administrativo vive uma inegável e relevante transição que decorre da contestação a um princípio jurídico visto como fundamental à noção de Administração Pública: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Para os críticos do assunto, tal postulado não passa de uma ferramenta vazia do autoritarismo, mesmo que involuntária².

Com isso, os espaços políticos assumem novas configurações, podendo-se afirmar, até mesmo, que a capacidade de adaptação às mudanças constitui condição intrínseca da própria existência de um contexto democrático de poder no século XXI³. “A reforma da gestão pública propõe introduzir certas flexibilidades e trocar alguns dos controles formais por controles de resultado, dentro de um enfoque de *administração gerencial*.”⁴.

Cumpre ressaltar, a essa altura, que a superação dos poderes autoritários da Administração Pública encontra-se diretamente relacionada à nova condição da supremacia do interesse público sobre o privado no século XXI. Neste cenário, os direitos fundamentais desempenharam um papel fundamental: o de coibir o abuso de poder por parte do Estado.

A teoria dos direitos fundamentais incide na esfera de direitos públicos e privados e produz efeitos perante as três esferas do Poder, de modo a alcançar,

² SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

³ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, p. 47-48.

obrigatoriamente, os atos da Administração Pública. Com razão, foi exatamente esse o contexto para o qual tais direitos foram originariamente criados.

Os direitos fundamentais dispõem, no século XXI, de uma proteção constitucional, legislativa e jurisprudencial sólida. De fato, correspondem à evolução dos direitos humanos, da condição de direitos subjetivos para direitos expressamente tutelados pela ordem jurídica estatal, que veio favorecer o exercício de relações juridicamente justas, em consonância com os dinâmicos valores atribuídos a dado enfoque social e cultural de justiça⁵.

O que se propõe, nesse contexto, não é negar as origens da Administração Pública e de suas rotinas, mas promover o sentido da realidade a partir da reforma no contexto da cultura administrativa, utilizando-se experiências do passado e avanços alcançados para a construção de um futuro mais democrático.

É preciso superar a ideologia aliada ao pensamento sistemático-fechado, que parte de afirmações não demonstradas e sem base empírica para afirmações projetivas de onde, como e por onde caminha a realidade social. Nessa perspectiva, enquanto em uma política ideológica fechada prevalecem as ideias, nas “novas” políticas públicas, aliadas à boa administração, o primordial deve ser as pessoas⁶.

Com razão, não são somente as ideias que enriquecem a vida pública, mas também, e sobretudo, as pessoas que a sustentam. As ideias não contemplam todas as soluções para os problemas que surgem diante dos gestores públicos, em sua rotina de trabalho, nem mesmo nos mais extensos e prolixos sistemas jurídicos.

Ganha destaque, desta feita, o conceito de boa administração ou bom governo, comprometido com a busca de soluções efetivas aos problemas reais enfrentados pela Administração, a fim de melhorar as condições de vida dos cidadãos-usuários⁷. Nessa linha, a combinação dos direitos subjetivos com a construção de relação justa entre Administração e administrado vem propiciar a abertura constitucional pós-moderna e o fenômeno de explosão de novos direitos⁸.

⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006, p. 164-203.

⁶ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁷ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). **Estudos de Direito**

Assim surge o direito fundamental à boa administração ou bom governo, segundo o qual o sujeito individual deve representar o centro da ação pública. Ao gestor público é dado o desafio de praticar atos administrativos coerentes com os direitos fundamentais, plenos de sentido e afastados da mecanicidade característica da administração burocrática⁹.

2 Cultura jurídica administrativista, supremacia do interesse público e direito fundamental à boa administração pública

A cultura jurídica administrativista aponta, desde a Revolução Industrial, para um paradigma patrimonialista insustentável, nas lições de Freitas¹⁰. Interage com outras tradições jurídicas mais antigas (direito privado), paralelas (direito constitucional) ou mais específicas (direito tributário ambiental, urbanísticos, econômico etc.) e com a relação que se observa entre teoria e experiência, que permeia os campos da política, gestão pública e economia¹¹, nas esferas nacional e internacional.

Nessa perspectiva, o direito fundamental à boa administração pública acarreta o dever de observar, nas relações jurídicas administrativistas, a totalidade dos princípios constitucionais vigentes, para além da supremacia do interesse público sobre o privado. Busca-se, com isso, alcançar uma administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com a necessária transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas, sejam elas omissivas e/ou comissivas¹².

Positivado pela primeira em 30 (trinta) de março de 2010, no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, a boa administração não dispõe de previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, seu âmbito de atuação encontra-se estabelecido em dispositivos esparsos da Constituição Federal de

Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006, p. 164-203.

⁹ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração.** Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹¹ SUNDFIELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

¹² FREITAS, Juarez. **Discretariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

1988 (CF/88), como é o caso do art. 37, caput, que versa sobre os princípios da administração pública direta e indireta¹³.

A referência ao termo boa administração, feita na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, corrobora para a delimitação do conceito e da abrangência de um direito fundamental à boa administração pública¹⁴, capaz de influenciar rupturas importantes para a cultura jurídica brasileira.

Nessa linha, o direito à boa administração sinaliza para um tratamento imparcial e equitativo dos administrados, com duração razoável do processo e direito de resposta implícito no contraditório e na ampla defesa. Abrange ainda a publicidade dos atos da administração pública e a necessária motivação das decisões administrativas por parte da Administração Pública, com a decorrente reparação de danos porventura causados pelo ente público, suas instituições ou agentes, no exercício de suas funções. Alcança ainda o direito de obter esclarecimentos perante a Administração, no interesse do cidadão-usuário.

No Brasil, a despeito de não mencionar o direito fundamental em estudo, a Constituição de 1988 possui previsão constitucional expressa de razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º) e tratamento imparcial e equitativo, com base no princípio da igualdade (art. 37, *caput*), com respeito ao contraditório e ampla defesa nos processos administrativos e judiciais (inciso LV do art. 5º).

Há, da mesma forma, expressa menção acerca da publicidade dos atos da administração pública (art. 37, *caput*) e da obrigatoriedade da motivação das decisões administrativas proferidas pelos Tribunais (inciso X do art. 93), cabendo reparação de danos ocasionados pelo ente público, suas instituições ou agentes no exercício de funções públicas (§6º do art. 37). Por fim, observa-se na Constituição brasileira o

¹³ FREITAS, Juarez. **Discretariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

¹⁴ Artigo 41. Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

Este direito compreende, nomeadamente:

a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;

b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;

c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

direito de obter esclarecimentos perante a Administração, nos termos do inciso XXXIV, alínea “b” do seu art. 5º.

Por essa lógica, vislumbra-se, inegavelmente, a presença do conteúdo normativo pertinente ao direito fundamental à boa administração pública ou bom governo no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Logo, o direito fundamental em questão deve ser considerado para fins do exercício adequado da gestão da coisa pública na esfera nacional, no interesse dos administrados.

No que se refere ao rol de beneficiários da boa administração, o direito à boa administração encontra-se restrito ao cidadão europeu enquanto pessoa física, na hipótese do direito de eleger e ser eleito como candidato ao Parlamento Europeu ou a eleições municipais, nos termos dos artigos 39 e 40 da Carta Europeia¹⁵. Contudo, o mesmo não se pode dizer acerca da titularidade do direito à boa administração ou bom governo, prevista nos artigos 43 e 44 subsequentes.

Neste caso, a Carta utiliza a expressão “toda pessoa” para esclarecer o rol de beneficiários, que abrange qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede social num Estado-Membro, sendo esta a terminologia mais adequada, dada a sua inegável correspondência e esclarecedora abrangência¹⁶.

O principal objetivo da boa administração é situar, no centro do sistema jurídico, a pessoa e seus direitos fundamentais. Pessoa esta que pode ser física ou jurídica. Com isso, viabiliza-se a simplificação e ampliação do acesso a acordos entre as partes interessadas, dentro de um contexto de políticas de compromisso com a realidade, com as condições reais de vida dos cidadãos. Como resultado dessa estratégia, vislumbra-se a superação do modelo de administração patrimonialista focada em políticas que se prestam a promover uma ascensão pessoal e profissional na carreira partidária do empoderado¹⁷.

¹⁵ WAKEFIELD, Jill. **The right to good administration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

¹⁶ WAKEFIELD, Jill. **The right to good administration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

¹⁷ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

3 Princípio sustentabilidade e superação do modelo de insaciabilidade patrimonialista da administração pública no século XXI

No Direito Administrativo, vislumbra-se a necessidade premente de quebra do paradigma pautado na “insaciabilidade patrimonialista” ou “calculabilidade insensata”¹⁸. Tais expressões remetem ao estudo da cultura jurídica administrativista.

Com efeito, o conceito de Administração Pública em sentido subjetivo, formal ou orgânico remete ao conjunto de sujeitos que enxergam a si mesmos como profissionais do direito administrativo, usam determinados conhecimentos comuns para atuar e transmitem a sua cultura, de geração em geração¹⁹. São estas pessoas as principais responsáveis pelo direito fundamental à boa administração ou bom governo, sem desconsiderar, é claro, o papel dos administrados para a construção de uma Administração Pública dialógica e eficiente.

Nessa medida, é preciso destacar a necessidade/possibilidade de alinhar a atuação dos gestores públicos ao conteúdo principiológico do direito fundamental à boa administração pública, a partir da ressignificação da cultura jurídica administrativista existente.

O princípio sustentabilidade favorece o exercício do direito fundamental à boa administração, com importantes impactos no direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Com razão, entre os deveres decorrentes da boa administração ou bom governo, destaca-se a defesa e promoção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. De fato, para que a sociedade como um todo promova o desenvolvimento sustentável, é preciso discutir amplamente o fato de que a vida humana não passa de um subsistema do sistema ambiental.

Desta feita, ganha importância a figura de um Estado formador de opinião, consciente, promotor de políticas públicas sustentáveis e do consumo responsável para além dos limites da Administração Pública, com vistas a alcançar e influenciar todos os setores da sociedade civil em prol da efetivação da efetivação do direito fundamental à boa administração e de uma existência mais sustentável.

¹⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 29.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

Enquanto a concepção patrimonialista vivencia sua derrocada a partir da noção de Estado enquanto pessoa jurídica distinta de seu respectivo governante e da teoria da separação das funções estatais, o modelo administrativo burocrático dá lugar à concepção sistêmica ou gerencial, com foco nos aspectos da flexibilidade e eficiência²⁰.

Nesta perspectiva, o modelo sistêmico, conhecido no Brasil como “modelo gerencial”, alinha-se ao espírito do direito fundamental à boa administração ou bom governo a partir do princípio sustentabilidade, que destaca a importância da efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Destacam-se “(...) a ênfase em conexões, a relatividade e a incerteza, ressaltando-se, porque mais interessantes para o tema em foco, a flexibilidade, a interdisciplinaridade, a complementaridade e a ideia de finalidade”²¹. A partir dessa premissa, as relações entre Administração Pública e sociedade deixam de ser verticais e passam a adotar a horizontalidade como aspecto concretizador de um Estado Democrático de Direito Socioambiental, que observa o tripé da sustentabilidade fundado nas bases econômica, social e ambiental²².

Como desafio primeiro, cumpre reformar a mentalidade dos recursos humanos da Administração Pública, pautada em preceitos patrimonialistas e rígidos da administração burocrática. Os servidores públicos encontram-se treinados para encaixar as situações concretas em formas pré-moldadas, aceitas e estáticas, sem compromisso com o teor da ação propriamente dita²³.

É preciso considerar que uma decisão fundada em conceitos engessados e distantes da realidade conduz a conclusões falaciosas e pouco efetivas. Por essa lógica, o gestor e intérprete do direito precisa ter sensibilidade para observar e efetivar as transformações sociais subjacentes. Sundfeld alerta, oportunamente, que “As normas podem ter várias interpretações, mas não *qualquer interpretação*”²⁴.

²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

²¹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, p. 146.

²² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

²³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céritos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céritos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, p. 39.

Há, portanto, uma dúvida da boa administração ou bom governo com a realidade, pois é somente a partir de uma atuação eficiente que se torna possível otimizar o presente e projetar um futuro melhor. Essa realidade, complexa, demanda mudança imediata de paradigma, com vistas a afastar todo o dogmatismo e prepotência existente no estudo de soluções concretas viáveis²⁵. O primeiro passo é considerar que a Administração Pública enfrenta, diariamente, situações para as quais não há solução legal matematicamente formulada.

“O administrativista é um profissional do Direito que, como os outros, utiliza normas jurídicas para fazer seu trabalho”²⁶. Por “normas jurídicas”, compreenda-se tanto regras quanto princípios. Ocorre que a cultura jurídica incorpora consensos que tendem a permanecer por longo tempo, como fator de unidade e estabilidade das decisões administrativas.

Novos desafios surgem a todo instante, independentemente de haver regulamentação do assunto no ordenamento jurídico ou não. Neste caso, o gestor público precisa considerar, dialogicamente, que normas, sejam elas regras ou princípios, bem como ideias e palavras possuem o condão de se consubstanciar em fundamentos juridicamente aceitáveis²⁷.

Assim, a prudencial aplicação dos critérios de análise a cada caso concreto faz-se imperativa, e deve priorizar as pessoas, mas necessita ir além. É preciso ter consciência de que os atos administrativos possuem função instrumental inerente a todos os sistemas de ideias sociais e políticas²⁸.

Para Muñoz²⁹, é a compreensão dinâmica das relações entre o binômio pessoa-sociedade que oportuniza a solução de conflitos em direção a concepções equilibradas. Ost³⁰, por sua vez, aponta para a necessidade de se pensar além, observando vínculos e limites entre o homem e o meio ambiente, o que permite investir em um futuro sustentável, focado no equilíbrio das dimensões econômica, social e ambiental da

²⁵ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, p. 31.

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

²⁸ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁹ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

³⁰ OST, François. **A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

sustentabilidade. Segundo o autor, “Ainda que uma tal localização no tempo apresente sempre uma certa arbitrariedade, podemos fixar no início dos anos setenta o verdadeiro nascimento do direito (administrativo) do ambiente (...).³¹

A essa altura, começa-se a pensar na adaptação dos motores econômicos a uma dada regulamentação administrativa, em decorrência da mutação das funções atribuídas ao Estado no século XX e da caracterização da questão econômica como um problema socioeconômico³². Todavia, mesmo no século XXI, este pensamento não se coaduna com os modelos rígidos e planos prevalecentes na cultura administrativista brasileira, que demonstra notória aptidão de conciliar o pessoal com o social, o estatal com o civil, a liberdade com o ordenamento, o mercado competitivo com a regulação político-econômica³³.

As decisões administrativas se amparam, via de regra, no argumento retórico de que as soluções para todos os casos concretos encontram-se escritas no Direito³⁴, sob o manto da legalidade. Todavia, para a efetivação do direito fundamental à boa administração e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tal visão minimalista representa verdadeira omissão, com prejuízo para as vidas humanas e não humanas, para as atuais e futuras gerações.

Nessa linha, “A sustentabilidade não pode ser um tema efêmero ou de ocasião, mas prova viva da emergência de uma racionalidade dialógica, interdisciplinar, criativa, antecipatória, medidora de consequências e aberta”³⁵.

Com efeito, quando as pessoas são a referência do sistema de organização política, econômica e social, aparece um novo marco no qual a mentalidade dialogante, a atenção ao contexto, o pensamento reflexivo, a busca contínua de pontos na confluência, a capacidade de conciliar e de sintetizar substituem, na substancialização da vida democrática, as bipolarizações dogmáticas e simplificadoras, e dão corpo a um estilo que, como se aprecia facilmente, não supõem referências ideológicas de esquerda ou de direita³⁶.

³¹ OST, François. **A natureza à margem da lei:** ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 119.

³² OST, François. **A natureza à margem da lei:** ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

³³ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração.** Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

³⁵ Juarez Freitas (FREITAS, 2015, p. 29).

³⁶ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração.** Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 34.

No que tange ao polo passivo da obrigação jurídica pelo bom governo, o artigo 51 da mesma Carta enumera as instituições e os órgãos da União Europeia (UE) e, também, seus Estados Membros, na hipótese específica de aplicação da lei da UE nos conflitos de sua competência. Resta indagar, entretanto, se tais normas possuem a efetividade necessária para promover de fato mudanças na realidade subjacente³⁷.

Quanto ao alcance do direito fundamental em questão, no contexto da sociedade europeia (berço da discussão), abrange a maioria das relações jurídicas nas quais as instituições lidam com assuntos de pessoas físicas e jurídicas. Tais “assuntos”, por sua vez, referem-se ao mais amplo espectro de situações cabíveis, incluindo assim todos os contatos feitos entre autoridades administrativas e aqueles que podem ser por eles afetados³⁸.

Isto porque, a Carta fez menção, em seu artigo 41, ao direito de todas as pessoas “a que *seus assuntos* sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável”. Assim, considerando o termo “*assuntos*”, entende-se que o legislador europeu tencionou dar a máxima abstração e abertura ao tema, dado o elevado teor de indeterminação que o vocábulo empregado possui³⁹.

Conclusão

Verifica-se, por meio do presente estudo, que o Direito Administrativo precisa considerar, desde já, que cada situação da vida tem as suas peculiaridades e nem o legislador nem os órgãos de controle são capazes de prever as inúmeras possibilidades fáticas que circundam o administrativista na consecução do interesse público.

Destarte, é possível conceber a efetiva reforma do pensamento patrimonialista que busca respostas prontas no ordenamento jurídico e nas decisões das autoridades judiciais ou administrativas. Constatase, por conseguinte, que as decisões administrativas devem estar amparadas em argumentos razoáveis e coerentes, diante da realidade subjacente, e face a ausência de tratamento legal específico para o assunto.

³⁷ WAKEFIELD, Jill. **The right to good administration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

³⁸ WAKEFIELD, Jill. **The right to good administration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

³⁹ WAKEFIELD, Jill. **The right to good administration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

Enquanto espécie de direito fundamental, o direito à boa administração concentra-se na proteção dos cidadãos em face de abusos passíveis de serem perpetrados pelo Estado. Logo, resta forçoso concluir que resulta, como os demais direitos da mesma categoria, de uma inegável evolução natural do homem.

Foi assim que ganharam espaço os princípios implícitos, para além da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como é o caso da sustentabilidade. Também previstos na Constituição e nas leis, em plena vigência, estes princípios passavam despercebidos na solução dos casos concretos que envolvem a Administração e o administrado, em razão do seu caráter bastante indeterminado e impreciso, como bem pontua Sundfeld⁴⁰. Contudo, constituem mandamentos de observância obrigatória pela Administração, assim como os direitos fundamentais, que, por sua natureza principiológica e inafastável função dignificadora, gozam de proteção estatal.

Logo, sem desconsiderar a indiscutível relevância da noção de *legalidade*, subsiste para os gestores públicos o dever de obediência a outros princípios (em geral ditos “princípios gerais de Direito”) que nem sempre estão escritos ou expressos na lei, mas são dignos de auxiliar o Direito em sua importante missão de regulamentar os fatos da vida humana com dinamicidade. Neste rol se inclui o princípio da sustentabilidade, que exige uma atuação positiva de todos os atores públicos, face a velocidade das mudanças de um mundo globalizado e os inúmeros riscos e perigos com os quais o homem convive no contexto da sociedade de risco.

Todavia, do século XX (anos setenta) para o XXI, é possível constatar, por meio da cultura jurídica administrativista, que ainda não ocorreu de fato o nascimento do direito administrativo do ambiente no Brasil. A propriedade e o mercado continuam marcando a atuação estatal em um modelo patrimonialista e irracional, que se concentra no aspecto estritamente econômico da realidade, deixando de lado as questões sociais e ambientais.

O Direito avança na proteção da boa administração ou bom governo e do meio ambiente como direitos fundamentais, porém não há uma adaptação dos motores econômicos à regulamentação jurídica do assunto. O administrativista precisa superar esse contrassenso e deve conceber sua atuação como o meio de alcançar a finalidade

⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céritos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

precípua da atuação estatal: o interesse público. Do contrário, somente irá distanciar os administrados do gozo dos direitos fundamentais que o ordenamento jurídico pátrio lhes confere.

Reconhecer a incapacidade que o homem possui de esgotar a compreensão da realidade constitui, neste cenário, um importante passo. Isto porque, aceitando sua limitação, o ser humano é capaz de alcançar uma aproximação mais adequada junto aos fatos da vida. Nessa perspectiva, as normas e a cultura do direito administrativo são depósitos onde se deve buscar soluções que contribua, para a construção de um futuro sustentável, no interesse das atuais e futuras gerações.

Desta forma, conclui-se pela necessidade de superar o argumento patrimonialista, dando espaço para o modelo sistêmico em substituição à administração burocrática, que privilegia a ideia de vinculação positiva do administrador à lei. A Administração Pública deve atuar, nessa medida, com o supedâneo do fundamento direto na Constituição.

Desta feita, constata-se que a cultura jurídica administrativista deve, privilegiar a efetivação do direito fundamental à boa administração a partir do princípio sustentabilidade, de forma a promover, por via de consequência, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a partir do dever de obediência às leis e ao Direito.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm>. Acesso em: 14 ago 2019.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006, p. 164-203.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração.** Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OST, François. **A natureza à margem da lei:** ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

WAKEFIELD, Jill. **The right to good administration.** The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

PARTE V

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
E DE CONVENCIONALIDADE**

38. ANÁLISE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ÂMBITO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

*ANALYSIS OF THE CONVENTIONALITY CONTROL AT THE SUPERIOR LABOUR
COURT*



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-38>

Ana Virginia Moreira Gomes¹

Sarah Linhares Ferreira Gomes²

Resumo

O estudo examina em que medida e como o Tribunal Superior do Trabalho – TST reconhece a validade das convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT, analisando um aspecto específico do tema: o exercício do controle de convencionalidade das convenções no âmbito do TST. Para isso, a pesquisa analisa 600 decisões do TST, com recorte temporal de 2009 a 2019. O artigo explora como uma hipótese a ampliação do uso do recurso de revista como meio para o fortalecimento do exercício do controle de convencionalidade por esse tribunal.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade; Tribunal Superior do Trabalho; Organização Internacional do Trabalho; Recurso de Revista.

Abstract

The study examines to what extent and how the Superior Labor Court (TST) recognizes the validity of International Labor Organization (ILO) conventions, analyzing a specific aspect of the topic: the exercise of conventionality control of ILO conventions within the scope of TST. To achieve this goal, the research analyzes 600 TST decisions, within the 2009 to 2019 timeframe. The article explores as a

¹ Doutora pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutorado na School of Industrial and Labor Relations da Cornell University. Professora da Pós-Graduação em Direito Constitucional e do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Coordena o Núcleo de Estudos Sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social (NETDS) da Universidade de Fortaleza. Endereço eletrônico: avmgomes@gmail.com

² Advogada. Ex-pesquisadora Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PROBIC) e membro do Núcleo de Estudos Sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social (NETDS) da Universidade de Fortaleza. Endereço eletrônico: sarahlferrereiragomes@hotmail.com

hypothesis the broadening of the use of the review appeal as a means for the strengthening of the conventionality control exercise by this court.

Keywords: Conventionality Control; Superior Labor Court; International Labor Organization; Review Appeal.

Introdução

As convenções internacionais aprovadas no âmbito da OIT constituem um sistema de normas que buscam universalizar condições justas e decentes de trabalho. O Brasil, como membro originário da OIT, já ratificou 97 das 190 convenções da OIT.³ A ratificação das convenções constitui passo essencial, porém insuficiente, para se assegurar o efetivo cumprimento dos direitos ali protegidos. O reconhecimento da validade dessas normas internacionais pelas cortes nacionais é uma das formas de se assegurar que os Estados cumpram suas obrigações internacionais perante a OIT.

Nesse sentido, este estudo tem como objetivo examinar em que medida e como o Tribunal Superior do Trabalho – TST reconhece a validade das convenções da OIT, analisando um aspecto específico do tema: o exercício do controle de convencionalidade das convenções no âmbito do TST. A pesquisa explora como uma hipótese a ampliação do uso do recurso de revista como meio para o fortalecimento do exercício do controle de Convencionalidade por esse tribunal.

A análise é realizada através de pesquisa bibliográfica e documental, por meio de livros, artigos científicos, revistas. Ademais, o estudo realizou uma pesquisa empírica, a partir da obtenção de dados coletados no sítio do TST, especificamente em consulta jurisprudencial, utilizando-se o termo “convenção da OIT”. Foram analisadas 600 decisões judiciais, com recorte temporal de 2009 a 2019, sendo 60 decisões judiciais por cada ano. A abordagem do presente trabalho, é, portanto, de natureza quantitativa e qualitativa, aplicando-se o critério de representatividade numérica para a compreensão dos dados coletados e a análise das fundamentações jurídicas das decisões. Ressalta-se que os dados foram tabulados através do software para análise quantitativa, *Statistical Package for the Social Sciences* (SPSS versão 21) e estão apresentados na forma descritiva por meio de tabelas.

³ Ver ILO. NORMLEX. Disponível on line: <<https://www.ilo.org/dyn/normlex/>>. Acesso em 24/8/2019.

A pesquisa foi financiada pelo Edital EDITAL PROBIC/FEQ/UNIFOR 2018.⁴

O Controle de Convencionalidade no Brasil

Inerente ao processo de concretização do Estado Democrático de Direito, culminante dos esforços promovidos na promulgação da Constituição Federal de 1988, a evolução do sistema jurídico pátrio prevê, além da produção normativa interna realizada pelo Congresso Nacional, a necessidade de inclusão de garantias e direitos fundamentais derivados da ratificação de tratados e convenções, compreendida nas relações estabelecidas entre o Brasil e a comunidade internacional. A inclusão desses elementos normativos na ordem jurídica interna cria, todavia, questionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca de sua posição hierárquica no sistema jurídico doméstico. Essa é uma questão essencial para se assegurar a eficácia dos tratados ratificados diante de potenciais conflitos desses com normas internas.

A reforma promovida pela incorporação da Emenda Constitucional - EC nº 45 de 2004, que incluiu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal de 1988, trouxe ao Brasil uma nova regra sobre a internalização e hierarquia dos tratados de direitos humanos - TDHs. O Congresso Nacional, ao decidir acerca da ratificação e internalização dos TDHs, pode conferir a esses a hierarquia jurídica equivalente às emendas constitucionais, se aprovada a ratificação por meio de votação realizada em cada Casa em dois turnos, com o quórum mínimo de três quintos dos votos dos respectivos membros.⁵

Com a promulgação da EC nº 45, restaram questionamentos acerca de sua aplicabilidade a TDHs já ratificados e em vigor. Em decisão relativa à possibilidade da prisão civil para o depositário infiel, no julgamento do RE 466.343/SP, o Supremo Tribunal Federal - STF harmonizou a questão, conferindo a esses TDHs o caráter supralegal. No que tange aos tratados comuns, relativos a temas não compatíveis com a promoção dos direitos humanos, o STF entendeu que os tratados internacionais comuns ainda guardam relação de paridade hierárquica com o ordenamento jurídico

⁴ Agradecemos a contribuição do aluno do programa de iniciação científica da Universidade de Fortaleza, Guilherme Arraes Alencar Cunha.

⁵ ALMEIDA, Antoniel Lima. O controle jurisdicional de convencionalidade no direito brasileiro. RJurFA7, Fortaleza, v. IX, n. 1, p. 9-20, abr. 2013, p. 10.

brasileiro. Em meio ao julgamento, duas teses preponderavam entre os ministros. A primeira, elaborada pelo ministro Celso de Mello, garantia aos tratados a natureza constitucional, uma vez que incidiria sobre eles “o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção de bloco de constitucionalidade”.⁶ A segunda tese, vencedora por votação apertada de 5 votos contra 4, foi elaborada pelo ministro Gilmar Mendes. Para o ministro, a inclusão do § 3º no art. 5º:

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.⁷

Na doutrina, Mazzuoli⁸, em artigo produzido como síntese de sua tese, examinou a posição adotada pelo STF acerca da hierarquia conferida aos tratados recepcionados pelo Brasil antes da EC nº 45. Para o autor, o voto do ministro Gilmar Mendes se mostra insuficiente na medida em que os tratados comuns não estariam em nível de paridade com a norma infraconstitucional, pois não poderiam ser revogadas por advento de lei posterior. Dessa forma, o status supralegal não deveria ser conferido aos TDHs, e sim aos demais tratados. Quanto aos TDHs, Mazzuoli persegue o entendimento de Celso de Mello, já que esses já teriam hierarquia constitucional independentemente de quórum de votação.⁹ Com base na EC nº 45, os TDHs viriam a ser recepcionados como materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), de modo que, além do controle de constitucionalidade já realizado, decorre do sistema constitucional a exigência do controle de convencionalidade, que consistiria na análise de compatibilidade da lei produzida internamente no país com os TDHs ratificados e em vigor.¹⁰

⁶ STF, Jurisprudência, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 24/8/2019.

⁷ STF, Jurisprudência, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 24/8/2019.

⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009.

⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 121

¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 114

Ao se analisar a natureza hierárquica dos tratados, Mazzuoli¹¹ observou a peculiaridade inerente aos tratados comuns, aqueles que versaram sobre temas distintos dos direitos humanos e de garantias fundamentais, uma vez que tais instrumentos teriam status de norma supralegal. Ambos os tipos de tratados serviram como mecanismos para o controle das normas infraconstitucionais no país, apesar de uma distinção: o controle de convencionalidade seria reservado apenas aos tratados de direitos humanos, enquanto que os tratados comuns exerceriam um controle relativo à legalidade das normas.

O novo entendimento elaborado pela doutrina com base na alteração advinda da EC nº 45 veio a propiciar uma inovação no entendimento de validade e vigência no caso de conflito entre tratados ratificados e em vigor e normas internas. Conforme Mazzuoli, a lei deve ser compatível não só com a Constituição, mas também com os tratados internacionais. Dessa maneira, uma norma prevista no ordenamento jurídico, de acordo com os preceitos constitucionais, poderia ter sua vigência assegurada, mas sua validade viria ser comprometida em decorrência de afronta ao que o autor chama de dupla compatibilidade vertical material:

Para que exista a vigência e a concomitante validade das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja, a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.¹²

Com enfoque específico no controle de convencionalidade, têm-se como principal intuito a sistematização baseada na compatibilidade entre os atos jurídicos advindos da produção normativa do país com os compromissos firmados frente à comunidade internacional. Para tanto, o controle de convencionalidade é exercido via controle difuso, na medida em que o juiz e os tribunais possuem o dever de observar e aplicar os tratados internacionais, declarando a invalidade de normas infraconstitucionais, ou pela via concentrada, realizada de maneira concentrada pelo STF ou uma corte internacional.

¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 114

¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 117.

Este estudo foca no controle de convencionalidade exercido no caso das convenções internacionais aprovadas pela OIT nas decisões do TST. Apesar das convenções da OIT serem passíveis, com a aplicação do §3º do art. 5º da Constituição Federal, de serem incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio com a equivalência de emenda constitucional, a mesma controvérsia existente sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais apresenta reminiscências no tocante a essas normas internacionais.

A regra trazida pela EC nº 45, até o momento da redação deste estudo, somente havia sido aplicada no caso da internalização de dois tratados internacionais, quais sejam, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo; e o Tratado de Marraqueche sobre a acessibilidade a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades. Retrato da inadequação por parte do Congresso Nacional quanto ao uso do procedimento: cinco convenções internacionais da OIT já foram ratificadas e internalizadas pelo Brasil após 2004, ano da promulgação da EC nº 45, porém em nenhum desses casos o Congresso Nacional decidiu adotar o procedimento do §3º do art. 5º da Constituição Federal.¹³ A doutrina de forma majoritária defende que as convenções internacionais da OIT são consideradas tratados que versam sobre direitos humanos, nesse ponto de vista, Carlos Husek alude:

As convenções internacionais do trabalho, da OIT, poderiam ser consideradas tratados de direitos humanos? Entendemos que sim, porque os direitos sociais são fundamentais, representam direitos a uma vida digna, plena, de exercício da cidadania, de erradicação da pobreza, de valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, de uma sociedade livre, solidária e justa, de prevalência dos direitos humanos, de repúdio ao racismo e outras formas de manifestação do poder. Desse modo, arriscamos: as convenções internacionais do trabalho assinadas e ratificadas pelo Brasil são tratados de direitos humanos e não podem ser contrariadas por lei ordinária.¹⁴

Para Mazzuoli & Franco¹⁵, as convenções internacionais do trabalho seriam

¹³ MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira; FRANCO, Georgenor de Sousa Filho. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 167, ano 42, p. 169-182, jan./fev. 2016, p. 175.

¹⁴ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso Básico de Direito Internacional Público e Privado no Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 128.

¹⁵ MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira; FRANCO, Georgenor de Sousa Filho. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 167, ano 42, p. 169-182, jan./fev. 2016.

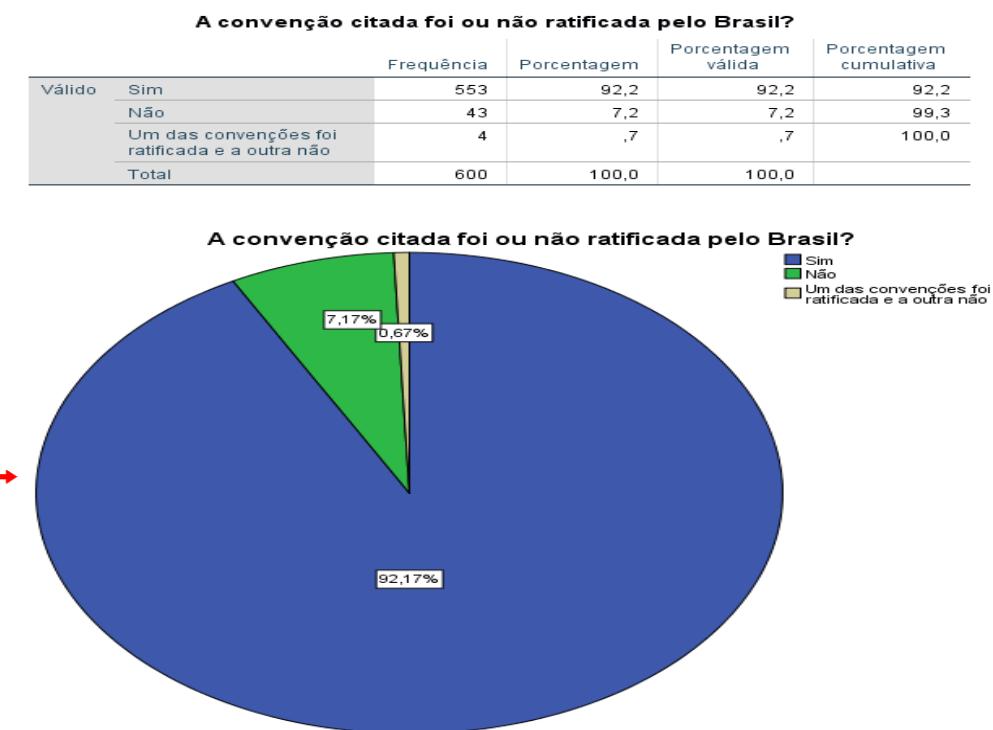
consideradas TDHs em sua síntese, vindo a ingressar no sistema jurídico brasileiro com a materialidade constitucional, conforme o §2º do art. 5º. Para Bomfim¹⁶, no entanto nem todas as convenções da OIT poderiam ser passíveis de serem consideradas como tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que a alcunha da norma só seria passível de ser concedida diante do atendimento do chamado “tríplice conteúdo da dimensão ética”, que consiste na existência dos preceitos da: cidadania, dignidade e justiça social. De todo modo, no que concerne ao grau hierárquico das convenções da OIT no sistema pátrio nacional, acredita-se como preponderante o entendimento de que tais normas são dotadas de hierarquia supralegal no direito interno, na medida em que versam sobre direitos humanos, cabendo aos tribunais brasileiros sua aplicação e a consonância com a legislação ordinária.

O Controle de Convencionalidade no âmbito do TST: uma análise quantitativa

Com base na pesquisa empírica realizada, inicialmente, foi levantada uma hipótese com o escopo de verificar se as convenções da OIT citadas nas 600 decisões judiciais coletadas foram ratificadas ou não pelo Brasil. Tendo sido a convenção ratificada, a norma deve ser integrada ao ordenamento jurídico interno, respeitada a sua validade e vigência. Constatou-se que 553 decisões judiciais citadas foram ratificadas pelo Brasil, conforme demonstra o gráfico abaixo.

¹⁶ BOMFIM, Breno Késsia Simplicio do. **Controle de Convencionalidade na Justiça do Trabalho**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017, p. 50-51.

Gráfico 1 - A convenção da OIT como objeto de ratificação pelo Brasil



Fonte: Adaptado do TST.

Assim, faz-se necessário mencionar a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade nos casos que houve a ratificação das convenções da OIT pelo Brasil, caso tratem-se de tratados que versem sobre direitos humanos e que não foram incorporados pelo procedimento do artigo 5º, §3º da CRFB/88, uma vez que de acordo com o entendimento do STF e da doutrina majoritária, tais normas possuem hierarquia de suprallegalidade, servindo como parâmetro para a validade das normas infraconstitucionais. Nessa linha de raciocínio, Bomfim¹⁷ alude a importância do reconhecimento e da aplicação do controle de convencionalidade pelos magistrados e tribunais brasileiros:

De nada adianta o Brasil ratificar os tratados perante a comunidade internacional e internalizá-los na ordem jurídica interna se não os aplicar e compatibilizar com o ordenamento jurídico como um todo. Os juízes e Tribunais devem estar atentos a tal integridade de forma que suas decisões se mostrem compatíveis com a ordem jurídica interna e internacional. Vale ressaltar que, ao internalizar um tratado por meio da promulgação de um decreto, o País passa a considerá-lo como

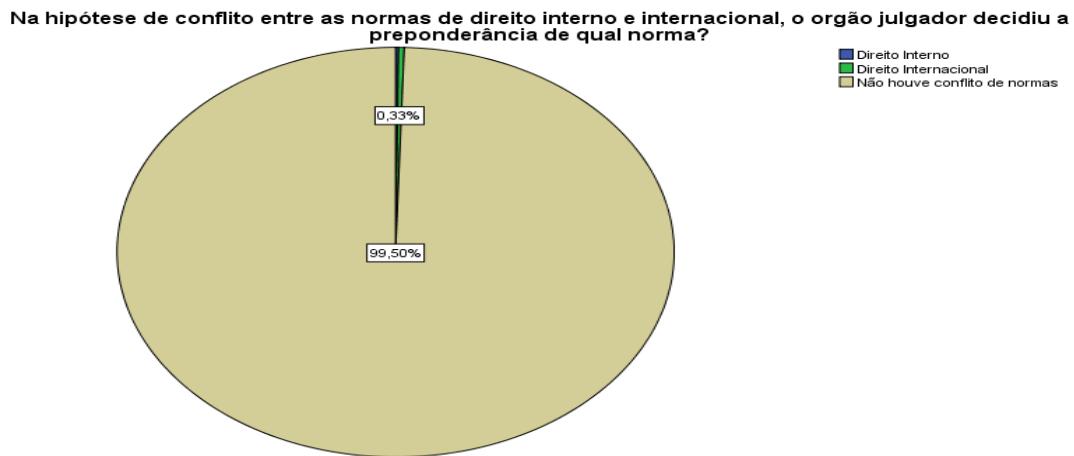
¹⁷ BOMFIM, Breno Késsia Simplicio do. **Controle de Convencionalidade na Justiça do Trabalho**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017, p. 82.

parte de seu ordenamento jurídico, sem qualquer distinção das leis produzidas pelo parlamento interno.

Entretanto, inobstante a imprescindibilidade do exercício do controle de convencionalidade, os dados indicam que das 600 decisões judiciais coletadas, apenas três fundamentam sua argumentação na existência de uma antinomia, isto é, um conflito de normas, no caso, interna e internacional. Ademais, nenhuma decisão utilizou o termo “controle de convencionalidade”.

Gráfico 2 - Conflito entre norma interna e convenção internacional da OIT

Na hipótese de conflito entre as normas de direito interno e internacional, o orgão julgador decidiu a preponderância de qual norma?				
Válido	Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Direito Interno	1	,2	,2	,2
Direito Internacional	2	,3	,3	,5
Não houve conflito de normas	597	99,5	99,5	100,0
Total	600	100,0	100,0	



Fonte: Adaptado do TST.

As decisões judiciais, que discutiram sobre o conflito entre normas interna e internacional, versaram sobre as convenções internacionais da OIT nº 141, nº 171 e nº 181 que aludem sobre as seguintes matérias: organização dos trabalhadores rurais, trabalho noturno, e, por fim, às agências de empregos privados, respectivamente.

No caso referente à Convenção nº 141 da OIT, especificamente no processo sob o nº 101040-51.1999.5.15.0120, a Sexta Turma do TST, em sessão realizada no dia 25 de novembro de 2009, manifestou entendimento pela preponderância da norma

internacional, em razão de ser mais benéfica ao trabalhador e pela sua hierarquia supralegal. A lei 5.889/73 que regulamenta o trabalho rural, identifica o trabalhador rural, tendo em vista as atividades do empregador. Já a referida norma da OIT caracteriza tal espécie de empregado, a partir do exercício de atividades exercidas por ele, sendo assim considerado, caso labore em atividades agrícolas, artesanais ou outras semelhantes. Desse modo, a decisão judicial em discussão entendeu que a convenção nº 141 da OIT ampliava o conceito de trabalhador rural, possibilitando, no caso concreto, a aplicação dos direitos destinados a tal espécie de trabalhador. Ademais, o TST entendeu que a norma internacional versava sobre direitos humanos, possuindo, dessa maneira, hierarquia de supralegalidade, o que ensejou a preponderância na norma internacional.

No que concerne à decisão judicial relativa à Convenção nº 171 da OIT, no processo de nº 10065-53.2016.5.03.0012, a Terceira Turma do TST, por ocasião da sessão realizada no dia 13 de dezembro de 2017, discutiu sobre o conflito entre a Convenção nº 171 da OIT e o artigo 73, §2º da CLT. A primeira norma, determina que o trabalho noturno é aquele exercido entre 24 horas às 5 horas, já a segunda norma define como trabalho noturno aqueles realizado entre 22 horas às 5 horas. Tal discussão tinha o intuito de verificar se era ou não devido o adicional noturno para o trabalhador que laborou poucos minutos depois das 22 horas.

A decisão reconheceu o conflito entre a norma internacional e norma interna, mas afastou a incidência da primeira, em face da norma constante na CLT ser mais benéfica ao trabalhador, visto que proporcioná-lo-ia o direito ao adicional noturno. Verifica-se, assim, obediência ao artigo 19, §8º da Constituição da OIT que consagra o princípio da norma mais benéfica ao trabalhador.

Nesse mesmo sentido, Valério Mazzuoli¹⁸ expõe que um dos fundamentos da OIT é a universalização das normas trabalhistas, sendo assim, não seria benéfico para o trabalhador que as normas constantes nas convenções da OIT fossem menos favoráveis do que com relação à legislação interna. O ordenamento internacional e nacional “devem atuar de forma integrada para assegurar a plena vigência dos direitos humanos, devendo o direito interno priorizar a incorporação dos padrões de

¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do Princípio Pro Homine. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 39, n. 152, p. 11-34, jul/ago. 2013, p. 246.

proteção requeridos pelos tratados de direitos humanos, especialmente os trabalhistas editados pela OIT”.¹⁹

No que se refere à decisão que versou sobre a Convenção nº 181 da OIT, no processo de nº 1829-57.2016.5.13.005, a Quarta Turma do TST, na sessão que aconteceu no dia 18 de dezembro de 2018, intermediou conflito referente à aplicação da legislação nacional ou estrangeira na celebração de um contrato trabalhista. Na demanda em discussão, os recorrentes argumentaram que a CLT não seria aplicada, pois o contrato celebrado entre as partes havia sido firmado para prestar serviços em uma embarcação, em território distinto do território brasileiro. Desse modo, reconhecendo tal argumento, foi aplicada a Convenção nº 181 da OIT, que dispõe acerca das agências de emprego privadas, afastando, assim, a incidência da legislação trabalhista brasileira.

A pesquisa indica que o controle de convencionalidade pouco vem sendo exercido no âmbito do TST, não sendo sequer objeto de discussão pelos julgadores, não obstante a sua importância e imprescindibilidade para a efetiva integração entre o direito internacional e o direito nacional. Um dos fundamentos para a não aplicação do controle de convencionalidade na seara do referido tribunal, observado na pesquisa empírica, é a ausência da hipótese de cabimento no artigo 896 da CLT, referente a lesão ou inobservância às convenções internacionais da OIT, o que será abordado no tópico seguinte.

Controle de Convencionalidade e Recurso de Revista

No âmbito do TST, observa-se a tese de lesão ou inobservância a convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, em sede do recurso de revista, como forma do recorrente tentar reverter a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho, no sentido da satisfação dos seus direitos trabalhistas.

Foi constatado na pesquisa empírica que, das 600 decisões analisadas, a maioria - 323 decisões - não aplicava as convenções da OIT. Os casos de não aplicação fundamentaram-se, com frequência, na ausência da hipótese de cabimento recursal

¹⁹ MELATI, André Vinicius. Normas da OIT e o direito interno. **Revista Eletrônica Tribunal Regional do Paraná**, 3 ed., ano 1, n. 2, p. 103-136, dez. 2011, P. 132.

do recurso de revista no artigo 896 da CLT²⁰ referente à lesão ou inobservância às convenções internacionais, ocasionando a sua inadmissibilidade. Quando a convenção da OIT era aplicada por ocasião de tal espécie recursal, baseava-se conjuntamente em outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, utilizando a norma internacional, apenas como “argumento subsidiário”, quase como uma fonte material.

O recurso de revista possui previsão no artigo supracitado e é considerado “um recurso eminentemente técnico”²¹, que possui o escopo de assegurar a uniformização da interpretação da legislação no âmbito dos tribunais do trabalho. Não possui, assim, o intuito, de apreciar aspectos fáticos, mas tão somente questões jurídicas.²² Uma das suas hipóteses de cabimento, dentre outras, concerne à decisão judicial que violar “literal disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal”.²³

²⁰ Como exemplo, cita-se trecho da decisão proferida pela terceira turma do TST, na sessão realizada no dia 04 de junho de 2008, no processo nº 44414/2002-900-06-00.1 que denegou o Recurso de Revista por ausência da hipótese de cabimento de lesão ou inobservância à convenção da OIT: “A reclamante aponta ofensa aos arts. 462 da CLT e 7º, XIV, da Carta Magna, além de colacionar arrestos. Invoca os termos do artigo 6º da Convenção nº 95 da OIT. Registre-se, inicialmente, que não existe no ordenamento jurídico a previsão de cabimento do recurso de revista por desrespeito à convenção da OIT”. No mesmo sentido, a segunda turma do TST, nos autos do processo nº 425.949/98.0, por ocasião da sessão realizada no dia 05 de setembro de 2001, manifestou o seguinte entendimento: “em suas razões vem o reclamante alegando divergência jurisprudencial com os arrestos de fls. 99/105 e violação da convenção nº 158/OIT, sustentando que esta convenção é constitucional, auto executável em virtude de sua ratificação e impede dispensas que não sejam socialmente justificáveis em todo o território nacional. Cumpre ressaltar, em princípio, que não se encontra albergada pelo artigo 896, ‘c’, da Consolidação das Leis do Trabalho a hipótese de cabimento da Revista por violação de convenção da OIT”.

²¹ Art. 896 da CLT: Cabe Recurso de Revista para Turma do TST das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a; c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

²² SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: Método, 2009, p. 555.

²³ Art. 896 da CLT: Cabe Recurso de Revista para Turma do TST das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a; c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

Ademais, o artigo 896 da CLT que consagra a previsão das hipóteses de cabimento do recurso de revista é considerado um rol taxativo, não admitindo, portanto, a sua interposição em outros casos que não estejam previstos em lei. Está sujeito, também, ao duplo juízo de admissibilidade, sendo esse exercido tanto por o juízo *a quo*, quanto pelo juízo *ad quem*.²⁴ Nessa fase recursal, são analisados os requisitos de admissibilidade, e caso sejam satisfeitos, realiza-se a apreciação meritória do recurso interposto.

Desse modo, observa-se que a ausência da hipótese de cabimento do recurso, referente à lesão ou inobservância a tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, constitui um óbice para a apreciação meritória das convenções da OIT no âmbito do TST, ocasionando, por conseguinte, a inadmissibilidade recursal. Entretanto, já existem decisões pontuais que admitem essa espécie de recurso em face da violação de tratados internacionais, como verificado no acordão proferido pela sétima turma do TST nos autos do processo de nº 1076-13.2012.5.02.0049, em sede do agravo de instrumento em recurso de revista, na sessão realizada no dia 24 de maio de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PROTEÇÃO JURÍDICA E ACESSO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. DIREITO ÀS ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS. OBRIGAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO PERANTE A SOCIEDADE INTERNACIONAL. SISTEMAS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES PRIVADAS. PERSPECTIVA CONSOLIDADA PELA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, DE 2007, APROVADA NO ÂMBITO INTERNO COM EQUIVALÊNCIA A EMENDA CONSTITUCIONAL, E PELA LEI Nº 13.146/2015 - LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA). RESPONSABILIDADE E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível afronta aos artigos 2 e 27, 1, "i", da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (RR-1076-13.2012.5.02.0049 Data de Julgamento: 24/04/2019, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/05/2019).²⁵

²⁴ PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho*. 5a. ed., São Paulo, Saraiva, 2018, p. 791.

²⁵ Para acessar a decisão do Tribunal Superior do Trabalho na íntegra, acessar o sitio eletrônico: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&co_nscsjt=&numeroTst=1076&dígitoTst=13&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0049&submit=Consultar>

No caso, discutia-se a possibilidade de processamento do recurso de revista em face da inobservância aos artigos 2º e 27, inciso I, alínea “i” da Convenção das ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com o objetivo de possibilitar a apreciação do mérito recursal pelo TST. O agravo de instrumento foi julgado procedente, possibilitando a apreciação meritória do recurso de revista, que posteriormente também foi julgado procedente, no sentido da aplicação da norma internacional.

O processo versava sobre o caso de uma ex-empregada de uma determinada instituição bancária que solicitou a facilitação de acesso ao ambiente de trabalho, uma vez que essa possui limitação física, sendo vítima de paralisia cerebral, contudo, o pedido foi negado. O TRT da 2ª região manifestou entendimento de que “inexiste no ordenamento jurídico, e mesmo no complexo das normas tuitivas do deficiente, qualquer previsão que obrigue a distribuição geográfica dos postos de trabalho” e “a mudança de local de trabalho, desde que não implique alteração do domicílio do empregado, está inserida no poder diretivo do empregador, conforme se infere do art. 469 da CLT, não configurando alteração contratual lesiva”.

Contudo, a Sétima Turma do TST, modificou o entendimento emanado pelo TRT da 2ª região, determinando a condenação do banco ao pagamento de indenização por danos morais equivalente a R\$ 100 mil reais, com base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Entendeu o relator do recurso, ministro Cláudio Brandão, que “não mais se admite postura passiva das empresas em relação ao direito às adaptações razoáveis” e também “não lhes cabe apenas oferecer vagas para pessoas com deficiência ou reabilitadas e esperar que se adequem ao perfil exigido”. Ainda, fundamentou sua decisão com base na Convenção nº 159 da OIT que versa sobre a reabilitação profissional e o emprego de pessoas com deficiência, ratificada pelo Brasil.

A argumentação da decisão examinada partiu do reconhecimento da validade da norma, reconhecendo as obrigações estatais perante a comunidade internacional, de forma a garantir uma maior proteção ao direito dos trabalhadores. Nesse sentido, Bomfim²⁶ alude que “a máxima efetividade dos direitos humanos, assim, deve ser

²⁶ BOMFIM, Breno Késsia Simplício do. **Controle de Convencionalidade na Justiça do Trabalho**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017, p. 46

sempre garantida por meio do diálogo entre a legislação interna e a internacional ratificada”.

A decisão da sétima turma do TST demonstra um avanço no posicionamento do TST acerca da possibilidade de interposição do recurso de revista em face de tratados internacionais, devendo o caso ser utilizado como paradigma para alcançar também, a apreciação meritória das convenções da OIT. Para tanto, faz-se necessária uma interpretação extensiva do artigo 896, inciso “c” da CLT que expressa a hipótese de cabimento de lesão à legislação federal e à Constituição Federal.

Conclusões

Os dados examinados nesta pesquisa indicam ser insuficiente o exercício do controle de convencionalidade no âmbito do TST, mesmo tendo as convenções da OIT hierarquia supralegal. A pesquisa propõe a ampliação das hipóteses de cabimento do recurso de revista no TST como meio para o fortalecimento do exercício do controle de convencionalidade. Como o STF²⁷ adota o entendimento de que os TDHs possuem a hierarquia supralegal, sendo, desse modo, superiores hierarquicamente à legislação infraconstitucional (em qualquer esfera de poder, seja federal, estadual ou municipal), o recurso de revista deve englobar a hipótese de cabimento concernente à lesão ou inobservância das convenções internacionais da OIT.

Referências

ALMEIDA, Antoniel Lima. O controle jurisdicional de convencionalidade no direito brasileiro. *RJurFA7*, Fortaleza, v. IX, n. 1, p. 9-20, abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343. Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 03/12/2008, publicado em DJ 05/06/2009 PP-01106. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Recurso de Revista nº 1076-13.2015.5.02.0049, Tribunal Superior do Trabalho. Publicação **Diário Eletrônico de Justiça**, Julgamento 24 abril de 2018, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Disponível em:

²⁷ O entendimento do STF acerca da suprallegalidade dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos foi explanado no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP e Habeas Corpus nº 87.585/TO. Para visualizar as decisões, acessar o sítio eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> e <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pa>>

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&consesjt=&numeroTst=1076&dígitoTst=13&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0049&submit=Consultar>>. Acesso em: 22 maio 2019.

BOMFIM, Breno Késsia Simplício do. *Controle de Convencionalidade na Justiça do Trabalho*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso Básico de Direito Internacional Público e Privado no Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira; FRANCO, Georgenor de Sousa Filho. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, vol. 167, ano 42, p. 169-182, jan./fev. 2016.

MELATI, André Vinicius. Normas da OIT e o direito interno. *Revista Eletrônica Tribunal Regional do Paraná*, 3^a. ed., ano 1, n. 2, p. 103-136, dez. 2011.

PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho*. 5^a. ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6^a. ed. São Paulo: Método, 2009.

39. A INFLUÊNCIA DO DIÁLOGO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS COM A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NACIONAL PÓS INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

THE INFLUENCE OF DIALOGUE IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS WITH THE NATIONAL CONSTITUTIONAL JURISDICTION AFTER THE INTERNATIONALIZATION OF HUMAN RIGHTS



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-39>

Grégora Beatriz Hoffmann¹

Resumo

Diante das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, assegurar a proteção dos direitos humanos passou a ser não apenas um plano nacional como também internacional. Na América Latina, após a criação da Organização dos Estados Americanos, aprovou-se a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com competência consultiva e contenciosa, encarregado da aplicação, interpretação e garantia dos direitos humanos nos Estados que reconhecem sua jurisdição e incorporaram o Pacto de San José da Costa Rica. Nessa perspectiva, o sistema interamericano tem como objetivo de estabelecer padrões mínimos comuns em matéria de direitos humanos, bem como o controle do acordado pelos Estados partes pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana, sendo que esta última constitui-se como jurisdição vinculante, principalmente através de suas sentenças. Entretanto, a efetividade das decisões da CIDH depende também da cooperação dos Estados partes em utilizá-las como inspiração para fundamentar as decisões internas, isto é, a aplicação na prática do *corpus iuris* americano. Sendo assim, questiona-se o grau de importância do diálogo entre a

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Profª Pós-Dra Mônica Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Funcionária pública municipal. E-mail: gregorahoffmann@gmail.com.

jurisdição nacional e internacional, bem como do controle de convencionalidade, distinguindo-o do controle constitucional, na construção do *corpus iuris* americano e na proteção efetiva de direitos humanos.

Palavras-chave: Internacionalização dos direitos humanos; diálogo interjurisdiccional; controle de convencionalidade; sistema interamericano.

Abstract

Aside from the alteration in the character of the Constitutions after the Second World War, as well as the inception of fundamental rights, a significant change has been noticed in the worldwide context regarding the protection of human rights. In the face of atrocities committed during the war, ensuring the protection of human rights has become not only a national but also an international plan under any circumstance. In Latin America, after the creation of the Organization of American States and the Pact of San José Pact of Costa Rica, the creation of the Inter-American Court of Human Rights, a court with advisory and adjudicatory competence, was entrusted with the application, interpretation and guarantee of human rights. whose jurisdiction is subordinate to States. The Inter-American system has as its main goal to establish common minimum standards regarding human rights, as well as a control over the agreement held by the states from the Inter-American Commission of Human Rights and the Inter-American Court, taking into account that the last has binding jurisdiction. However, the effectiveness of the decisions from CIDH also depends on the cooperation from the joined states to use it as inspiration to make internal decisions, which means to use the Inter-American corpus juris. Thus, one question the importance of a dialogue between the national and international jurisdiction and the control of conventionality, distinguishing it from the conventionality control from the Inter-American corpus juris in the effective protection of human rights.

Keywords: Internationalization of human rights; interjurisdictional dialogue; control of conventionality; Inter-American system.

1 Introdução

O processo de internacionalização do direito ocorreu paralelamente ao surgimento dos Estados Democráticos de Direito, em âmbito interno, principalmente

no contexto pós Segunda Guerra. Para evitar que se repetissem as graves violações de direito perpetuadas pelos regimes autoritários, pela primeira vez na história da humanidade se estabeleceu uma tutela universal dos direitos humanos a partir da perspectiva de titularidade de direito associada a figura da pessoa humana e a ela intrínseca independente do seu Estado nacional.

Dessa forma, se até então o direito internacional apenas regulava relações comerciais entre os Estados, voltando suas normativas para esses, agora passa a tutelar também normas dirigidas às pessoas. Nesse contexto também surgem os sistemas regionais de proteção de direitos humanos, dentre os quais destaca-se o Interamericano.

Nessa perspectiva, o presente estudo inicialmente faz um retrospecto histórico dos direitos humanos e dos direitos fundamentais principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a concepção de Estado Democrático de Direito e o novo grau de importância conferido à Constituição nessa nova ordem. Ademais, elenca pontos importantes sobre o Pacto de São José da Costa Rica e a criação da Corte Interamericana de Direitos.

Em seguida, considerando o surgimento do Sistema Interamericano e o uso do *corpus iuris interamericano* para harmonização do direito interno, analisa-se o diálogo interjurisdiccional entre os tribunais nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento para a adequada proteção dos direitos humanos frente a pluralidade normativa e a ordem jurídica complexa atual.

Por fim, verifica-se o grau de influência do controle de convencionalidade, junto às teorias dialógicas e do interconstitucionalismo para a evolução e atualização da jurisdição nacional.

2 Nova ordem constitucional no Estado Democrático De Direito

Com a adoção de um modelo de Estado Democrático de Direito e com as preocupações trazidas com a 2^a Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ocupar um lugar de destaque na organização estatal e, em razão de gerarem uma vinculação do legislador à sua garantia, trouxeram uma dimensão diferente à noção de Constituição. Esta, com o advento do Estado Social, passou a regular mais aspectos, entre eles as relações entre sociedade e indivíduos, não se restringindo

apenas às regulações de direitos individuais e negativos como até então ocorria no Estado Liberal².

Portanto, o papel do Estado sofreu alterações, passando o mesmo de uma postura negativa e abstencionista, pautada na não intervenção como garantia de direitos do cidadão, a uma postura prestacional, com o dever de intervir para assegurar a realização e promoção de direitos, prestados por meio de serviços. A discriminação positiva também se torna uma característica, pois há a concepção de que é necessário tratar os desiguais de forma desigual e não como ocorria no Estado liberal, onde havia uma igualdade formal e não material, onde a não intervenção não garantia qualquer condição de igualdade, salvo perante a lei.

Essa busca pela igualdade material faz com que o Estado assuma a responsabilidade de modificar a ordem social e, em razão dessa nova postura adotada, foram sendo constitucionalizados catálogos de direitos econômicos, sociais e culturais consideravelmente amplos. Esses direitos não exigem mais apenas um não agir estatal, antes pelo contrário, outorgam ao particular a possibilidade de exigir uma prestação por parte do Estado. A Constituição do Estado social se configura, assim, como uma constituição política e passa a servir como um modelo, um programa a ser adotado pelo governo e pelos cidadãos do Estado, constituindo a programaticidade da Constituição com vistas ao futuro.

Diferentemente dos modelos de Constituição até então vigentes, a Constituição do Estado Democrático de Direito insere um forte peso sobre a igualdade, de forma a buscar sua concretização real, deixando, portanto, de servir apenas como uma ferramenta de garantia contra ingerências estatais. Há uma perspectiva de solidariedade e de coletividade, de maneira a garantir direitos e o desenvolvimento do cidadão como parte integrante da sociedade. Se adota, desse modo, uma posição mais humanista e valores são inseridos nas Constituições, passando a servir como uma base e como uma diretriz para ser seguida³.

Esse caráter aberto da Constituição, somado aos princípios que também possuem considerável indeterminação, faz da interpretação um processo natural e, por vezes, necessário, demandando que os Tribunais a exerçam de maneira criativa para poder delimitarem seu conteúdo. Nesse contexto, os Tribunais precisaram se

² Clarissa Hennig Leal, Mônica. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³ Clarissa Hennig Leal, Mônica. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

valer de diferentes embasamentos para sustentar sua atuação e as interpretações realizadas, dentre eles, o argumento de que os direitos fundamentais são dotados tanto de um caráter subjetivo como de um caráter objetivo. No que tange ao caráter subjetivo, “temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)⁴”. Isto é, significa que esses direitos são direitos individuais e nessa condição pertencem aos indivíduos e que, portanto, podem ser exigíveis judicialmente.

A análise da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é mais ampla já que transcende a figura do indivíduo e perpassa a ideia da coletividade. Nessa perspectiva, Leal (2007)⁵ refere que

a dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais, decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, traz consigo a constatação de que eles – mesmo os clássicos direitos de defesa – devem ter a sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, não com base apenas em sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista social, da comunidade em sua totalidade.

Afora a modificação sobre o caráter das Constituições após a Segunda Guerra, bem como sobre a concepção dos direitos fundamentais, nota-se uma significativa mudança no contexto mundial quanto a proteção dos direitos humanos. Diante das atrocidades cometidas durante a guerra, assegurar a proteção dos direitos humanos passou a ser não apenas um plano nacional como também internacional em toda e qualquer circunstância.

Na América Latina em 30 de abril de 1948, na 9º Conferência Internacional Interamericana foi aprovado o Estatuto definitivo da Organização dos Estados Americanos (OEA) e esta mesma conferência proclamou também a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em maio do mesmo ano, sendo este o primeiro documento internacional atinente à proteção os direitos humanos⁶.

A declaração reconhece que os direitos essenciais do homem não estão

⁴ Wolfgang Sarlet, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵ Clarissa Hennig Leal, Mônica. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.68.

⁶ Gorczewski, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar e praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

condicionados ao Estado onde os cidadãos vivem, sendo intrínsecos à pessoa humana e sua proteção basilar à evolução do direito americano. Onze anos após ser proclamada a Declaração Americana, constatada a necessidade de proteger juridicamente esses direitos, é criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão autônomo da OEA, com o encargo inicial de promover os direitos humanos.⁷

Entretanto, somente após a aprovação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, em 1969 que o sistema americano efetivamente superou a fase de mera declaração de intenções e ampliou seu âmbito de proteção dos direitos humanos. A partir de então, atribuiu-se novas funções à Comissão:

(a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América promovendo, para tanto, conferências e reuniões para difundir e debater temas específicos (direitos dos indígenas, das mulheres, das crianças), além de promover estudos e publicações; (b) fazer recomendações aos Estados-membros para a adoção de medidas – no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais – que contribuam para a promoção e a efetivação dos direitos humanos, requerendo que adotem “medidas cautelares” para evitar danos graves e irreparáveis os direitos humanos nos casos urgentes; (c) observar a situação geral dos direitos humanos nos Estados-membros – inclusive com visitas *in loco*, se necessário – publicando estudos e relatórios que julgar conveniente para o desempenho de sua função principal; (d) solicitar aos Estados-membros informações sobre medidas adotadas em matéria de direitos humanos; (e) atender às consultas formuladas pelos Estados-partes e prestar-lhes assessoramento sobre questões relacionadas aos direitos humanos; (f) receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações aos direitos e às liberdades previstos na Convenção, submetendo os casos comprovados à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde atua na defesa dos direitos; (g) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral.⁸

Outrossim, também através do Pacto São José da Costa Rica aprovou-se a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal com competência consultiva e contenciosa, encarregado da aplicação, interpretação e garantia dos direitos humanos na América, a cuja jurisdição se subordinam os Estados-parte signatários que reconheçam sua competência.

Dessa forma, a Corte exerce o papel de intérprete máximo das disposições da

⁷ Gorczewski, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar e praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

⁸ Gorczewski, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar e praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009, p. 176-177.

Convenção Americana, determinando a reparação do dano e a adoção das políticas necessárias para prevenir novas violações. Essa atuação ativa é de suma importância para superar omissões e insuficiências de Estados com democracias recentes como o Brasil, que ainda convivem com a precariedade nos serviços de proteção aos direitos humanos. Diante da omissão estatal na prestação da devida fiscalização, o sistema internacional subsidiariamente busca suprir as falhas estruturais das instituições nacionais.

Nessa perspectiva, a Corte Interamericana

vem se estabelecendo não como última instância para solução de litígios individuais, mas sim como uma importante ferramenta na concretização dos direitos mais basilares de nossa sociedade, especialmente quando os atingidos representam uma minoria com pouca ou nenhuma representatividade⁹.

Contudo, “a Corte não é um tribunal penal e não substitui as ações penais relativas às violações cometidas nos Estados; ela apenas julga se o Estado é ou não responsável por violação à Convenção Americana”¹⁰.

3 Diálogo interjurisdiccional entre os Tribunais Nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi criado para denunciar internacionalmente problemas internos e alertar, denunciar possíveis retrocessos ou violações de direitos humanos dos países membros. Suas decisões vinculam todos os Estados que reconhecem sua jurisdição em casos análogos, sendo obrigatória a observância das decisões bem como sua aplicabilidade como parâmetro na formulação e execução das normas internas. Trata-se de um reflexo do controle exercido pela Corte, que pode ser classificado como um controle externo concentrado tanto repressivo como preventivo.

Isso vem ao encontro da dimensão objetiva de direitos, isto é, o direito

⁹ Matheus de Azevedo, Douglas; Clarissa Hennig Leal, Mônica. “A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: noções de “dever de proteção” do estado como fundamento para a utilização das “sentenças estruturantes”. Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 2, 2016.

¹⁰ Gorczewski, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar e praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009, p. 179.

transcede a figura do sujeito¹¹. Resta claro que a Corte ao analisar os casos concretos influencia a interpretação dada os direitos dentro do *corpus iuris* americano e indiretamente vincula a interpretação para outros casos análogos visto que a “res interpretata” possui eficácia erga omnes, o que é de suma importância para a proteção de direitos, principalmente em Estados de democracia tardia e resistência política como a brasileira.

O controle acerca do acordado pelos Estados partes é feito pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana, sendo que esta última constitui-se como jurisdição vinculante, principalmente através de suas sentenças, obrigações estas de resultado, isto é, que não admitem recurso¹².

Quando o Estado se submete a jurisdição da Corte, compromete-se com a proteção dos direitos fundamentais não só no seu Estado. Esse comprometimento independe da nacionalidade ultrapassando as fronteiras de seu país em prol do bem comum de todos os seres humanos. Trata-se de um acordo mútuo de colaboração¹³, já que os Estados partes da CADH no momento que a ratificam, limitam, em parte, o seu poder, seu poder estatal em benefício de um bem maior, reconhecendo que o respeito à dignidade humana é intrínseca ao ser humano.

Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales¹⁴.

Dessa forma, faz-se necessário adequar o direito interno às disposições e proposições da Convenção, sendo que o Estado, ao adotar medidas internas na

¹¹ Clarissa Hennig Leal, Mônica. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹² Nogueira Alcalá, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹³ Nogueira Alcalá, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁴ Bazán, Victor. “Prólogo”. Alves Dalenogare, Felipe; Clarissa Hennig Leal, Mônica. *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba, Editora Prismas, 2017, p. 27.

atuação normativa de proteção, pode garantir além do convencionado, porém não menos em decorrência dos princípios da progressividade e do julgamento sempre em favor da pessoa humana. De forma alguma pode ser admitido o retrocesso em termos de garantias de direitos humanos.

Percebe-se, assim, que as decisões judiciais da Corte tem efeito em cadeia. Ou seja, frente as suas decisões, ainda que o Estado não seja parte direta da demanda, o legislador deve adaptar o ordenamento interno conforme está previsto no artigo 2 da CADH:

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades¹⁵.

Esta obrigação facilita a atuação do Poder Judiciário já que este tem um norte para resolver as demandas particulares que por ventura necessitem de decisão judicial. Caso o legislador falhe na sua tarefa de adequar o ordenamento jurídico interno à CADH, ainda assim o Poder Judiciário está vinculado ao dever previsto no artigo 2, devendo abster-se da aplicação de qualquer norma contrária ao convencionado¹⁶.

Cabe relembrar que um caso só chega ao sistema interamericano de proteção quando o Estado falhou internamente, isto é, o sistema nacional não conseguiu, mesmo recorrendo a todas as instâncias e esgotando-as, houve violação de direito¹⁷. Nesse sentido, o controle jurisdiccional da CIDH é subsidiário, a atuação se dá quando empregados todos os controles jurisdicionais internos do Estado, porém mesmo assim ele falhou e não resta outra alternativa para o sujeito que não buscar amparo no tribunal internacional para ter seu direito resguardado.

¹⁵ Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) (1969)*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁷ Nogueira Alcalá, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

A efetividade das decisões da CIDH depende também da cooperação dos Estados partes em utilizá-las como inspiração para fundamentar as decisões internas, isto é, a aplicação na prática do *corpus iuris* americano¹⁸. O juiz nacional é o juiz natural do *corpus iuris* americano já que é ele quem constrói o direito interamericano por meio do diálogo de cooperação entre os Estados e a CIDH, que julga tendo por base as decisões dos juízes nacionais.

Debe por tanto propiciarse una dinámica de fertilización cruzada (*crossfertilization*) de la Corte IDH y los tribunales internos en la línea de su interactividad y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio de argumentos y experiencias y el aprendizaje mutuo.¹⁹

Inclusive em matérias ainda não tratadas pela CIDH, pode o juiz natural inovar, ainda que tomando como princípio outras jurisprudências da CIDH, interpretando o direito e definindo um norte a ser seguido, iniciando, assim, um diálogo na esfera interamericana, já que por ventura a matéria futuramente poderá ser tratada pela Corte – tarefa de antecipação utilizando o *corpus iuris* americano²⁰.

Sendo assim, nada impede o juiz nacional na condição de juiz natural de interpretar além, extensivamente, influindo assim na jurisprudência interamericana e promovendo o enriquecimento mutuo da jurisprudência em prol da maior efetividade dos direitos convencionados. O intuito desse intercâmbio é construir soluções mediante um esforço comum.

Ademais, quando a CIDH faz referência aos juízes nacionais, não restringe o termo aos membros do Poder Judiciário apenas, mas sim, a todos os órgãos, em todos os níveis, vinculados à administração da justiça. A partir do momento em que os juízes nacionais aplicam o controle de convencionalidade, levando em consideração a norma positivada, a interpretação e a jurisprudência da CIDH, evita-se que casos cheguem à Corte, evitando, assim, o acúmulo de processos/casos,

¹⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁹ Bazán, Victor. “Prólogo”. Alves Dalenogare, Felipe; Clarissa Hennig Leal, Mônica. *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba, Editora Prismas, 2017, p. 23.

²⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

descarrega a Corte²¹.

Ao aplicar o *corpus iuris* interamericano, os juízes de direito podem utilizar as seguintes hipóteses interpretativas: interpretação extensiva, inovadora, corretiva, receptiva, neutralizadora e discordante²².

A interpretação extensiva é a interpretação feita para além da interpretação já dada pela CIDH, ou seja, há uma ampliação do campo de atuação do direito, interpretação essa que posteriormente também poderá ser de uso da Corte, estabelecendo-se, assim, um diálogo do plano nacional com o internacional. Nesse caso, temos um diálogo potencial futuro²³.

Quando a interpretação é inovadora, o juiz aborda assuntos ainda não tratados pela Corte, criando assim uma solução jurisprudencial inédita, considerando o que já foi convencionado pelo *corpus iuris* interamericano. Aqui, o juiz confronta o silêncio da CIDH e utiliza-se da analogia. Trata-se de um diálogo ascendente²⁴.

É corretiva a interpretação dada pós sentença condenatória da CIDH, requerendo adequação interna do Estado condenando, posterior a decisão de caso concreto, bem como o dever de reparação. Se o Estado parte altera sua própria jurisprudência antes de ser condenando, a interpretação é classificada como receptiva. Quando por ventura é utilizada a margem de apreciação do legislador como releitura da lei para adequar o direito interno ao interamericano tem-se a interpretação neutralizadora. Em verdade, trata-se de manobra utilizada pelos Estados condenados para preservar o direito nacional e não aplicar a jurisprudência da CIDH. Tal interpretação não é admitida pela Corte. Por fim, a interpretação é

²¹ Nogueira Alcalá, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

²² Nogueira Alcalá, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

²³ _____ . Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: interconstitucionalidade e diálogo entre Cortes na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. In: César Landa Arroyo; Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Ricardo Schier. (Org.). *Direitos Humanos e Fundamentais na Perspectiva da democracia interamericana*. 1ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

²⁴ Nogueira Alcalá, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

discordante quando a interpretação nacional e da CIDH são conflitantes. Não há casos assim conhecidos²⁵.

De toda forma, comprehende-se que a jurisdição constitucional deve simultaneamente fazer o controle de constitucionalidade de convencionalidade, entendendo, assim, que uma norma pode ser constitucional mas contrária à CADH.

Nesse aspecto o diálogo interjurisdiccional é de suma importância para a harmonizar o sistema jurisdiccional tendo em vista a pluralidade normativa pós a conformação de uma ordem jurídica internacional de proteção de direitos humanos. Ao encontro do diálogo como atividade interpretativa capaz de aproximar as jurisdições interna e externa, o controle de convencionalidade atua na proteção dos direitos a partir da modificação da concepção constitucional dos ordenamentos nacionais.

4 Atualização da jurisdição nacional a partir do controle de convencionalidade

O direito, principalmente em matéria de direitos humanos, não se sustenta através de um estudo individual e restritivo. O novo modelo de proteção constitucional internacional pós Segunda Guerra tem-se configurado como um sistema de direitos humanos multinível –constitucional, internacional regional e internacional universal, sistema esse tido como único e baseado especialmente no princípio *pro homine* e na adequada aplicação do controle de convencionalidade nos ordenamentos internos.

El control de convencionalidad *no puede ni debe darse en el plano de una exclusiva lógica unicireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales*, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial crítico* (como una especie del género *comunicación transjudicial*) entre ambos órdenes de tribunales concernidos: internos e interamericano, sobre la base de una lógico de retroalimentación y respecto mutuo²⁶.

²⁵ Nogueira Alcalá, Humberto. “*Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*”. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

²⁶ Bazán, Victor. “Prólogo”. Alves Dalenogare, Felipe; Clarissa Hennig Leal, Mônica. *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba, Editora Prismas, 2017, p. 25.

O diálogo entre jurisdições pressupõem a existência de uma complementariedade entre os diversos juízes e tribunais, tanto internos como internacionais, em busca da evolução do Direito, retirando, assim, a hierarquia e a relação de autoridade entre órgãos judiciais, os quais passam, de forma conjunta, a buscar soluções em termos de direitos fundamentais. Tem-se aqui a interconstitucionalidade do direito²⁷.

Quanto ao controle de convencionalidade, este visa a aplicação harmônica dos direitos vigentes internamente e internacionalmente²⁸. Em um plano externo, o tribunal internacional avalia se o Estado parte, através de suas normas e atos, violou direito convencionado e se é caso de responsabilização internacional. Essa decisão sobre a ocorrência de violação ou não bem como as possíveis sanções dela decorrentes vinculam os todos os Estados partes e não apenas o Estado violador diretamente condenado. Significa que as decisões nacionais do Estados partes hoje implicam em infrações internacionais já que hoje existe amparo interamericano de direitos, o que não existia antes da criação do sistema internacional de proteção de direitos humanos.

Asimismo, y en línea com lo que apuntaba acerca del necesario remozamiento en el esquema de pensamiento y acción de los jueces y magistrados en torno del derecho internacional y su conexión com el derecho interno, tales operadores jurídicos deben entender que practicar el control de convencionalidad *no es una opción, sino una obligación* que han de acometer com determinación, seriedad y prudencia²⁹.

As decisões do controle de convencionalidade não fazem com que desapareça do ordenamento a norma que contraria a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo declarada apenas a sua inconvencionalidade, competindo ao legislador interno a modificação normativa, de acordo com a hierarquia que a mesma ocupe no ordenamento. Ou seja,

²⁷ _____, *Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: interconstitucionalidade e diálogo entre Cortes na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. In: César Landa Arroyo; Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Ricardo Schier. (Org.). *Direitos Humanos e Fundamentais na Perspectiva da democracia interamericana*. 1ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

²⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. "Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano". Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

²⁹ Bazán, Victor. "Prólogo". Alves Dalenogare, Felipe; Clarissa Hennig Leal, Mônica. *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba, Editora Prismas, 2017, p. 23.

[...] como consecuencia de la eficacia jurídica de la CADH en todos los Estados Parte de la misma, se ha generado *un control dinámico y complementario* de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales [estas últimas, en forma complementaria], de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí³⁰.

Sendo assim, a referida vinculação é reforçada com o caráter preventivo que cerca as decisões da Corte, que com maior frequência, vem determinando a adoção de medidas com caráter pedagógico dotando seus mandamentos de um caráter estruturante. Em virtude disso, a relação entre as jurisdições interna e externa assume um caráter mais do que essencial, pois é do diálogo interjurisdicional que que pode decorrer uma melhor aplicabilidade das decisões interamericanas.

Considerações finais

Considerando a perspectiva dos direitos humanos no contexto mundial pós Segunda Guerra, e o *status* de importância conferido a Constituição e aos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, nota-se que a partir de então a omissão estatal na devida proteção dos direitos essenciais ao homem, gera fiscalização do sistema internacional subsidiariamente.

Nesse sentido, na América Latina, após o Pacto de São José da Costa Rica e a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, esta, na condição de tribunal interprete máximo das disposições da Convenção Americana, constituiu-se um sistema com ferramentas importantes na concretização dos direitos protegidos pela Convenção Americana e tidos como basilares em nossa sociedade.

A atuação ativa da Corte é de suma importância para superar omissões e insuficiências de Estados com democracias recentes que ainda convivem com a precariedade nos serviços de proteção aos direitos humanos.

Nesse contexto, como vimos, a realização do controle de convencionalidade das leis, seja pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelos juízes nacionais, e a utilização de Sistemas de Proteção de Direitos Humanos - no caso, o interamericano mostram-se significativos frente a proteção multinível destinada aos direitos humanos nas atualidade. As teorias que propõem a integração dos diferentes níveis de proteção - doméstico e

³⁰ Bazán, Victor. “Prólogo”. Alves Dalenogare, Felipe; Clarissa Hennig Leal, Mônia. *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba, Editora Prismas, 2017, p. 22.

estrangeiro - e a articulação dos poderes do Estado nessa proteção, ganham força diante do caráter vinculante das decisões interamericanas, que obrigam os Estados membros a adaptarem seus ordenamentos internos, muito embora seja descolada a perspectiva de hierarquia de jurisdições. O foco é a sinergia, o diálogo entre as jurisdições como instrumento hábil para alcançar soluções para os novos desafios jurídicos, especialmente no âmbito de proteção de direitos humanos.

Referências

Bazán, Victor. “Prólogo”. Alves Dalenogare, Felipe; Clarissa Hennig Leal, Mônia. *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba, Editora Prismas, 2017.

Clarissa Hennig Leal, Mônia. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: interconstitucionalidade e diálogo entre Cortes na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. In: César Landa Arroyo; Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Ricardo Schier. (Org.). *Direitos Humanos e Fundamentais na Perspectiva da democracia interamericana*. 1ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

Gorczevski, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar e praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

Matheus de Azevedo, Douglas; Clarissa Hennig Leal, Mônia. “A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: noções de “dever de proteção” do estado como fundamento para a utilização das “sentenças estruturantes”. Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 2, 2016.

Nogueira Alcalá, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2019.

Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) (1969)*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

Wolfgang Sarlet, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

40. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CASO JANAÍNA

CONVENTIONALITY CONTROL IN JANAÍNA'S CASE FUNDAMENTAL RIGHTS PERSPECTIVE



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-40>

Cyntia Mirella da Costa Farias

Resumo

Este artigo pretende analisar o caso de Janaína Aparecida Quirino após ser submetida a um procedimento de esterilização involuntária a pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo. Considerada revel, sua sentença foi executada antes do recurso ser julgado. O Tribunal de Justiça votou a favor de Janaína, negando a prática da esterilização, mas o fato – de caráter irreversível, havia sido consumado. Diante desta aparente violação a seus direitos fundamentais o presente estudo busca averiguar se a denúncia do Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos acarreta a reparação que mais aproxime Janaína da Justiça. Desta forma, utiliza-se a metodologia hipotético-dedutiva, sob o auxílio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial baseada em casos concretos e na legislação interna e externa. A estrutura da pesquisa deu-se em dois tópicos sistemáticos. No primeiro, trata-se do controle de convencionalidade em que questiona se houve a negligência processual e material no processo em comento; e no segundo, examina-se mais profundamente o caso sob a perspectiva da Ação Inicial, da Sentença e da Apelação dentro do contexto socio jurídico transconstitucional e policontextualizado ao qual Janaina encontra-se inserida.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Esterilização involuntária.

Abstract

This article intends to analyze Janaína Aparecida Quirino's case after being submitted to an involuntary sterilization surgical procedure at the São Paulo Public Prosecutor request. Without defense, Janaína was considered revel being submitted to the action

execution while timely appeal proceeded. The court voted in favor of Janaína, but the irreversible fact had already been consummated. In face of this violation, this analysis seeks to demonstrate that the denunciation of Brazilian State to Inter-American Commission on Human Rights may be the reparation that approaches Janaína to Justice. In this way, this paper is divided into two systematic topics. First, its pointed that the control of conventionality seeks to demonstrate procedural and material negligence in this case; second, the case is examined deeply, evidencing clear violation of human rights from the perspective of the Initial Action, the Sentence and the Appeal within the transconstitutional and poly-contextual socio-juridical context.

Keywords: Conventionality Control. Human rights. Inter-American System of Human Rights. Involuntary sterilization. Constitutional rights.

Introdução

No curso do ano de 2017 Janaína, brasileira, hipossuficiente e dependente química, teve seu direito de planejamento familiar compelido à uma esterilização tubária involuntária via sentença judicial. A esterilização involuntária em mulheres pobres e dependentes químicas configura uma medida de proteção por parte do Estado que zela e cuida da sua população ou apresenta-se como uma medida abusiva onde o caso concreto resulta em possível precedente? A problemática baseia-se em determinar se a decisão questionada atua como inibidora ou promotora das mudanças sociais desejadas como possível estratégica de política pública.

Dante de casos como este é relevante questionar o papel do direito; como as instituições jurídicas estão atuando e se está-se cumprindo com o dever do controle de convencionalidade na medida da Justiça. Em um país em desenvolvimento como o Brasil é fundamental a solidez dos direitos fundamentais para a concretização de seus objetivos. O método de controle de convencionalidade, age como instrumento garantidor da aplicação da norma jurídica internacional ao qual o Brasil se submete. Dentre as normas asseguradas juridicamente dilatam-se as consagradas pelos direitos humanos que, ao se nacionalizarem, tornam-se direitos fundamentais. Pedra de toque, núcleo jurídico, tais direitos direcionam as correntes do processo dinamogênico.

Neste contexto, objetiva-se com o presente estudo discutir a relevância do caso concreto segundo a legalidade do ordenamento jurídico brasileiro sob a luz do controle de convencionalidade. Por meio do método hipotético-dedutivo sob o auxílio de

pesquisa bibliográfica, jurisprudencial baseada em casos concretos e na legislação interna e externa pretende proficuir-se com a harmonia das normas no plano nacional e estrangeiro. A pesquisa se divide em duas partes onde trata-se inicialmente do controle de convencionalidade para posterior análise do caso em tela.

O Brasil, Estado aberto ao intercâmbio legal, dialoga com fontes internas e externas de direito. Embora o caso em comento tenha sido fundamentado em bases legais internas, indaga-se aqui o papel do Direito. Analisa-se a razão para os Estados abrirem suas Constituições e leis infraconstitucionais a uma busca de universalidade humana. Os tratados, pactos e convenções internacionais cujo Brasil é Estado Membro atua com legalidade em equivalência às leis produzidas em solo pátrio. Ignorá-las equivale a ignorar legislação vigente interna. Em um caso emblemático como o de Janaína questiona-se possível negligência com o direito internacional.

1 Omissão ao controle de convencionalidade: laquearam o direito

O controle de convencionalidade é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que a repercussão em torno dos direitos humanos tenha tomado arpejo crescente após a Segunda Guerra Mundial encontra-se, ao fazer um levantamento nas Constituições brasileiras, particularidades assertivas que promovem a inserção do Brasil em tratados internacionais. Inquestionavelmente, os tratados, pactos e convenções internacionais fazem parte do constitucionalismo brasileiro desde o seu nascêdouro.

Longe de tratar-se uma evolução histórica, a relevância deste levantamento se fundamenta em averiguar que tão antigo quanto a positivação das normas constitucionais é a celebração de acordos internacionais. Não há uma motivação legal razoável em se preterir ou negligenciar as normas celebradas entre Estados haja vista que em todas as Constituições promulgadas no Brasil trata formalmente do assunto. Consta, inclusive, a relevância do Poder Judiciário como garantidor do cumprimento das convencionalidades. A predileção cultural instaurada pelos aplicadores do direito às normatizações internas pueriza a razão de existir dos pactos internacionais. A Constituição não deve ser uma mera folha de papel¹. A aplicação e efetividade das convencionalidades internacionais não deve ser laqueada.

¹ LASSALE, 2000.

1.1 O Brasil sob à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Como dito, há três blocos regionais que dialogam exogenamente: o africano, o europeu e o interamericano. Timidamente há o reconhecimento de um quarto bloco embrionário, o Mundo Árabe, haja vista dispor de uma Carta Árabe de Direitos Humanos. Os Estados asiáticos, contudo, mantém-se sem comprometer-se a nenhum tratado-regente de proteção internacional². Há uma Declaração de proteção aos direitos humanos fechada para as Nações do Sudeste Asiático – ASEAN, mas que não produzem efeitos vinculantes aos seus membros. Por consequência factual, não possui órgão fiscalizador ou tampouco punitivo.

Antagônica a esta realidade, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui mecanismos de consultoria, investigação, apaziguamento, conciliação e punição para os Estados responsáveis. Seu marco histórico data de 1948 com a proclamação da Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá) onde celebrou-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem³. Em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos entra em vigor tornando-se a principal base de fundamentação do SIDH. No ano de 1992, o Brasil a promulgou internamente sob o Decreto n. 678, de 06 de novembro do corrente ano.

Em seu rol protetivo destaca-se como alinhado ao recorte do estudo sobre o caso Janaína: o art. 1º - direito de ter seus direitos respeitados, 5º - direito à integridade pessoal, 7º - direito à liberdade pessoal, 14 – direito de resposta e 25 – direito à proteção judicial. Segundo Gros Espiell⁴, os dois primeiros artigos constituem toda a base da Convenção Americana, de modo a atuar como supraprincípios ante aos princípios. Para o caso a ser tratado em tela vale destacar o art. 1º, 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. (grifo próprio).

² PETERSEN, 2011, p.141-149.

³ CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 33-34.

⁴ ESPIELLI, GROS. 1975, p.38-39.

Ao caso de Janaína aplica-se sobremaneira estes fundamentos, mas são diversos os tratados internacionais que compromete e responsabiliza o Brasil a mitigar a fragilidade da vítima; a exaurir a dor e o sofrimento do indivíduo fragilizado. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 09 de junho de 1994⁵ subsume ao caso de Janaína nos artigos 1º, 2º - c, 3º, 4º - b, c, e, f, g, 6º - a, b, 7º - a, g, 8º - b, c, 12. Não obstante à omissão estatal pode “qualquer pessoa ou grupo de pessoas... apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte”⁶.

Explica Jean Michel Arrighi⁷ que de acordo com a Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é órgão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de ser órgão da Organização dos Estados Americanos e assim, exerce função dicotômica. De se observar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é apenas um órgão da Convenção Americana. Logo, todos os Estados–partes da Convenção Interamericana são membros da OEA.

Pode-se afirmar que a função primordial da Comissão Interamericana é a defesa e observância dos direitos humanos no Continente Americano. Demais disso, citada Comissão tem como função o recebimento de queixas ou denúncias de violação de direitos humanos e assume função quase judiciais. Desse modo, a má notícia é que nem sempre todas as queixas ou denúncias recebidas pela Comissão Interamericana são apreciadas pela Corte. A prioridade de julgamento é das ações com temas inusitados como os referente gêneros, anistia do período da ditadura militar, povos indígenas e outros⁸.

De qualquer sorte, podem apresentar tanto as entidades governamentais, quanto grupo de pessoas ou de forma individual⁹. De se ressaltar que no momento em que a Corte declara a ocorrência de violação de Direitos amparados pela Convenção impõe a reparação de danos e o pagamento de justa indenização à parte vulnerável. Ademais, a Corte Interamericana detém mecanismo de Supervisão de

⁵ Conhecida como Convenção de Belém do Pará.

⁶ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 44. Cf Convenção de Belém do Pará, art. 12.

⁷ ARRIGHI, 2008, p.52.

⁸ Tal como o Caso Damião Ximenes, julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela primeira vez, o Brasil foi condenado por este Órgão. Outro Caso foi a da Maria da Penha que não precisou ser julgado na Corte. Foi solucionado ainda na Comissão de forma pacífica.

⁹ Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo órgão da Convenção Americana, é órgão jurisdicional do Sistema interamericano. Sua sede é na cidade de San José da Costa Rica

cumprimento da Sentença para averiguar se o Estado condenado está cumprimento às determinações do tribunal. Em caso de descumprimento da sentença, a Corte orienta o Estado acerca da decisão e caso seja descumprida, comunicará a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos para que se torne pauta de reunião.

2 Análise de caso: esterilizando a mulher

O caso ocorrido com Janaína Aparecida Quirino no ano de 2017 ganhou repercussão nacional no ano de 2018 após a veiculação de um jornal contando sua história. A violação do direito configura atentado grave ao processo de busca da Justiça. Mas para que se possa recuperar, na medida do possível, à sombra do justo é necessário que se compreenda o caso sem valoração prévia para que de posse das ferramentas que capacitam e possibilitam a adequada utilização jurídica o caso seja sanado em sua fundamentalidade individual e coletiva atuando como precedente positivo.

2.1 O devido processo legal

O caso em análise repercutiu em prismas que permeiam o campo da ética, da moral, da filosofia, do direito e da sociologia. Janaína, mulher, brasileira, hipossuficiente, dependente química, moradora de rua, mãe de seis menores foi submetida a um procedimento de esterilização involuntária a pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo¹⁰ de sua cidade. O juiz deferiu o pedido à revelia das partes¹¹. O município de Mococa apelou¹² ganhando a causa com unanimidade. Contudo, o procedimento invasivo contra Janaína já havia sido realizado.

A ação do Ministério Público emerge com um pedido de tutela de urgência, haja vista a alegação apontar para um processo anterior análogo cujo deferimento foi

¹⁰ Ação Civil Pública impetrada em 29 de maio de 2017. Pretensão do Ministério Público do Estado de São Paulo face o Município de Mococa a compelir Janaína Aparecida Quirino a realizar uma cirurgia de laqueadura tubária involuntária. Processo Digital n. 1001521-57.2017.8.26.0360 - Obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência.

¹¹ Sentença proferida em 05 de outubro de 2017. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de Mococa. 2^a Vara.

¹² Apelação n. 1001521-57.2017.8.26.0360. Apelante: Prefeitura Municipal de Mococa. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Interessado: Janaína Aparecida Quirino. Comarca: Mococa. Voto n. 23.073

provisto¹³. O fato promove à sociedade a (re)pensar no papel do Estado e do Direito. Segundo os fatos e os fundamentos elencados na Ação Civil Pública a requerida Janaína trata-se de pessoa hipossuficiente, com grave quadro de dependência química, usuária de entorpecentes e álcool. Por esta razão, Janaína foi internada compulsoriamente algumas vezes e acompanhada pelo Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas – CAPS AD e, após a alta, recusa-se a dar continuidade nos tratamentos ambulatoriais disponíveis.

Janaína, no momento da ação, é mãe de cinco menores e está grávida do sexto sem que ninguém, nem ela mesma, saiba. Todos os cinco, em algum momento, foram encaminhados à Casa de Acolhimento Bethânia, situado na cidade de Mococa. Apesar do(s) infortúnio(s), os filhos retornaram à convivência familiar materna. A petição inicial alerta que a condição de Janaína coloca seus filhos em risco iminente por ser pobre, moradora de rua, desempregada e dependente química. Segundo o pedido, a realização da laqueadura tubária é o método contraceptivo mais indicado sob a ótica do melhor interesse da (futura) criança que Janaína poderá vir a ter novamente e de sua própria vida e integridade física.

A Ação aponta, também, que a conduta de Janaína eleva sua chance de contrair doenças venéreas e ter nova(s) gestação(ões) indesejada(s), o que configura, assim, a maternidade irresponsável. O Promotor da causa, Frederico Liserre Barruffini atenta que a falta de discernimento da requerida a impossibilita de responder pelas consequências de uma gestação. O fundamento jurídico ao que o promotor assenta é na Lei n. 9.263/96, Lei do Planejamento Familiar. Ressalta que entre as possibilidades para a realização do planejamento familiar inclui-se o procedimento de esterilização como método eficaz, célere e legal.

Aduzindo o direito à saúde, à vida, à dignidade da pessoa humana e à igualdade protegidos pela Constituição Federal o pedido invoca os artigos constitucionais 196; 23, II, combinado com o art. 198; bem como o art. 5, *caput*¹⁴. Ressalta o Ministério

¹³ Apelação n. 0000283-60.214.8.26.0025, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 27.01.2015, v.u.

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988 – CF/88. 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.

CF/88. Art. 23, II: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Público não restar-lhe outra alternativa para a promoção dos direitos fundamentados a não ser a efetivação e o cumprimento da laqueadura, ainda que o procedimento reparador seja realizado contra a vontade de Janaína. Pontua que além destes dispositivos é indispensável que o juiz garanta os direitos pertinentes à saúde elencados no art. 6º e o 196 e seguintes¹⁵ da Constituição; e os artigos 2º, 6º e 7º¹⁶, da Lei n. 8.088/90. A ação, baseada no direito ao mínimo existencial¹⁷, responsabiliza o Estado a cumprir a meta do artigo 1, III¹⁸, da CF/88 por tratar-se de um direito subjetivo de Janaína e dever o Estado.

Por tais razões, o Ministério Público entende que a não realização do procedimento de esterilização, ainda que involuntária, por parte do Estado caracteriza uma omissão e inércia gravosa. Assim, em face dos possíveis danos atrelados à demora no reparo estatal, compele ao Município de Mococa multa diária em valor não inferior a quinhentos reais. Diante das alegações, o juiz de primeiro grau, Djalma Moreira Gomes Júnior defere a pretensão da Ação inicial com tutela de urgência salientando que os requeridos Janaína Aparecida Quirino e o Município de Mococa não apresentaram defesa.

O Município é informado que deve cumprir a sentença em um prazo de quarenta e oito horas sob pena de multa diária de um mil reais. Só então, manifesta-

CF/88. Art. 198 (*caput* para fins de compreensão): As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes;

CF/88. Art. 5º, *caput*: 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:

¹⁵ CF/88. 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). Os artigos 196 a 200 da CF/88 formam o bloco da Seção II – Da saúde.

¹⁶ Lei n. 8.080 promulgada em 19 de setembro de 1990 – Lei sobre ações e serviços de saúde. Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício;

Art. 6º (*caput* para fins de compreensão): Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS);

Art. 7º (*caput* para fins de compreensão): As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios.

¹⁷ Cf., sobretudo, com a decisão emblemática, relatada pelo Ministro Celso de Mello, proferida pelo Supremo Tribunal Federal (Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS, publicada no DJU em 24.11.2000), bem como a decisão monocrática do STF proferida na ADPF nº 45, do Ministro Celso de Mello, sendo reiterado o entendimento do referido Ministro (RE nº 436996/SP).

¹⁸ Art. 1, III, CF/88: 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.

se contra argumentando a existência de dois impeditivos: o Sistema Único de Saúde – SUS não possui condições de realizar uma cirurgia em tão curto prazo e; apesar da impossibilidade temporal exames atestam que Janaína encontra-se novamente grávida, o que a inibi de sofrer o procedimento solicitado. Reconhecida a impossibilidade de realização do pedido com urgência, o Município de Mococa solicita a impugnação de um curador especial dativo¹⁹ à interessada.

Segundo a sentença, o juiz afirma reconhecer que Janaína é uma mulher capaz, ainda que não apresente condições favoráveis aos cuidados com seus filhos. Por esta razão, não cabe curatela para ela, uma vez a eventual incapacidade ser desconsiderada. Ademais, a revelia aliada à “obrigação das pessoas políticas assegurarem a efetividade do direito à saúde do cidadão é inquestionável e encontra fundamento em diversos diplomas legais”²⁰ fomenta que o julgado seja dado como procedente.

A Prefeitura Municipal de Mococa entrou com o pedido de Apelação tendo como parte interessada Janaína face ao apelado Ministério Público do Estado de São Paulo. Reconhecida a situação precária de Janaína e que a mesma ora apresenta concordar com a laqueadura ora discorda, a decisão monocrática proferida pelo Desembargador Paulo Dimas Mascaretti entendeu rejeitar o pedido da Ação inicial e acolher o recurso. A apelação, proposta dentro do prazo processual cabível, alega a ilegitimidade ativa do Ministério Público de propor a ação, conforme fundamenta-se no art. 1º, III concomitante com o 5º, *caput* e inciso II, da CF/88, e art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.263/96²¹, acatada pelo desembargador.

¹⁹ Segundo o Código de Processo Civil, art. 72: O juiz nomeará curador especial ao: I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade; II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado. Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

²⁰ Sentença. Processo digital n. 1001521-57.2017.8.26.0360. Classe – Assunto: Procedimento Comum – Serviços Hospitalares. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requerida: Janaína Aparecida Quirino e outro. Fl. 94.

²¹ Art. 1º, III, CF/88: 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.

Art. 5º (*caput*): Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Lei n. 9.263/96, Lei do Planejamento Familiar. Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico.

Destarte, o papel do SUS como propagador do serviço de atendimento à mulher sobre a orientação de métodos contraceptivos engloba o conhecimento sobre a laqueadura e ao planejamento familiar, de modo que a esterilização tubária apresenta-se como medida excepcional haja vista a sua irreversibilidade. A esterilização involuntária se torna inadmissível por o Estado fornecer os tratamentos básicos e indispensáveis ao caso de Janaína. Afinal, ela dispõe do acesso à informação e dos tratamentos de dependência química gratuitos. Segundo a decisão do magistrado, aceitar o pedido inicial proposto e manter a decisão jurídica de primeira instância é violar a independência dos três Poderes vez que deliberar a favor seria transformar o Poder Judiciário em co-gestor dos recursos destinados à saúde pública e assistência social.

É fundamental a concordância de Janaína para a feitura de um procedimento invasivo e irreversível como o pretendido e, segundo consta nos autos do processo, Janaína estava ciente da proposta de esterilização, mas não aderiu à ideia com precisão. Entendendo os fundamentos do art. 1º, 2º, 5º e 9º da Lei n. 9.263/96²² como protetivos da prática em larga escala de contraceptivos irreversíveis, o juiz em segunda instância entende que a decisão da laqueadura deva ser voluntaria e responsável. E, ainda que Janaína houvesse concordado sem subterfúgios, atesta o art. 10, parágrafos 3º e 6º da referida lei:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:
 § 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.
 § 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

Por tais fundamentos legais, interpreta o desembargador que a esterilização

²² Lei n. 9.263/96, Lei do Planejamento Familiar. Art.1º: O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º (vide acima).

Art. 5º: É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Art. 9º: Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

compulsória a pessoa capaz é ilegal. Ademais, ainda que Janaína houvesse concordado com o procedimento, o ato seria nulo em razão dela estar com o seu discernimento influenciado por álcool e drogas. A subsunção dos fatos à norma é inquestionável. E, querendo torna-la juridicamente incapaz para que a interessada não tenha controle sobre a sua vontade, que ela seja submetida ao devido processo de interdição judicial com submissão à curatela. Para o julgador, concordar com a laqueadura neste caso é concordar com grave afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A apelação, julgada tempestivamente, não obteve a mesma sorte se analisada sob o aspecto factual. Janaína, quando teve seu direito de autonomia da vontade resgatado em sede de recurso já havia sido submetida, involuntariamente, ao procedimento irreversível da esterilização tubária. A análise jurídica crítica, após a explanação dos fatos descritos, direciona ao questionamento que se mostra extremamente relevante: a fundamentação jurídica nas três peças analisadas (Ação Civil Pública, Sentença em primeiro grau e Decisão em segundo grau) não arraigaram-se das fontes jurídicas em sua integralidade. Ainda assim, a violação aos tratados internacionais permite que o Brasil seja denunciado à CIDH?

2.2 Policontexturalidade: com quantas “Janaínas” se faz uma canoa?

Em linhas gerais, a pergunta é: quantos casos precisarão acontecer para que o Estado brasileiro não cometa mais este tipo de violação? O caso Janaína e suas particularidades deflagra a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann (2016) culminando na policontexturalidade de Gunther Teubner (2005) e Boaventura de Sousa Santos (2002). Se a sociedade é hipercomplexa de sistemas autônomos e interdependentes onde cada sistema impõe suas barreiras quase xenofóbicas uns dos outros visualiza-se melhor o que (talvez) explique as diferentes percepções de mundo entre o promotor do Ministério Público Frederico Liserre Barruffini e a interessada Janaína Aparecida Quirino.

Incoa-se aplicando o princípio da boa-fé. Há um padrão de conduta ético na ação interposta pelo Ministério Público que busca reparar um dano aparentemente irrefreável na vida de Janaína. O sentido provável é de direito protetivo onde ela é vítima e algoz de si. O ciclo nefasto e prejudicial ao qual Janaína se submete tange multifronte a vida de seus filhos. A tríade dependência química, alcoolismo e miséria

expõe Janaína à pirâmide da violência de Johan Galtung (1998) em todos os seus vértices. Janaína vive meio à violência cultural: mulher, hipossuficiente, mãe monoparental de seis crianças; à violência estrutural: desempregada, faminta, dependente química, alcoólatra, moradora de rua; e a violência física: marginalizada, invisibilizada social econômica e politicamente.

A análise jurisprudencial do caso inicia-se com a incompreensão da interpretação e aplicação da Lei n. 9.263/1996 - Lei do Planejamento Familiar. Em seus artigos 1º e 5º expressa o direito de cada um exercer livremente o seu planejamento familiar sem interferência de um terceiro. O art 9º é ainda mais preciso ao afirmar que: “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”. Inconteste, não foi oferecida à Janaína a possibilidade de dispor do seu direito materno/planejamento familiar livremente.

Ainda que Janaína consentisse a cirurgia caberia ao Ministério Público (como fiscal da lei) impedi-la conforme disposto no § 3º, do art. 10: “Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente”. Em concomitância, o art. 17 reza que: “Induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica. Pena - reclusão, de um a dois anos”. A laqueadura das trompas de Falópio, uma das possibilidades de método contraceptivo, disserta um procedimento cirúrgico que gera interrupção definitiva da função reprodutiva feminina²³.

O planejamento familiar é uma prática de fundamental importância para a população e o Estado, com relevante impacto socioeconômico em que deve ser considerada crenças e valores do indivíduo, história de vida, bem como seu papel sexual na tomada de consciência da responsabilidade social da procriação. Especificamente no que concerne indivíduos com menor poder intelectual, a discussão ética sobre a possibilidade de geração e criação de filhos gera inúmeras polêmicas. A esterilização em mulheres em idade fértil deve ser analisada com extrema cautela.

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, em 1994, propiciou a análise da justaposição entre saúde

²³ MOREIRA, 2011, p. 125-137.

reprodutiva e comportamento pessoal. Discutiu-se sobre o planejamento familiar e a metodologia para disseminar o conhecimento e o acesso aos métodos contraceptivos, com a devida orientação. Desta maneira, entende-se que o indivíduo seja detentor do livre arbítrio nas decisões sobre controle de natalidade²⁴.

Em tempo de empoderamento feminino, as mulheres tornam-se pautas de referência para a construção e efetivação de políticas de saúde²⁵. No Brasil estima-se que a população seja de 208.967.208 habitantes, onde 48,52% da população é composta por homens e 51,48% composta por mulheres (BRASIL, 2018). O direito à saúde é indisponível e está intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria vida. Mas a saúde é dever de quem? Segundo a CF/88, 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”.

Em que teoria sistêmica de Luhmann, Janaína se encontra que a faz desejar o filho com o mesmo amor de uma mãe que margeia a pirâmide de Galtung? Ela desfaz o argumento do requerente de que a laqueadura impediria uma gestação indesejada. A Policontexturalidade alimenta-se desta colcha de retalhos ativa; deste encontro de sistemas autônomos que leva “à formação de diversas rationalidades parciais conflitantes”²⁶. O transconstitucionalismo é a ferramenta que possibilita o diálogo das fontes em um mundo jurídico cada vez mais complexo.

Diante desta abertura socio jurídica e sob posse dos mecanismos ofertados Janaína teve violada sua liberdade e sua capacidade como sujeito de direito capaz de satisfazer suas necessidades apesar das dificuldades violada. Segundo Sen (2000) a liberdade é ambivalente: equivale às liberdades substantivas (liberdade de ser) e instrumentais (liberdade de agir). O processo de desenvolvimento caminha entre o equilíbrio destas liberdades. O neoconstitucionalismo que traça o caminho dentro da

²⁴ UN MILLENNIUM PROJECT 2006.

²⁵ No plano internacional cooperaram para a discussão sobre o planejamento familiar dentro da perspectiva de direitos humanos: as Conferências 14 de Cairo (1994) e de Beijing (1995). No plano nacional tem-se a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM) (Ministério da Saúde, 2004), a Política Nacional de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos (PNDSR) (Ministério da Saúde, 2005), o Pacto pela Saúde (Ministério da Saúde, 2006) e o Programa Mais Saúde (Ministério da Saúde, 2007). A Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde 2006 (PNDS 2006).

²⁶ NEVES, 2009, p.21.

jurisdição axiológica-normativa tem como fonte a dignidade da pessoa humana, cujo centro é a proteção dos hipossuficientes²⁷.

No caso em análise, trata-se de um denominador comum de vulnerabilidades: mulher, pobre, dependente química. O Ministério Público, que deveria zelar pela correta aplicação e fiscalização da lei foi quem provocou a (in)justiça. O interprete e aplicador da lei deferiu sem parecer observar a materialidade do caso e as consequências irreversíveis. Janaína não teve direito à resposta. Ter a Apelação a seu favor não lhe recobra o prejuízo. Infelizmente, Janaína não é a única; não foi a primeira; e se não for usada as ferramentas cabíveis de freio, não será a última. Quantas “Janaínas” precisarão vir à tona para que seja aplicada corretamente a lei? Uma Janaína pode ser suficiente para deter isto, basta a utilização do controle de convencionalidade.

Conclusão

A função do controle de convencionalidade é garantir a compatibilidade das normas nacionais e estrangeiras. Nos países membros há, portanto, o controle aplicado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos - SIDH e em paralelo o controle de convencionalidade aplicado pelos operadores do Direito interno. Neste caso, compete ao STF a competência do controle concentrado e aos juízes e tribunais de instâncias inferiores a competência do controle difuso. Dito isto, não assombram dúvidas de que os tratados internacionais do qual o Brasil é Estado Membro deve ser efetivado nas aplicações, interpretações e fiscalizações do direito.

Conforme visto, todas as Constituições brasileiras mostraram-se expressamente abertas ao diálogo entre chefes do executivo ou seus representantes constituindo uma prática formal secular. A globalização veio, talvez, como a melhor propagadora da importância na efetivação das normas internacionais posto que os diálogos entre Estados tornou-se essencial. Tem-se agora, não apenas direitos fundamentais; tem-se também garantias de cumprimento dos deveres.

O indivíduo tornou-se cidadão cosmopolita e, com isto, ganhou proteção internacional. Ao ter um direito violado é juridicamente legal e legítimo que as fontes de fundamentação da reivindicação sejam originariamente internas e/ou

²⁷ ARAUJO; MELLO, 2015, p.12.

internacionais. Não há obrigatoriedade na aplicação por serem equivalentes. Há, contudo, a proibição de aplicação de norma incompatível entre os planos que convencionaram. No caso analisado, foram utilizadas apenas fundamentos brasileiros.

O grande ganho do controle de convencionalidade é horizontalizar o Estado e o indivíduo como partes litigantes. Logo, quando o Estado comete um ato infrator aos direitos internacionais ele pode ser denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e ter seu processo instaurado. O cidadão globalizado é amparado dentro e fora de seu país.

O caso de Janaína deflagrou a violação não apenas do direito, mas da justiça. A celeridade da ação, neste caso, foi fator fundamental para fazer de Janaína vítima do sistema. Uma ação julgada sem que a parte tenha constituído defesa e com execução sumária sem respeitar o trânsito em julgado viola a materialidade e o devido processo legal. A irreversibilidade do procedimento efetivado em Janaína apenas transborda o distanciamento provocado nesta ação do direito e da justiça.

Quando o fato consumado não há como ser restituído busca-se, como reparação, indenização. Por todas as razões cabe à Janaína o direito de denunciar o Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH para que se apure os fatos e se proponha medidas eficazes de combate a novos afrontes como este. A cultura do controle de convencionalidade em âmbito difuso necessita ser difundido para que se preserve o Estado brasileiro diante da comunidade internacional e, principalmente, que se enraíze a cultura da observância dos direitos fundamentais como um direito humano, real, concreto e interno.

Referencias

ARAUJO, L. C. de; MELLO, C. de M. (Coord). **Curso do Novo Processo Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 12.

ARRIGHI, Jean Michel. OEA: **Organização dos Estados Americanos**. Trad. Sérgio Bath. Barueri: Manole, 2004, p. 52.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 2018. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/população/projeção/>>. Acesso em 05 de jul de 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. I, p. 401-402. p. 33-34.

CARBONELL, M (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARBONELL, M. Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

CARBONELL, M. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: Eduardo Ribeiro Moreira; Mauricio Pugliesi. 20 anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 7º ed. revisitada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Constituição e tratados internacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIM, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2014.

GALTUNG, Johan. Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución: afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia. Bilbao: Gernika Gogoratuz, 1998.

GROS ESPIELL, Héctor. Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme. Recueil des Cours, v. 145 (1975 – II), p. 38 – 39.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. ed. 8ª. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 17-18.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manoel, 2005, p. 16 – 18.

LUHMANN, NIKLAS. Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes.2016

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Constituição e relações internacionais. In: DOLINGER, Jacob. A nova Constituição e o direito internacional. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1987.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2. Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. cit., p. 21.

PETERSEN, Carole J. Bridging the gape? The role of regional and national human rights institutions in the Asia Pacific. *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, v. 13, n. 1, p. 174-209, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.104. p. 131 – 132

SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 4.ed. São PAULO: Cortez, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos”, in: Revista Interesse Público, v. 32, 2005, p. 213

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Cia. Das Letras, 2000.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos - Conceito, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, in: Revista de Direito Administrativo, n. 177, 1989, p. 20-49

TORRES, Ricardo Lobo. “A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial”, in: I. W. Sarlet (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 200, p. 1-46.

41. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA POR PROVISÃO JURISDICIONAL

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26: AN ANALYSIS
OF THE MATERIAL AND FORMAL ASPECTS OF THE CRIMINALIZATION OF
HOMOPHOBIA THROUGH THE JUDICIARY*



<https://doi.org/10.36592/9786587424170-41>

Davi Everton Vieira de Almeida¹

Resumo

O presente artigo pretende investigar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 que trata da criminalização da homofobia. A partir do voto do relator, pretende analisar a adequação formal e material da decisão que se delineia, a qual confirmada produzirá pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, via atividade jurisdicional, tipo penal, ainda que provisoriamente. No aspecto formal, analisar-se-á primeiramente o referido instrumento processual do controle concentrado de constitucionalidade para em seguida analisar o próprio princípio da legalidade, mais especificamente as razões que justificam a lei ordinária como escolha do poder constituinte para introdução de leis de direito penal no ordenamento nacional. No aspecto Material, buscará compreender, por meio dos princípios do direito penal e da filosofia kantiana, o sentido da palavra “liberdade”, em face da existência do aparente paradoxo envolvendo o vocábulo que no contexto da ação é ao mesmo tempo bem que se pretende proteger e bem a ser suprimido.

Palavras-chave: ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Legalidade estrita. Liberdade. Criminalização da homofobia.

¹ Advogado, Mestrando em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza – Unifor; especialista em direito constitucional aplicado pela faculdade Damásio de Jesus.

Abstract

The present article intente to investigate the “ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26” which will discuss the criminalization of homofobia. Taking as starting point the vote of the reporter, will analise the formal and material adequacy of the decision which seems to be taking shape, which confirmed will produce for the very first time in the Brazilian legal system, via court activity, criminal type, yet temporary. In the formal aspect, will first analyze the referred processual instrument of the concentrated control of constitutionality, in the sequence will analyze the principle of legality itself, more specifically the reasons that justify the ordinary law as the chosen instrument of the constituting power to introduce the norms of criminal law in the national legal system. In the material aspect, mean to comprehend the meaning of the word “freedom”, in face of the existence of apparent paradox involving the vocable which in the context of the decision is at the same time property to be protected and object to be taken.

Key-words: ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Strict legality. freedom. Criminalization of homofobia.

1 Introdução

O plenário do SFT concluiu no dia 13 de junho de 2019 o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 que discute a criminalização da violência contra os grupos LGBTs, equiparando-as ao crime de racismo. O tema, já posto em debate no mandado de injunção 4733, retorna à corte via controle concentrado, naquela ocasião rejeitou-se o *writ* por inadequação da via eleita, posto não ter sido identificado direito subjetivo ameaçado pela falta de norma regulamentadora. Desta feita, porém, abrigado no adequado instrumento processual o ministro Celso de Mello, relator da ação, discorreu ao longo das cento e cinquenta e cinco páginas de seu voto as razões pelo qual acolhe o pedido da ação impetrada pelo Partido Progressista Social (PPS) juntamente com a Associação Brasileira de Gays Lesbicas e Transgêneros (ABGLT).

O grupo capitaneado pelo ministro Marco Aurélio, porém, demonstraram desconforto com a possibilidade de criação desta “lei temporária” específica. A preocupação expressas nos votos vencidos, parece, de fato, legítima, pois o eco da decisão reverberará, de forma sensível, na dinâmica do estado de direito. Com efeito,

a decisão amplia o escopo das ações omissivas e coloca, pela primeira, vez o congresso em mora por omissão em matéria penal². E a despeito da evidente promoção de liberdade de grupos minoritários, a fundamentação do voto não logra êxito em calar uma pergunta: Seria o Supremo Tribunal Federal o órgão legítimo para ampliar tipo penal?

A pergunta diz respeito ao fato de que a Constituição, nos termos dos incisos II e XXXIX do artigo 5º, reserva à lei e, portanto, ao processo legislativo, a tarefa de indicar as ações cotidianas passíveis de reprovação do estado. A importância dos princípios da legalidade e da estrita legalidade, consagrados respectivamente nos referidos incisos do artigo 5º é depreendida não só da sua posição constitucional pétreia como também da sua alocação exordial no código penal, a qual sugere que, o compromisso do estado com as liberdades individuais antecede a necessidade de tomá-las³. Destarte, se debruçará o presente artigo a averiguar o instrumento processual, a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sua finalidade e extensão, posto que havendo várias formas do congresso de se omitir e não sendo todas disciplináveis, convém identificar nessa constelação de omissões quais são passíveis de correção pelo judiciário.

Quanto à matéria, o que se busca é a resposta para uma pergunta: pode o judiciário em nome da promoção de liberdades, ampliar dispositivo de restrição de liberdade? A pergunta remete a outras duas mais, uma sobre os bens jurídicos e outra sobre a natureza da liberdade. Para responder a primeira se recorrerá aos princípios do direito penal, já para a segunda será necessário lançar mão da filosofia, dado a insuficiência do direito positivo para responder questão de natureza tão ampla como o tema liberdade. Espera-se ao fim, escrutinados os dois critérios, a obtenção de conclusões mais substanciais sobre a correição da decisão que caminha para se construir, bem como a projeção dos seus desdobramentos no futuro do estado democrático de direito, pois não se olvida o valor da previsão para averiguação da precisão científica do estudo, nos termos propostos por Karl Popper⁴. A propósito da

² Relação de decisões em que o Supremo Tribunal Federal declarou a mora do poder legislativo, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>> consulta em 16 de maio de 2019.

³ TOLEDO, 1987, p.21.

⁴ “As confirmações só devem ser consideradas se resultarem de predições arriscadas; isto é, se, não esclarecidos pela teoria em questão, esperarmos um acontecimento incompatível com a teoria e que a teria refutado” (POPPER, 2008, p.4).

menção, o método utilizado será o dedutivo hipotético⁵. A metodologia de pesquisa será a bibliográfica pela qual se espera averiguar com mais robustez se o Supremo Tribunal Federal, uma vez defrontado com flagrante violação do preceito constitucional, deve agir em defesa da vontade constitucional ou restringir-se a atuar nas funções a ele previamente atribuídas.

3 Adequação formal

O artigo 103, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988 aponta como objeto da inconstitucionalidade por omissão a inércia legislativa ou executiva “para tornar efetiva norma constitucional”. Naturalmente a inércia exclui ato, mas tão pouco parece incluir mera abstenção ou letargia do legislador, pois como alude Villaverde em sua obra acerca do tema, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se propõe ao controle de produtividade do legislador, “senão às normas que o legislador cria mediante seus atos legislativos ou mediante sua inatividade”⁶. Justaposto a essa corrente Canotilho vincula a omissão aos dispositivos constitucionais onde se divise de forma concreta a exigência de ação do legislador⁷. Isso parece remeter às normas de eficácia limitada em detrimento das programáticas, pois ainda que ambas padeçam de aplicabilidade imediata apenas a primeira prescinde de materialização em razão de violação de uma imposição concreta à atividade legislativa.

Em seu voto, porém, Celso de Mello adere a uma tese outrora usada por Gilmar Mendes no Habeas Corpus 104.410 do Rio Grande do Sul. O ministro identifica, no julgamento do remédio, força de comando expresso à atividade legislativa nos artigo 5º XLI com consequente configuração de ato omissivo decorrente da inércia, pelo que afirma que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”⁸. Na mesma toada vincula o inciso seguinte, o XLII que institui que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”. A expressão “termos da lei” remete às normas de eficácia limitada, as quais, como dito acima são as únicas das quais se pode depreender omissão legislativa, haja vista conterem clara delegação do poder constituinte

⁵ POPPER, 2004. P.27

⁶ VILLAVERDE MENÉDEZ, 2003, p.72

⁷ 1994, p.332

⁸ 2019, p.44

originário ao decorrente para desenvolver tema que embora de interesse constitucional não necessariamente é nos seus meandros, podendo ser disciplinado por norma hierarquicamente inferior, razão porque Gilmar Mendes adicionou a interpretação do inciso XLI, no referido HC, o inciso XLII, que versa sobre o crime de racismo.

O referido remédio, a propósito, o Habeas 82424 do Rio grande do Sul, é um dos julgamentos mais emblemáticos da história recente do supremo, o caso Ellwanger, em que o plenário, negando recurso ao paciente, firmou o entendimento de que o crime de racismo engloba toda e qualquer prática de discriminação contra “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” nos termos do artigo 1º e 20º da Lei 9.459 de 13 de maio de 1997.

Acontece que, a despeito de os debates deste HC discutirem a extensão do termo “racismo” (já que o legislador não foi claro), é difícil a depreensão de que a elasticidade do sentido se estenda a ponto de alcançar preconceitos por orientação sexual, pois mesmo no voto do ministro Maurício Corrêa, o qual destacou com maior veemência a maleabilidade do vocábulo nuclear, apto a abarcar etnias, religiões e grupos nacionais, nada sugere sua extensão a preconceito de cunho sexual. Mas ainda que houvesse maior semelhança, a construção do tipo por interpretação é inviável em face da vedação da interpretação *in pejus*, tornando, portanto, o recurso integrativo indisponível a atividade jurisdicional.

Na verdade a questão dos limites da interpretação criativa do Supremo já vem, há muito, sendo discutido, com especial ênfase no julgamento da ADI 4277 onde a corte, rompendo o limite semântico do conceito de família expresso na constituição, confere interpretação para abarcar também núcleos homo afetivas. A pungência da metamorfose, aduziu-se, reside na necessidade de preservar a força normativa da constituição face as transformações sociais que não poderia a lei fundamental contemplar ao tempo de sua criação, ocorre, porém que o mesmo Konrad Hess que admitindo a inevitabilidade da mutação inaugura a o termo “força normativa da constituição” impõe sobre esta um limite bem definido, o “*constitutio scriptu*”⁹.

Ora, se esse limite interpretativo impõe-se sobre normas de direito civil, muito maior é seu vigor naquelas de direito penal, pois como aponta Zaffaroni, analogamente a Konrad Hess, a norma penal tem um limite linguístico insuperável que é a própria

⁹ HESSE, 1998, p. 793

capacidade semântica da palavra (1988, p.118). Esse parece ser um terreno intransponível ao supremo na medida do argumento a muito assentado por Beccaria:

A autoridade de interpretar leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores (...). Em cada crime, o juiz deverá estruturar um silogismo perfeito: a maior deve ser a lei geral; menor, a ação, conforme ou não à lei: a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for coagido, ou quiser formular somente dois silogismos, a porta à incerteza estará aberta¹⁰

Assim deve o juiz ater-se ao limite cognoscível da lei¹¹, pois sendo a interpretação *in pejus* recurso indisponível ao judiciário, inviável seria o uso do instrumento jurisdicionado para adicionar elemento a tipo penal já que a constituição no mesmo artigo hora discutido afirma em seu inciso XXXIX que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”, o princípio da reserva legal atribui exclusivamente ao congresso nacional competência para a elaboração de leis, nos termos do art. 60, III da Constituição Federal. Convém deter-se pouco mais aqui.

3.1 Princípio da legalidade penal

O princípio constitucional da legalidade estrita, juntamente com os demais princípios dela decorrente¹², constitui a base fundamental do direito penal, razão porque debuta o respectivo código e embora as referências ao princípio da legalidade remontem geralmente ao direito romano pode-se afirmar que a legalidade estrita é fruto do pensamento iluminista¹³. Isso porque a revolução francesa em seu impulso liberal deposita no direito suas expectativas contra-absolutistas, de modo que não seria incorreto afirmar que a declaração dos direitos do homem e do cidadão, documento inaugural da modernidade, capitaliza duas grande expectativas: a afirmação dos indivíduos como seres iguais e livres e a produção de mecanismos de controle do poder do estado resguardando os cidadãos das arbitrariedades típicas do absolutismo¹⁴. Destarte, o princípio da intervenção legalizada opera como mecanismo apto a harmonizar o contrassenso existente entre a liberdade do cidadão, valor

¹⁰ 1997, p.32-33.

¹¹ PALAZZO, 2010, p.107-115

¹² 1) *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*; 2) *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*; 3) *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*; 4) *nullum crimen nulla poena sine lege certa*.

¹³ FERRAJOLI, 2006, p.325.

¹⁴ CUNHA, 1979, p.32

máximo da humanidade e a autoridade do estado como mal necessário, sendo esse princípio por isso imprescindível e consistindo assim em “dogma político em que os povos deveriam acreditar e que os supremos magistrados deveriam apregoar com a incorruptível proteção das leis, dogma sagrado, sem o qual não pode haver sociedade legítima”¹⁵.

Apresentado o panorama cumpre explorar com maior minucia o princípio da legalidade estrita sob o ponto de vista da estrutura política, a solução para garantir a limitação do poder do estado de direito consistiu em tomar a estrutura centralizante típica do absolutismo e desmembrá-lo segundo suas funções, a saber, a de criar as leis, a de julgá-las e por fim executá-las, pois:

aquele que governa os homens não deve governar as leis, o que governa as leis não deve também governar os homens: de outra forma, suas leis, instrumentos de suas paixões, frequentemente não fariam mais do que perpetuar suas injustiças e jamais ele poderia evitar que pontos de vista particulares alterassem a integridade de sua obra¹⁶.

O lastro racional da justificativa do contratualista francês parece fornecer material para reflexão sobre o caso hora analisado. Com efeito, O Supremo tribunal Federal arroga para si a função de criminalizar a homofobia a equiparando ao crime de preconceito, arranjo que juízo de valor à parte, expressa sua inclinação a repudiar o ato criminalizado, mas se na feitura da lei inclina-se a corte a sua convicção que fará em face do caso concreto? Que esperança de expiação tem o réu que será submetido a seu julgamento? Poderia se objetar que a causa parece justa, mas e o que ocorreria nos casos em que os onze ministros ou pelo menos a maioria necessária deles se convencesse pela criminalização de bem justo?

A sombra dessa ameaça parece apontar como devida a primazia do parlamento na atividade legislativa, tanto em razão da pluralidade de reflexões que além de transmitirem mais precisamente a síntese democrática elaboram a qualidade do argumento, quanto pelo rito parcimonioso de aprovação das leis. A respeito do primeiro parece relevante a reflexão de Waldron que substitui o termo “legislador” por “intenção legislativa”, uma vez que comprehende o processo legislativo como o encadeamento de atos anteriormente definidos pela constituição, sobre o qual se deliberará criando uma norma que não necessariamente corresponde àquela projetada

¹⁵ BECCARIA, 1997, p. 43-44

¹⁶ ROUSSEAU, 1978, p. 57

no ato da propositura¹⁷. Parece também acorrer para este sentido Leonardo Barbosa ao apontar processo legislativo como “desenvolvimento das relações entre seus participantes a partir do princípio do contraditório”¹⁸, processo que no Brasil corresponde à síntese de teses e antíteses de 513 deputados Federais e 81 senadores, suas experiências, concórdias e discórdias, pois como bem explica Bourdieu o parlamento é “lugar onde, sobre problemas conflituosos que opõem grupos de interesse, debate-se de acordo com formas, segundo regras, publicamente”¹⁹.

Se por um lado o debate descreve o conteúdo da norma, o rito, por outro, descreve sua relevância. Essa noção irradia do escalonamento de normas proposto por Kelsen e da maneira que a constituição Federal de 1988 é definida como rígida, em face do intrincado protocolo requerido a cada tentativa de alterá-la, também os demais tipos normativos do seu artigo 59 hierarquizam-se segundo maior ou menor grau de exigência nas etapas para sua aprovação. É pertinente nesse sentido apontar ainda que a constituição reserva ao poder legislativo, exclusivamente, a deliberação acerca de alguns temas (dentre os quais se encontra a matéria penal) seja pela amplitude do contraditório seja pelo rito mais difícil (art. 62 §1º, I, b).

A propósito do artigo supracitado, que trata das restrições temáticas à medida provisória, é pertinente trazer a reflexão de José Nereu Giacomolli sobre as razões do legislador que dizem respeito à natureza das normas, pois enquanto a justificativa da medida provisória funda-se na urgência, a construção da norma penal prescinde de certa parcimônia e até letargia que apenas o rito formal das leis ordinárias pode oferecer²⁰. De maneira que não se trata apenas de repúdio ao executivo, senão também de depósito de expectativas em virtudes específicas que o legislativo goza. Ora, se a Constituição vedou a criação de leis penais ao executivo, cujos atos normativos estão sujeitos ao reexame do legislativo, muito menos plausível parece ser a tese que legitima o judiciário, cujas decisões a ninguém são submetidas, como mandatário para elaboração de normas tão sensíveis.

Além das questões relativas à racionalidade engendrada na forma e nos procedimentos há um elemento ainda a ser discutido, a adequação da referida ação com o objeto a que se propõe proteger, a liberdade. Posto que há um aparente

¹⁷ WALDRON, 2003, p. 32.

¹⁸ 2010, p.92.

¹⁹ 2014, p. 145.

²⁰ 2006, p.166.

contrassenso entre a bandeira da “imprescindibilidade da atuação judicial a favor das liberdades”, mote da justificativa do ativismo judicial e o fato de que do provisionamento do pedido da ADO 26 resultará a ampliação do rol de restrições penais de liberdades.

A despeito da importância da forma, que como vista traz engendrada em si uma justificativa racional, há ainda uma questão nuclear a ser desenvolvida que diz respeito à própria natureza das normas penais, pois o escudo dos procedimentos, embora essencial, não é suficiente para embarreirar criminalizações tendentes à constituição do estado de polícia²¹. De maneira que convém uma análise dos possíveis resultados do julgamento da ação à partir do seu grande objeto, a liberdade, pois a noção moderna de legalidade implica no reconhecimento de uma permissividade que antecede a criação da lei, pois “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão...”, logo, sendo permitido o que não é proibido a justificativa material da mitigação da liberdade do indivíduo deve atender à preservação de outro bem jurídico de igual ou maior envergadura.

4 Adequação material

Francisco de Assis Toledo faz uma importante distinção entre o bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal e o objeto material do crime, essa distinção visa apresentar que o bem de proteção da lei penal não é apenas objeto protegido em si, mas o valor a ele inerente, em outras palavras a norma proibitiva é a contra face de uma liberdade estimada pelo estado²². Essa ideia parece assistir a tese do supremo de que a extensão do rol do crime de descriminação racial aos de preconceitos de gênero promoveriam a liberdade da comunidade LGBT e adjacentes.

Semelhante conclusão parece observável no sistema katiano. Com efeito, a liberdade, valor fundante do criticismo irradia-se da teoria do conhecimento para os campos da moral e da ética por meio do raciocínio summarizado no imperativo categórico o qual consiste em um exercício mental no qual o homem, considerando a prática ou não de determinado ato, projeta as repercussões de toda humanidade agindo da mesma forma, sendo boa a projeção, justo é o ato; sendo, porém, maus seus

²¹ CUNHA, 1979, p.57-58.

²² 1987, p.20.

frutos coletivos, rejeita-se também na individualidade. Vê-se, portanto, que o imperativo categórico opera no campo ético como uma via de mão dupla onde os atos individuais devem ser praticados de tal maneira que sua repercussão seja a promoção da liberdade coletiva e vice versa²³. É importante rememorar que para Kant, justiça é medida ética²⁴. Isso implica no fato de que em seu sistema o direito positivo é mera afirmação exterior de valores universais compartilhados por todos os homens pelo uso pleno da sua liberdade. Nesse diapasão, levanta-se a questão: se o justo em Kant só é alcançado quando o ponto de partida é a escolha liberal do homem, estaria o direito operando contra a liberdade? Segundo Kant não, pois aquilo que alcança êxito em promover a liberdade geral pela restrição de um ato que o indivíduo, embora pratique no uso da sua liberdade não o faria se estivesse sob a regência das suas faculdades racionais, arremata a demanda de justiça, ainda que por ato exterior²⁵.

Essa perspectiva filosófica parece responder de forma plausível a pergunta acerca da maneira que a extensão do rol do crime de injúria racial para abarcar também os crimes de homofobia:

A resistência que é oposta àquilo que impede um efeito serve para promover esse efeito e harmoniza-se com ele. Ora, tudo o que é injusto é um obstáculo à liberdade entendida segundo as leis universais, e obrigação é justamente um obstáculo ou uma resistência que se impõe à liberdade. Por conseguinte, quando certo uso da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (vale dizer, é injusto), então a obrigação oposta a ele, uma vez que impede um obstáculo feito à liberdade, harmoniza-se com a liberdade segundo leis universais, ou seja, é justa: destarte, segundo o princípio da contradição, a faculdade de obrigar aquele que o prejudica está imediatamente ligada ao direito²⁶.

A despeito, porém, da irrefutabilidade deste argumento, o qual no caso hora analisado traduz-se na expectativa de ampliação de direitos advinda da criminalização da homofobia por via judicial, tal promessa não concretiza o direito senão de forma mediata e aqui parece residir o problema material da ADO 26. Como visto anteriormente, o objeto das ações por omissão é a viabilização de uma liberdade impraticável pela razão da inércia legislativa. Acontece que a liberdade sexual não se encontra impedida pela omissão legislativa, encontra-se intimidada, acanhada, mas não inviabilizada. E embora essa periclitante situação rogue, em caráter de urgência,

²³ KANT, 2009, p.223-224

²⁴ p.13

²⁵ p.213.

²⁶ p.213.

pela tutela do estado, não parece haver aporte para aguardar que se faça pelo braço do judiciário, não pelo menos via ação por omissão. Essa restrição ao uso do instrumento, implícita em sua versão do controle concentrado, expressamente é descrita na ação análoga do controle difuso, pois nos termos do art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”.

A caminho da conclusão desse artigo cabe ainda retomar um argumento rapidamente já posto, mas fundamental para a questão, a prevalência do princípio do *in dubio pro reo*. Em sua reflexão sobre as razões de fundo que inviabilizam o uso da medida provisória para construir tipo penal José Nereu Giacomolli aponta que o mote de urgência da norma executiva é antagônico à parcimônia e reflexão que exige o mandamento penal que não pode advir de ato impulsivo ou impensado, sendo por esse precisa falta de circunspeção inerente que não poderia impor-se frente à exigência de indubitável certeza da necessidade de que ao cercear a liberdade dos seus cidadãos, o faz o estado como recurso derradeiro, expresso efetivamente na solenidade²⁷.

Naturalmente os valores da atividade judicial guardam pouca semelhança com as adjetivações referentes à medida provisória, a reflexão relevante aqui é que a só dúvida suscitada acerca da validade do instrumento já é razão suficiente para inviabilizá-lo na persecução penal, pois sendo a punição exceção e não regra em uma democracia, cuidou legislador de garantir que ocorrendo erro prevaleça esta e não aquela, de modo que a dúvida deve sempre pender para o réu e a interpretação, se cabível, deve ser para promoção da liberdade do individuo e não sua restrição, constituindo tais garantias “pontos de referência seguros para a decisão final sobre a ampliação ou restrição do preceito que se quer interpretar”²⁸. Destarte, a só existência desse artigo, suscitando dúvidas sobre a constitucionalidade da decisão, já se configura razão suficiente para sua não aplicação, de maneira que parece residir no referido princípio o trunfo do legislador ao trunfo do ativismo judicial.

²⁷ 2006, p.166.

²⁸ TOLEDO, 1987, p. 27.

Considerações finais

O debate acerca da ADO 26 não é tema de simples enfrentamento, milhares de vitimas da homofobia aguardam a decisão do supremo anelando obter na criminalização desta conduta, a restituição da dignidade usurpada por agressores que abertamente, desdenham, ofendem e atacam sem qualquer temor ou constrangimento, graças a omissão do estado que lhes beneficia. De maneira que seria de demasiada pretensão aguardar dos grupos afetados outra reação que não a de celebração pelo resultado que já se divisa. Ao cientista porém, cabe a análise imparcial dos fatos, a qual no caso em tela parece indicar o oposto do que já afirmaram quatro dos onze ministros.

Naturalmente as considerações levantadas ao longo desse trabalho não se propõem à deslegitimar a causa LGBT, até porque da resolução enérgica da patologia do preconceito depende o salutar funcionamento da democracia, como diversas vezes pontuou Celso de Mello. Tão pouco pretende descaracterizar, o que indelevelmente demonstra o voto do ministro, à materialidade da omissão do legislativo, que em nome de interesses classistas, bem como no temor do eleitorado, furtá-se a abordar temas sensíveis. As questões levantadas relacionam-se, outrossim, a implicação do precedente sobre futuras discussões, pois é imprescindível que os critérios técnicos se imponham sobre o afã de promover justiça para que chegando o dia que a disposição de praticar justiça se converta no oposto, possam a forma e o conteúdo, outrora reforçados se encontrarem suficientemente sadios para deter a injustiça. Nunca é demais lembrar que a modernidade consagra a desconfiança como premissa da relação do cidadão com o poder constituído, dado a compreensão da sua força corruptora, consagrada no adágio de Montesquieu²⁹. De maneira que não parece de bom alvitre que normas penais estejam submetidas ao beneplácito de qualquer dos poderes, seja o judiciário ou o executivo.

Isso não significa, por outro lado aversão à mudança, pois não se pode olvidar que a letra estática da Constituição se opõe à dinâmica das transformações sociais e que a atividade legislativa não é suficiente para conferir a atualização que as normas precisam e que, portanto, a mutação constitucional, nos termos propostos por Hsu

²⁹ “mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites” (MONTESQUIEU, 1979, p.148).

Dau Lin³⁰ e assumidos por Konrad Hesse, parece uma verdade indelével. Essa mudança, porém deve erigir-se sobre robusta fundamentação lastreada pelo argumento racional, posto que duradouro e transcidente em oposição àqueles meramente persuasivos, que embora efetivos em face da emergência mal logram a longevidade, que apenas aqueles gravados na razão humana podem ter, como prenuncia Perelman³¹. É seguro que o que se espera da Suprema Corte é a construção de precedentes de vitalidade duradoura, esse, porém, é um padrão que raramente tem o STF sustentado, especialmente diante daqueles casos classificados por Dworkin como difíceis, onde é exigido do juiz a reunião de forças herculíneas³² para justificar a inovação em face do anacronismo da legislação para atender as demandas do caso concreto³³.

Na situação específica do julgamento hora apresentado, a clareza com que o voto de Celso de Mello delimita as questões que precisam ser respondidas para um deslinde favorável à criminalização parece opor-se às suas respostas pouco elucidativas para as mesmas questões, entremes, não seria inacurado dizer que a clareza que o ministro demonstra ter do problema mais expõe a fragilidade da resposta. Com efeito, dedica tópico exclusivo para declarar ciência dos princípios da anterioridade penal, da reserva legal e da legalidade estrita e não obstante o testemunho de consciência, vota ao fim pela declaração da omissão, notificando o congresso e enquadrando a homofobia no gênero de racismo sob o mote de urgência em face dos desacatos sofridos pela comunidade LGBT, ou seja, reitera mais uma vez a prática da corte iniciada desde os tempos do contundente problema exposto pelo ministro Paulo Brossard em 1992, qual seja, a de furtar-se ao enfrentamento de argumentos robustos por meio da abertura de frentes argumentativas paralelas.

Naturalmente a urgência da defesa dos direitos das comunidades LGBTs é valor indiscutível e não pode perecer por sua justeza e legitimidade, mas paralelo a isso a

³⁰ O autor possui um dos mais completos e aprofundados estudos acerca do tema mutação constitucional a respeito da qual escreve: “El significado de ese problema resulta de la naturaleza e intención de la Constitución escrita. Porque en el caso de una mutación de La Constitución, ésta como tal e cuestiona en su significado fundamental: Aquí normas que deben abarcar la vida estatal en su totalidad y exigen que su validez sea superior a la de las leyes ordinarias se reducen a letra muerta. En efecto, la realidad para la cual se emanaron estas normas, ya no coincide con ellas. Reina una tensión entre la Constitución escrita y la situación real constitucional” (1998, p. 30).

³¹ 2017, p.20.

³² Dworkin cria a figura do juiz Hercules, magistrado capaz de congregar todos os valores humanos necessários para o justo deslinde dos casos difíceis (2017, p. 165).

³³ 2017, p. 127.

pergunta sobre a legitimidade do supremo para criar o tipo penal libertador permanece irrespondida, como permanece irrespondida a pergunta feita por Paulo Brossard em 1992, lá ao início deste artigo mencionada, de modo que, ao mesmo tempo que a corte se empenha em construir uma história de vanguarda dos direitos segue falhando em lidar com argumentos do passado, assombrada por fantasmas que não exorcizados continuarão a comprometer o triunfo racional dos direitos conquistados.

Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo legislativo e democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 15 de maio de 2019.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado: cursos no Collège de France (1989-92)**. Trad. Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**. Bilbao: Instituto Vasco de Administração Pública, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3^a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 69-70.

MENDES, Gilmar Ferreira. (s.d.). **Supremo Tribunal Federal**. Acesso em 03 de maio de 2019, disponível em Site do Supremo Tribunal Federal: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Jurisdiccao_Constitucional_no_Seculo_XXI__v__Port1.pdf

GIACOMOLLI, Nereu José. “O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais”. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 6, n. 23, p.153-178, jul./dez. 2006.

MONTESQUIEU. **Do espírito das Leis**. Rio de Janeiro: Abril, 1979.

PALAZZO, Francesco. “La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y El concepto de la regla iuris”. **Revista Penal, Barcelona**, n. 25, p. 104-116, jan. 2010.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação a nova retórica**. 3^a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

POPPER, Karl R. **Conjecturas e Refutações – o processo do conhecimento científico**. 5^a ed. Brasilia: UNB, 2008.

_____. **Lógica das ciências sociais**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: ensaio sobre a origem das línguas; discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; discurso sobre as ciências e as artes**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La constitucionalidade por omisión. Um nuevo reto para la justicia constitucional*. In: CARBONEL, Miguel (coord.). **Em busca de las normas ausentes: ensayos sobre la constitucionalidade por omissió**n. UNAM: Mexico, 2003.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1988.

